



TRANSICIONES EN CONTIENDA:

*Disyuntivas de la justicia transicional
en Colombia desde la experiencia comparada*



ROYAL NORWEGIAN
MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS

Centro Internacional para la Justicia Transicional

Transiciones en contienda : disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada / Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). -- Editores Michael Reed, María Cristina Rivera. -- Bogotá : Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010.

456 p. ; 24 cm.

ISBN 978-958-98545-9-4

1. Justicia transicional - Colombia 2. Solución de conflictos - Colombia

3. Justicia restaurativa - Colombia 4. Justicia transicional - Estudios comparados - Colombia
I. Reed, Michael, ed. II. Rivera, María Cristina, ed.

III. Tit.

303.69 cd 21ed.

A. 1269258

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).

Bogotá, D.C., Colombia

Carrera 5 No. 67-01

Teléfono: +571 3450046

www.ictj.org

Transiciones en contienda:

Disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada

Título edición en inglés: Contested Transitions: Dilemmas of Transitional Justice in Colombia and Comparative Experience

Editores edición español: Michael Reed y María Cristina Rivera

Editora edición en inglés: Amanda Lyons

Coordinadores académicos: Michael Reed y Amanda Lyons

Ilustración de Portada: ©2010- ICTJ. Pablo Prada.

Foto portada: Caleb Kimbrough, (<http://lostandtaken.com/about/>).

Diagramación e Impresión: Opciones Gráficas Editores Ltda.

ISBN: 978-958-98545-9-4

Primera edición: diciembre de 2010

Bogotá, Colombia

Diseño e impresión:

Opciones Gráficas Editores Ltda.

Teléfonos: 224 1823 - 482 7071

www.opcionesgraficas.com

Esta publicación se realizó con la ayuda financiera del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Noruega con el proyecto: *Technical Advice and Production of Academic Knowledge on the Protection of Victims' Rights and Transitional Justice Mechanisms in Colombia*. El contenido de este documento es responsabilidad exclusiva de sus autores y en modo alguno debe considerarse que refleje la posición del Centro Internacional para la Justicia Transicional o del gobierno de Noruega.

Agradecimientos

Con el apoyo financiero del Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), programa Colombia, se complace en presentar esta publicación fruto de la reflexión y el trabajo de un año de análisis sobre los retos que enfrentan las herramientas, el discurso y los conceptos de la justicia transicional cuando son implementados en situaciones de conflictos armados vigentes. Con este proyecto, el ICTJ pretende enriquecer el campo de conocimiento sobre la implementación de las herramientas de justicia transicional, en general, y extraer las lecciones para el caso colombiano, en particular.

Con el fin de facilitar el diálogo sobre estos desafíos contemporáneos de la justicia transicional y crear una oportunidad de retroalimentación puntual sobre cada uno de los escritos presentados, el ICTJ realizó dos reuniones de trabajo con los autores en septiembre y diciembre de 2009.

El proyecto contó con el apoyo de numerosas personas. Primero, y principalmente, nuestros agradecimientos son para María Cristina Rivera, coordinadora del área de comunicaciones del ICTJ Colombia, cuya dedicación a la edición del texto en español se ve reflejada en la calidad del volumen publicado en inglés.

También queremos agradecer de manera especial a Pablo de Greiff, director de la Unidad de Investigaciones del ICTJ, quien es un apoyo constante a las iniciativas académicas de nuestra oficina, por su orientación permanente y por presentar comentarios sustantivos a muchos de los capítulos incluidos en este volumen. Queremos reconocer además la valiosa asistencia de Delphine Lecombe, autora de uno de los textos, por su apoyo en las etapas iniciales de planeación de este proyecto, durante su estancia en el ICTJ Colombia.

Las dos mesas redondas de trabajo que tuvieron lugar en Bogotá, y su coordinación logística, no hubieran sido posibles sin la asistencia de Jeimmy Patiño, Luz Mery Montoya y Catalina Blanco. La administración de las finanzas de este proyecto fueron coordinadas por Carolina Mejía y Milena Amezcuita. Asimismo, integrantes del equipo de trabajo del ICTJ contribuyeron en las labores de revisión de la traducción de los textos: agradecemos especialmente a Estefanie Robertson y Catalina Uprimny, y a nuestros pasantes Ludwig Ureel y Maya Ibars.

Finalmente, nuestros agradecimientos van dirigidos a todos los autores por el esfuerzo y entusiasmo manifestados a lo largo del proyecto, incluyendo su voluntad

para participar en los debates sobre los dilemas –aún no resueltos– de aplicar las herramientas de la justicia transicional en contextos de conflicto armado interno como el colombiano.

Michael Reed Hurtado
Director ICTJ Colombia

Amanda Lyons
Investigadora ICTJ Colombia

CONTENIDO

	Perfil de los autores	7
INTRODUCCIÓN	Colombia: hacia una transición justa <i>Amanda Lyons</i>	15

PARTE I: COLOMBIA

CAPÍTULO 1	Influencia de organismos internacionales en la jurisdicción ordinaria y en la actuación de los actores nacionales involucrados en procesos de justicia transicional: procesos transicionales en contextos de conflicto armado <i>Tatiana Rincón</i>	35
CAPÍTULO 2	Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político <i>Camila de Gamboa Tapias</i>	61
CAPÍTULO 3	Justicia transicional bajo fuego: cinco reflexiones marginales sobre el caso colombiano <i>Michael Reed Hurtado</i>	87
CAPÍTULO 4	Excepcionalidad permanente: un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia <i>Camilo Ernesto Bernal Sarmiento</i>	114
CAPÍTULO 5	Justicia transicional, género y actores no estatales <i>Fionnuala Ní Aoláin & Catherine O'Rourke</i>	156
CAPÍTULO 6	Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia <i>Felipe Gómez Isa</i>	188
CAPÍTULO 7	Una paz conflictiva: luchas epistémicas en torno a la definición de la justicia transicional en Colombia <i>Delphine Lecombe</i>	211

CAPÍTULO 8	Justicia para la democracia <i>Iván Cepeda Castro</i>	225
CAPÍTULO 9	La sociedad civil en el marco de la justicia transicional en Colombia <i>Gabriel Arias</i>	233
PARTE II: EXPERIENCIA COMPARADA		
CAPÍTULO 10	Uganda: la búsqueda de la paz y la justicia bajo la sombra de la CPI <i>Michael Otim y Marieke Wierda</i>	253
CAPÍTULO 11	El impacto de los tribunales híbridos: prácticas actuales en Bosnia-Herzegovina y Camboya <i>Olga Martin-Ortega y Johanna Herman</i>	278
CAPÍTULO 12	Proceso nacional y sistemas judiciales internacionales: el caso argentino <i>Leonardo Filippini</i>	311
CAPÍTULO 13	Justicia transicional, justicia penal y excepcionalismo: el caso de Sudáfrica <i>Howard Varney</i>	333
CAPÍTULO 14	El poder de la persuasión: impacto de los procesos penales por crímenes de guerra en materia de justicia en Bosnia y Serbia <i>Bogdan Ivanišević</i>	353
CAPÍTULO 15	Honduras: en transición a la democracia <i>Rigoberto Ochoa</i>	376
CAPÍTULO 16	Por si algún día: los retos de la no repetición en El Salvador <i>Benjamín Cuéllar Martínez</i>	400
CAPÍTULO 17	Afganistán y el reto de la no repetición de la violencia <i>Patricia Gossman</i>	432

Perfil de los autores

Gabriel Arias es asesor del área de Justicia de la oficina en Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). Abogado especializado en ciencias administrativas y constitucionales, con más de 20 años de experiencia en el área de los derechos humanos y derecho internacional humanitario en organismos no gubernamentales, en la Defensoría del Pueblo y como consultor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Camilo Bernal Sarmiento, abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Máster Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona, es el coordinador del área de Justicia de la oficina en Colombia del ICTJ. Ha sido consultor de Naciones Unidas, Usaid, el Consejo Noruego para los Refugiados, la Embajada de Suiza, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y de organizaciones no gubernamentales en temas penales, penitenciarios y de derechos humanos. Tiene experiencia en proyectos de fortalecimiento institucional dirigidos a la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano, al mejoramiento de la administración de justicia a la consolidación del Estado de derecho. Como docente e investigador es autor de varios artículos y trabajos sobre teoría criminológica, derecho procesal penal, derechos humanos y justicia transicional. Actualmente se desempeña también como profesor de criminología en la Universidad Nacional de Colombia.

Iván Cepeda Castro es defensor de derechos humanos, portavoz del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, director de la Fundación “Manuel Cepeda Vargas”, miembro del grupo Colombianas y Colombianos por la Paz y representante a la Cámara elegido en 2010. Durante los últimos 15 años, su labor ha estado consagrada a abogar por los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en casos de crímenes de lesa humanidad y genocidio en Colombia. Es licenciado en Filosofía de la Universidad de Sofía, DEA en Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon e investigador y consultor en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Fue columnista del periódico *El Espectador*. En diciembre de 2008, en coautoría con Jorge Rojas, publicó el libro *A las puertas de El Ubérrimo* sobre la historia del paramilitarismo en Córdoba y de la hacienda presidencial El Ubérrimo. Además, es coautor y editor de *Las perlas uribistas* (Bogotá, 2010); *Duelo, memoria, reparación* (Bogotá, 1998); y de *La memoria frente a los crímenes de lesa humanidad* (Bogotá, 1996).

Benjamín Cuéllar estudió jurisprudencia y ciencias sociales en la Universidad de El Salvador, y ciencias políticas y administración pública en la Universidad Autónoma de México. Trabajó en la organización social y la defensa de los derechos

humanos en El Salvador entre 1972 y 1983. En 1984 fundó en México el Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria, del cual fue el secretario Ejecutivo hasta 1991. En enero de 1992 regresó a El Salvador a dirigir el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA), cargo en el que permanece. Perteneció al Consejo de Directores del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), del cual fue vicepresidente entre 1998 y 2002. Preside el Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador (GMIES). Bajo su dirección, el IDHUCA recibió en el 2002 la mención especial del Premio de los Derechos Humanos de la República Francesa; además, recibió el Premio de Derechos Humanos 2002 otorgado por la Asociación Abogados del Mundo, Sección Valencia, España.

Camila de Gamboa Tapias es abogada de la Universidad del Rosario, con maestría y doctorado en Filosofía de la Universidad de Binghamton y ex becaria Fulbright. Es directora de la línea de investigación Democracia y Justicia, del Grupo de Investigación en Derecho Público y del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá. Sus temas de especialidad son la democracia, la justicia transicional, los sentimientos morales y las relaciones entre moral, política y derecho. Ha escrito numerosos artículos sobre justicia transicional y filosofía política. Es editora de la edición especial de la Revista de Estudios Socio-jurídicos: *Justicia transicional: memoria colectiva, reparación, justicia y democracia*, del libro *Justicia transicional: teoría y praxis* editado por la Universidad del Rosario y de la *Colección Debates Democráticos*.

Leonardo Filippini es abogado argentino, egresado de la Universidad de Buenos Aires, Máster en Derecho de la Universidad de Palermo y con una Maestría en Derecho en la Universidad de Yale. Investigador del Centro Internacional para la Justicia Transicional en Argentina, es también profesor de pregrado en las facultades de Derecho de la Universidad de Palermo y de la Universidad de San Andres y candidato a doctor de la Escuela de Derecho de Yale. Sus intereses, así como sus antecedentes profesionales y académicos, se vinculan principalmente con el derecho internacional, el derecho penal y el derecho de los derechos humanos. Ha sido consultor de distintas organizaciones internacionales y nacionales. Fue Relator Letrado en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, coordinador del Área de Reforma Institucional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), entre otras. También ha formado parte de distintos equipos de investigación interdisciplinarios, entre ellos, ha dirigido *El Estado Frente a la Protesta Social*, Siglo XXI (2003).

Felipe Gómez Isa es profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, donde ejerce como director del *European Master in Human Rights and*

Democratization. Participó en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1998 y 1999). Ha sido profesor visitante en diversas universidades tanto europeas como latinoamericanas. Entre sus libros se destacan *La declaración universal de los Derechos Humanos* (1998), *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional* (1999), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua*. *Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas* (2003), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation* (2005, edición junto a Koen de Feyter), *El derecho a la memoria* (Director, 2006), *Colombia en su laberinto. Una mirada al conflicto* (Director, 2008), e *International Human Rights Law in a Global Context* (2009, edición junto a Koen de Feyter).

Patricia Gossman es consultora independiente sobre temas de derechos humanos y Estado de derecho en países del sur de Asia, particularmente Afganistán. Actualmente es consultora del *United States Institute of Peace* (USIP) y del ICTJ sobre documentación y justicia transicional en Afganistán. En 2008-2009 fue becaria del USIP en el desarrollo de un libro sobre la tensión entre justicia y estabilidad en Afganistán a partir del 2001. Ha realizado investigaciones para diversas ONG y la ONU sobre justicia transicional, reforma judicial y desarme. En 2001 estableció el *Afghanistan Justice Project* para documentar crímenes de guerra del pasado en Afganistán. Previo a esto, fue investigadora senior en el sur de Asia para *Human Rights Watch*. Tiene un doctorado de la Universidad de Chicago.

Johanna Herman es investigadora del *Centre on Human Rights in Conflict* de la Universidad de East London con maestría en Asuntos Internacionales de la Universidad de Columbia y una especialización en Derechos Humanos. Estudió ciencias sociales y políticas en el Fitzwilliam College de la Universidad de Cambridge. Ha trabajado para el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (UN-Habitat) y para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Japón, Afganistán y Nueva York. Sus intereses como investigadora incluyen temas como construcción de paz, justicia transicional y derechos humanos. Es co-autora del libro *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice* (Routledge, 2009) y co-editora de *Surviving Field Research: Working in Violent and Difficult Situations* (Routledge, 2009).

Bogdan Ivanišević es consultor en Belgrado para el programa de la antigua Yugoslavia del Centro Internacional para la Justicia Transicional desde noviembre de 2006. Antes de vincularse al ICTJ fue investigador en la antigua Yugoslavia de *Human Rights Watch* (1999-2006), y director de programación y análisis del *Humanitarian Law Center*, un prominente grupo de derechos humanos en Serbia (1997-98). También fue investigador de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional

para la antigua Yugoslavia (TPIY) a través del *War Crimes Research Center* del *Center for Human Rights and Humanitarian Law* de la American University-Washington College of Law (1996). Ivanišević tiene una maestría en derecho del Washington College of Law.

Delphine Lecombe es candidata al doctorado de ciencia política (América Latina) de la Universidad Sciences Po en París, con una investigación sobre las movilizaciones de actores sociales, estatales e internacionales en torno a la justicia transicional en Colombia. Escribió su tesis de maestría de política comparada de Sciences Po sobre la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR). En el marco de su doctorado, dictó clases en Sciences Po y fue invitada en el 2009 por la Universidad Externado de Colombia como profesora e investigadora. Trabajó tres meses con el ICTJ en Bogotá. Presentó en julio del 2009 una ponencia titulada *Trust and Distrust About the Diffusion of Transitional Justice in Colombia*, en el Congreso de la Asociación Internacional de Ciencia Política (IPSA) en Santiago de Chile y publicó artículos en Francia sobre la CNRR.

Amanda Lyons es asesora legal e investigadora del ICTJ en Colombia. Tiene un JD *magnum cum laude* de la Universidad de Minnesota, con concentración en derecho internacional de los derechos humanos, y un BA en sociología de la Universidad de Notre Dame. Ha sido profesora de investigación y redacción jurídica y editora de la Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Minnesota. Tiene experiencia en investigación e incidencia en derecho penal internacional, derecho de asilo, defensa de detenidos en Guantánamo y derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ha trabajado con organizaciones de derechos humanos en los Estados Unidos de América, Brasil y Colombia.

Olga Martin-Ortega es investigadora del *Centre on Human Rights in Conflict* de la Universidad de East London con un doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Jaén, España, y diploma en Derecho de la Universidad de Sevilla. Sus intereses como investigadora incluyen empresas y derechos humanos, reconstrucción en el posconflicto y justicia transicional. Es autora de la monografía *Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional* (Bosch, 2008), co-autora de *War, Conflict and Human Rights: Theory and Practice* (Routledge, 2009) y co-editora de *Surviving Field Research: Working in Violent and Difficult Situations* (Routledge, 2009).

Fionnuala D. Ni Aoláin es actualmente profesora de la facultad de derecho de la Universidad de Minnesota y del *Transitional Justice Institute* de la Universidad de Ulster, del cual además es cofundadora y directora asociada. Tiene un LLB y un PHD en Derecho de la Queen's University Law Faculty y un LLM de la Universidad de Columbia. Fue investigadora y profesora en las facultades de

Derecho de Harvard y de la Universidad de Columbia; School of International and Public Affairs, Universidad de Columbia; Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel; y la Universidad de Princeton. Sus intereses académicos están relacionados con el derecho internacional, derechos humanos, leyes de seguridad nacional y la perspectiva de género en las teorías jurídicas. Cuenta con diversas publicaciones en los campos de poderes de excepción, regulación de conflictos, justicia transicional y violencia sexual en tiempos de guerra. Fue representante de la fiscalía del TPIY en los juicios nacionales en Bosnia; experta especial de las Naciones Unidas en la promoción de la igualdad de género en tiempos de conflicto y construcción de la paz.

Catherine O'Rourke es profesora de Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte, así como coordinadora de Investigación de Género en el *Transitional Justice Institute* de este mismo centro educativo. Egresada en Derecho de Queen's University Belfast y de la Universidad de Ulster; tiene un maestría en Género del London School of Economics. En su trabajo doctoral analizó los resultados diferenciados por género de la aplicación de la justicia transicional en Chile, Irlanda del Norte y Colombia, con referencia específica a cómo se aborda la violencia contra las mujeres y la regulación legal de las vidas reproductivas de las mismas. Fue profesora visitante en American University School of International Studies en Washington, D.C. y en las facultades de derecho en la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile y la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia.

Michael Otim es director de la oficina del ICTJ en Uganda. Fue director y coordinador de programación del Gulu District NGO Forum (GDNF por su sigla en inglés) y es fundador del *Justice and Reconciliation Project*. Participó como observador formal en las negociaciones de paz en Juba, Sudán del sur, entre el Ejército de Resistencia del Señor (LRA por su sigla en inglés) y el gobierno de Uganda, como secretario de la delegación de líderes culturales y religiosos. Otim actualmente es el ministro de rehabilitación de los Ker Kwaro Acholi, el grupo líder tradicional del grupo étnico Acholi. Ha asesorado y participado en numerosos proyectos de difusión pública sobre temas de derechos humanos, como por ejemplo, el reportaje *Hidden War: Forgotten People* (2003, Huripec) y el documental *Uganda Rising*, y fue parte de una delegación de líderes culturales y religiosos ante la CPI para discutir la situación del norte de Uganda. Es economista de la Universidad de Makerere en Kampala e hizo una maestría de Administración en la Universidad de Gulu.

Michael Reed Hurtado es doctor en Derecho de la Universidad de Minnesota, con doble titulación universitaria en periodismo y en letras de la Universidad de Texas. Actualmente, es el director del programa Colombia del ICTJ. Durante varios

años fue consultor en derechos humanos y asuntos humanitarios en Colombia. Se ha desempeñado además como abogado de derechos humanos en diversas organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales en América, Europa, Asia y África. Entre otros cargos, fue Oficial de protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Colombia, asesor en materia penal y penitenciaria de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y asesor en materia de desplazamiento forzado del subsecretario humanitario de la Misión de Naciones Unidas en Afganistán. Ha publicado trabajos sobre las pandillas centroamericanas, la prisión, el sistema de administración de justicia penal, la libertad de expresión, violencia homicida, violencia contra las mujeres, derechos económicos, sociales y culturales, acción humanitaria, y actores armados y diálogo humanitario. También es profesor universitario de sociología de la violencia.

Rigoberto Ochoa es abogado hondureño, especialista en derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, España. Se desempeñó como Coordinador de los Servicios Legales del Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras (Codeh). Fue funcionario de la Organización de Naciones Unidas (ONU) asignado a la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (Minugua). Ex Director del Programa Regional *Democracia y Derechos Humanos en América Central*, Honduras de la Unión Europea. Ha sido consultor en temas de justicia, derechos humanos y seguridad de varios organismos internacionales, tales como la Oficina de Servicios y Proyectos de Naciones Unidas (Unops), el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), entre otros. Participó activamente desde la sociedad civil en el proceso de aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública en Honduras, así como en el de la Ley del Tribunal Superior de Cuentas. Ha realizado publicaciones sobre justicia y derechos humanos, y participado en varias publicaciones internacionales.

Tatiana Rincón Covelli es abogada de la Universidad Externado de Colombia y PHD en Derecho -área de Derechos Fundamentales- de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Tiene DEA en Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia, de la Universidad de Educación a Distancia de Madrid, España. Es especialista en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano, ESAP y profesora del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario y de Teorías Contemporáneas de la Justicia en la Facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Ha sido profesora de Filosofía Política Contemporánea de la Universidad del Rosario; profesora de Ética Jurídica y Teoría Jurídica de la Universidad de los Andes; profesora de *Concepto y fundamento de los derechos humanos* y *Visión histórica de los derechos humanos* en la especialización en derechos humanos del Instituto de Derechos Humanos Guillermo Cano, ESAP; y

profesora de Corrientes del Pensamiento Contemporáneo en la Universidad Carlos III de Madrid, España, 2001-2002. Ha escrito sobre temas de derechos humanos, justicia transicional, filosofía moral y filosofía política.

Howard Varney es miembro de la asociación de abogados de Johannesburgo y consultor del Centro Internacional para la Justicia Transicional. Es experto en litigio en derechos humanos, derecho constitucional y derecho administrativo. En los años 90, Varney fue abogado del Centro de Recursos Legales de Durban donde representó víctimas de la violencia política en litigio de interés público, investigaciones judiciales y comisiones de investigación. Después encabezó una investigación penal independiente en Sudáfrica sobre el apoyo del Estado a los escuadrones de muerte. Varney fue además investigador principal de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sierra Leona. Ha trabajado con la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica y la Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor Oriental. Como consultor del ICTJ apoya el desarrollo de iniciativas de justicia transicional en diversos países en África, Asia y Europa.

Marieke Wierda es la directora del área de Justicia Penal del ICTJ a nivel global, institución a la que ingresó en 2001. Trabaja en temas relacionados con Uganda desde 2005. De nacionalidad holandesa pero criada en Yemen, Marieke Wierda cuenta con un LLB en la Universidad de Edimburgo, Escocia, y con un LLM de la Universidad de Nueva York, con especialización en derecho internacional y derechos humanos. Trabajó con Naciones Unidas, incluyendo un cargo como oficial jurídica adjunta para el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) entre 1997 y 2000. En el ICTJ ha trabajado en temas relacionados con la justicia penal en diferentes países, en particular Sierra Leona, Líbano, Afganistán y Uganda. Cuenta con un gran número de publicaciones, incluyendo un libro sobre la prueba en el derecho penal internacional, del cual es coautora con el juez Richard May del TPIY. Así mismo, es coeditora del libro titulado *Building a Future on Peace and Justice* (2009), junto a Kai Ambos y Judith Large.

Introducción

Colombia: hacia una transición justa

Amanda Lyons

El término justicia transicional o “justicia de transición” estuvo referido en sus orígenes a los esfuerzos de justicia en lo que es, de manera esencial, un proceso de transición puramente político. En muchos de los casos más emblemáticos, la justicia transicional se manifestó como una respuesta, sobre todo posterior, a una gran transformación política previamente acordada. La justicia transicional evolucionó como un campo que busca calificar la transición con base en consideraciones de justicia. Louis Bickford, entre otros expertos, sugiere que el término justicia transicional es impreciso “ya que se refiere más comúnmente a la ‘justicia durante la transición’ que a alguna forma de justicia diferenciada o alterada”¹. Cuando se habla de justicia transicional, el concepto de transición generalmente se refiere a una transformación política significativa y a una ruptura con el pasado: “cuando una sociedad ‘empieza un nuevo capítulo’ o ‘vuelve a comenzar de cero’, los mecanismos de justicia transicional pueden ayudar a fortalecer el proceso”².

Hoy, sin embargo, las herramientas de justicia transicional son cada vez más demandadas en situaciones en las que, de hecho, no hay un momento definido de transición o no existe evidencia de una ruptura con el pasado que permita empezar un nuevo capítulo o un comenzar de cero para la sociedad³. Como consecuencia, la consideración del rol y la relevancia de un contexto de transición —o de no transición— en la aplicación de los mecanismos de justicia transicional adquiere nueva importancia⁴. Para muchos de los que trabajamos en contextos que están más cerca de ser no transicionales que transicionales, hablar de (y trabajar en) justicia transicional puede producir crisis existenciales. Existe la preocupación de que en dichos casos la única relevancia del término “transicional” es servir como calificador de la palabra “justicia”—lo que de hecho conduce a una justicia diferenciada o variada. En contraste con los orígenes del campo, se teme que la puesta en marcha de los conceptos de justicia transicional en estos contextos pueda

¹ Bickford, Louis, *Transitional Justice*, en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3, Detroit, Macmillan Reference, 2002, p. 1.045.

² Ídem. Bickford ofrece como ejemplos de casos que presentan momentos históricos claves de transición: Chile (1990), Guatemala (1994), Sudáfrica (1994), Polonia (1997), Sierra Leona (1999) y Timor Oriental (2001).

³ Véase, por ejemplo, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, U.N. Doc. S/2004/616, 23 de agosto de 2004.

⁴ Para una excelente visión de la relevancia y el rol de la palabra “transicional” en el campo emergente de la justicia transicional, véase Arthur, Paige, *How Transitions Reshaped Human Rights*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º.2, mayo de 2009, p. 321.

ser más efectiva para aquellos que buscan reducir estándares de derechos humanos que para quienes buscan defenderlos.

Colombia es un caso ejemplar: no hay una transición en el sentido en que el término es considerado o asumido en los conceptos básicos de la justicia transicional o en la mayoría de las experiencias fundamentales que son estudiadas a la luz de la experiencia comparada. Sin embargo, el lenguaje de la justicia transicional es ampliamente utilizado en el país para enmarcar intereses políticos en pugna, y los estándares o lineamientos desarrollados en este campo son en gran medida invocados para evaluar y orientar diferentes iniciativas. Lo que muestra el caso colombiano es un ejemplo de la justicia transicional aplicada por analogía⁵, sin que exista el contexto de cambio.

Podría decirse que el escenario legal internacional (y también el nacional) relevante para negociar la transición es muy diferente hoy a como era en la época de los procesos políticos que precedieron a las experiencias más emblemáticas de justicia transicional: Chile, Argentina y Sudáfrica. Hay un creciente consenso en que las amnistías generales y los indultos van en contra de los deberes que tienen los Estados de investigar, procesar y castigar las graves violaciones a los derechos humanos, en cumplimiento de los principales tratados universales y hemisféricos. La jurisdicción universal, así como el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional también sugieren que una amnistía ofrecida por el Estado por crímenes internacionales no necesariamente garantizará a los individuos la inmunidad frente a posteriores persecuciones penales. Por lo tanto, es probable que se convierta en la regla y no en la excepción el recurrir al lenguaje, las consideraciones y las herramientas de la justicia transicional antes de que haya una transición clara hacia la paz como un medio para lidiar con las exigencias de la justicia internacional.

El caso colombiano es presentado ante las audiencias nacionales, a las contrapartes extranjeras y a la comunidad internacional, como un nuevo y mejorado tipo de justicia transicional, idóneo en el cambiante escenario internacional⁶— donde

⁵ De Greiff señala que cuando extendemos el uso del término “justicia transicional” más allá de su dominio original típicamente se hace por analogía. Véase De Greiff, Pablo, Una concepción normativa de la justicia transicional, en Rangel, Alfredo (ed.), *Justicia y Paz, ¿cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá, Intermedio Editores; Fundación Seguridad y Democracia, 2009. De Greiff subraya que esto no necesariamente significa que el uso es ilegítimo, pero sin embargo sí requiere de más cuidado. Al referirse a casos clásicos de justicia transicional asegura: “las medidas de justicia transicional que implementaron fueron diseñadas para tratar un tipo similar de violaciones de derechos humanos, es decir, aquellas que fueron consecuencia de los abusos de poder perpetrados por estados autoritarios, y no, por ejemplo, el tipo de violencia generalizada que algunas veces acompaña el colapso o la ausencia de instituciones”. De Greiff plantea que “la extensión en el uso de las medidas de justicia transicional desde el dominio del post-autoritarismo al dominio del post-conflicto también tiene lugar por analogía (en este caso una analogía entre el autoritarismo y el conflicto) y, por tanto, también está sujeta a la controversia”. El uso de la analogía para aplicar los mecanismos y el discurso de la justicia transicional a las situaciones de conflicto vigente es más atenuado y sin duda más polémico.

⁶ Para un reciente ejemplo sobre la presentación que hace el gobierno colombiano de la justicia transicional en el país, véase el documento que el Ministerio de Relaciones Exteriores presentó en la ocasión de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, *Transitional Justice in Colombia – The*

la oferta de una impunidad amplia y total ya no es aceptada como parte de las herramientas que tienen los Estados para negociar una transición y donde el deber de garantizar los derechos de las víctimas es firmemente establecido en la legislación internacional (y en muchos casos en la nacional). La inclusión del caso colombiano en el campo internacional de la justicia transicional y la frecuente alusión a éste como un ejemplo de los esfuerzos nacionales para combatir la impunidad, implican que la importancia del análisis crítico de la justicia transicional en Colombia hoy se extiende más allá de las fronteras nacionales.

Este proyecto de diálogo y deliberación escrita, del cual este libro es el producto final, ha buscado estimular la reflexión basada en estudios de caso sobre los efectos, riesgos y el potencial de ampliar la aplicación del campo de la justicia transicional a casos en los que no está definido un momento clave de transición política hacia la paz o la democracia y que, por el contrario, se caracterizan por la continuidad política y la permanencia del conflicto. Para cumplir este propósito, este volumen contiene una colección de análisis detallados sobre temas contemporáneos relevantes al caso colombiano (parte I), así como sobre las experiencias y retos relevantes de casos transicionales y no transicionales por fuera de Colombia, con el fin de promover la reflexión comparada (parte II).

Con el fin de establecer un escenario sobre las disyuntivas que enfrenta la justicia transicional (que son exploradas a profundidad en esta publicación), esta introducción presenta brevemente el contexto en el cual la justicia transicional está siendo implementada en Colombia. La justicia transicional es un campo en contención permanente por lo que un enfoque principal de este proyecto es mirar cuáles son los objetivos políticos de los actores en esta contienda que se benefician más con el uso del discurso y los mecanismos de la justicia transicional en el país. Al final de la introducción se presenta el esquema general de la publicación con un resumen de cada uno de los capítulos.

I. Justicia transicional en Colombia

A. La parcialidad del proyecto oficial de justicia transicional

Es poco probable que Colombia viva un solo momento que demarque el fin del conflicto y le permita empezar un nuevo capítulo de su historia. El conflicto tiene múltiples actores: distintos grupos guerrilleros en confrontación con el Estado, el cual ha sido apoyado en su lucha contrainsurgente por numerosas expresiones paramilitares. No hay un consenso sobre una fecha o evento que defina el comienzo de la violencia, pero se entiende que el conflicto moderno está

Justice and Peace Law: An Experience in Truth, Justice and Reparation, junio de 2010, disponible en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Stocktaking/Stocktaking.htm>.

en curso desde hace algo más de cuatro décadas. Es importante mencionar que la administración de Uribe niega la existencia de un conflicto armado interno, afirmando en cambio que se trata de una situación en la que un Estado democrático se enfrenta a organizaciones terroristas⁷. El narcotráfico juega un papel clave en el financiamiento y el abastecimiento de los actores del conflicto, y genera una violencia masiva de forma independiente, conduciendo a discrepancias sobre la naturaleza política del conflicto y los actores. Estos factores, entre otros, complican el ejercicio de imaginar qué factor podría justificar la declaración de un estado de posconflicto en Colombia.

El país ha tenido varios procesos de paz con grupos armados insurgentes (guerrilla) que resultaron en concesiones de amnistía o indultos⁸. Puede ser que los dos principales grupos guerrilleros –las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN)– hayan sido debilitados a través de la estrategia militar de la administración de Uribe, pero aún permanecen activos. Aunque han ocurrido desmovilizaciones individuales de guerrilleros, actualmente no hay una perspectiva de una paz negociada con estos grupos.

Además de un alto nivel documentado de abusos en el pasado⁹, el Estado también continúa cometiendo graves y sistemáticas violaciones en el marco del conflicto armado. Un ejemplo que recientemente ganó atención nacional e internacional fue la continua práctica de un tipo de ejecuciones extrajudiciales conocida en los medios de comunicación como “falsos positivos”. Se conoció que efectivos militares asesinaban civiles, generalmente de comunidades marginalizadas, que eran vestidos con uniformes guerrilleros para ser exhibidos como caídos en combate¹⁰. Mientras en la mayoría de los ejemplos básicos de justicia transicional la violencia política por parte del Estado es el foco central de las iniciativas, en Colombia no se ha puesto en marcha ningún mecanismo que cuestione el rol del Estado en las

⁷ Véase ONU, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia, *Sobre la importancia del principio humanitario de distinción en el conflicto armado interno*, 30 de junio de 2010.

⁸ Véase el texto de Camilo Bernal incluido en este volumen, *Excepcionalidad permanente. Un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia*.

⁹ Véase Cingranelli-Richards (Ciri) Human Rights Data Project, disponible en <http://ciri.binghamton.edu>.

¹⁰ El Relato Especial de Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales describió este “bien conocido fenómeno”:

Generalmente las víctimas fueron atraídas bajo falsas promesas por un ‘reclutador’ hasta una zona remota donde eran asesinadas por soldados que reportaban que había ‘muerto en combate’ y toman medidas para manipular y encubrir la escena del crimen y hace parecer que el individuo fue asesinado legítimamente en combate. La víctima es comúnmente fotografiada vistiendo un uniforme de la guerrilla y en posesión de un arma o una granada. Las víctimas usualmente son enterradas anónimamente en fosas comunes y los asesinos son recompensados por los resultados que han alcanzado en la lucha contra la guerrilla.

Comunicado de prensa, informe del Relator Especial de la Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales, Philip Alston, Misión a Colombia, 8-18 de junio de 2009.

décadas del conflicto o para purgar a los actores responsables de violaciones pasadas o actuales de las fuerzas armadas o de otros poderes públicos.

El “nuevo capítulo” o la “transición” en la que se basa el proyecto oficial de justicia transicional en Colombia es el proceso de desmovilización adelantado con los grupos paramilitares entre 2002 y 2006. El gobierno colombiano negoció la desmovilización de más de 30.000 individuos de varios grupos paramilitares reunidos bajo el título de Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Esta desmovilización no incluyó a todos los bloques paramilitares y un número significativo de individuos que participaron en ésta reanudaron sus actividades delictivas o siguieron cometiendo crímenes¹¹. De los individuos que se desmovilizaron colectivamente, el Ejecutivo ha postulado aproximadamente a 3.500 al nuevo mecanismo legal de justicia transicional: la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz. El resto, más de 27.000 desmovilizados iban a ser indultados en virtud de una ley aprobada en el 2002 para ese propósito¹². De este grupo, más de 10.000 fueron beneficiados con amnistías impropias o indultos que fueron otorgados antes de que la Corte Suprema detuviera la práctica¹³, dejando sin resolver la situación jurídica de más de 17.000 miembros identificados de los grupos paramilitares que no fueron ni indultados ni postulados a Justicia y Paz.

A propósito de esta desmovilización, que es exhibida como el factor que hace necesaria y justificada la aplicación de justicia transicional en Colombia, el gobierno ha afirmado que ha habido un “definitivo desmonte de las estructuras ilegales de autodefensa”¹⁴. Aparte de la desmovilización incompleta de los grupos paramilitares, la falla más seria del diseño es que la desmovilización de los grupos paramilitares—por naturaleza con acción paralela al Estado—no contempló ninguna transformación del Estado ni se refiere de ninguna manera a su rol en la denominada “guerra sucia”. La idea de que el paramilitarismo puede ser desmontado sin tocar las estructuras políticas, económicas y militares que alimentaron el fenómeno desafía la amplia documentación existente sobre la realidad del paramilitarismo y su histórica relación de complicidad y activa participación con algunas esferas del Estado y elites en Colombia.

La parcialidad del proceso, las falsas distinciones conceptuales y las deficiencias están reflejadas en el marco oficial de justicia transicional. La Ley de Justicia y Paz es limitada por diseño (y mucho más en la práctica) a sólo una parte del conflicto—a sólo una fracción del potencial universo de victimarios, a sólo una fracción de las víctimas y una fracción de la verdad, además no tiene en cuenta el actual contexto de violaciones y abusos continuados. Mientras la

¹¹ Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, *Herederos de los paramilitares: la nueva cara de la violencia en Colombia*, 3 de febrero de 2010.

¹² Ley 782 de 2002.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 11 de julio de 2007, radicado 26945, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio E. Socha Salamanca.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Transitional Justice in Colombia*, ob. cit.

parcialidad es una realidad en cualquier intento por hacer frente a un contexto de atrocidades masivas, la naturaleza específica de la parcialidad del proceso con los paramilitares parece servir a un objetivo específico, aumentado por el contexto de la guerra, de evadir la discusión de la responsabilidad del Estado y apaciguar las demandas para su reforma.

B. Iniciativas de justicia transicional más allá del proyecto oficial

Los usos de la justicia transicional por parte del gobierno no constituyen la totalidad de las iniciativas y posturas que deben ser consideradas en las preguntas sobre la aplicación de la justicia transicional en Colombia. Otros actores, en especial las cortes y la sociedad civil, han participado activamente en los debates sobre el ámbito de aplicación de la justicia transicional. En muchas ocasiones, actores distintos de los que determinan las políticas del proyecto oficial de justicia transicional han empleado las medidas y el discurso de justicia transicional para confrontar los abusos pasados por parte de actores estatales y para provocar una transformación de los actuales organismos políticos y militares—lo que el proyecto oficial parece explícitamente pretender evadir. Los actores judiciales han contenido y expandido los límites explícitos del proyecto oficial al transferir la información obtenida a través de los procesos de Justicia y Paz para iniciar investigaciones y procesos penales contra algunos militares y personas elegidas popularmente, por vínculos con el paramilitarismo.

Considerar las Altas Cortes como actores contenciosos por fuera del proyecto “oficial” de justicia transicional es una consecuencia de la extrema polarización y las luchas de poder entre las ramas Ejecutiva y Judicial en Colombia. Como lo describen varios de los colaboradores de este volumen, las cortes han sido una barrera de contención resistente y persistente, que en varias ocasiones ha alterado el curso de la justicia transicional que la administración de Uribe busca implementar. La Corte Constitucional modificó ampliamente y de manera sustantiva el contenido, el diseño y la fórmula de la Ley de Justicia y Paz¹⁵. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asumido la posición de revisar y decidir sobre las constantes improvisaciones de procedimiento, lo que ha contribuido a dar forma y definir cómo se desarrolla el proceso de Justicia y Paz en la práctica¹⁶. Las cortes realizaron cambios al proyecto político con el fin de que esté en consonancia con los estándares internacionales y nacionales de justicia y derechos de las víctimas.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-370 del 2006, radicado n°. D-6032, 18 de mayo de 2006.

¹⁶ Para una compilación organizada temáticamente de extractos de los más de 300 autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de Justicia y Paz hasta octubre de 2009, véase ICTJ, *El proceso penal de Justicia y Paz: Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá, 2009. El poder Ejecutivo ha promulgado decretos con el fin de regular el proceso de Justicia y Paz. Sobre este tema véase el texto de Camila de Gamboa en esta publicación, *Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político*.

Tales esfuerzos desafían la voluntad política y el contexto de inseguridad en el cual los funcionarios judiciales están forzados a operar.¹⁷

Además de desarrollar el contenido normativo de la Ley de Justicia y Paz, la Corte Suprema de Justicia ha convertido los procesos en una suerte de catalizadores para investigar los nexos de líderes políticos y militares con grupos paramilitares. Confesiones de paramilitares han sido usadas como evidencia en importantes sentencias contra políticos y han conducido a investigaciones y condenas en el proceso que coloquialmente se denomina como “parapolítica”. El escándalo de la parapolítica que emergió de estas confesiones condujo a la Corte Suprema a crear un proceso especial de investigación sobre el tema. Su competencia para adelantar las investigaciones contra políticos fue altamente debatida. A la fecha, 93 congresistas, 12 gobernadores y más de 200 concejales han sido penalmente investigados por el poder judicial, ya sea a instancias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia o de la Fiscalía General de la Nación¹⁸.

Un impulsor crucial de muchos de los desarrollos en el sistema judicial es la sociedad civil colombiana, el más obvio actor por fuera del proyecto “oficial” de justicia transicional. Colombia tiene una sólida y activa sociedad civil que por décadas ha abogado valientemente por verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, aunque sólo recientemente bajo estos rótulos¹⁹. Particularmente destacan en Colombia los esfuerzos de documentación y otros proyectos de búsqueda de la verdad y construcción de memoria no oficiales, que incorporan herramientas de la justicia transicional y proponen objetivos relacionados con ésta.

Un ejemplo particularmente ilustrativo que tiene lugar por fuera del proyecto oficial de justicia transicional es el proceso relacionado con la toma del Palacio de Justicia. El 6 de noviembre de 1985 miembros del grupo guerrillero M-19 invadieron de forma violenta el Palacio de Justicia tomando el control de la institución y a 300 personas como rehenes, con el fin de tomar de rehenes a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y hacer un juicio político al entonces presidente Belisario Betancur. La toma del Palacio condujo a una operación militar de retoma para recuperar el control de la institución. Por más de 27 horas duró la confrontación, el que continúa siendo uno de los más sangrientos eventos en la historia de Colombia. Cerca de cien personas fueron asesinadas y once desaparecidas, muchos de estas últimas pueden verse, en videos, abandonando con vida el Palacio bajo custodia de los militares. Hay además evidencia de que hubo tortura y ejecuciones, así

¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, Sra. Gabriela Carina Knaut de Albuquerque e Silva, misión a Colombia, U.N. Doc. A/HRC/14/26/Add.2, 16 de abril de 2010.

¹⁸ Para monitorear documentos relacionados con la parapolítica, véase la compilación disponible en <http://www.verdadabierta.com>.

¹⁹ Esta no es necesariamente una característica particular de Colombia. El campo de la justicia transicional agrupó y redefinió iniciativas y principios con una larga historia, principalmente dentro de la comunidad de derechos humanos.

como indicios de que las fuerzas militares tenían información previa sobre la toma y que permitieron que la guerrilla la llevara a cabo con el fin de acorralarla. Los eventos han estado envueltos por muchos años bajo un velo de controversia e impunidad.

Dos grandes desarrollos relacionados con este caso han tenido lugar recientemente —el informe final de la Comisión de la Verdad sobre estos hechos y la primera condena penal en contra de un oficial del ejército. Ambos eventos reflejan años de persistencia y esfuerzos por parte de las víctimas y los individuos y organizaciones que los han acompañado.

En 2005, fue creada la Comisión de la Verdad —de carácter extrajudicial— sobre los hechos del Palacio de Justicia por iniciativa de la Corte Suprema con el fin de “construir memoria histórica y contribuir a la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad”. La Comisión de Verdad recibió asesoría técnica y metodológica del Centro Internacional para la Justicia Transicional y desarrolló una vasta estrategia de impacto público para solicitar información de las víctimas, los testigos y la sociedad en general. La Comisión de Verdad publicó su informe final el 17 de diciembre del 2009²⁰.

La toma del Palacio de Justicia es también un ejemplo del trabajo que se está haciendo para combatir la impunidad y reivindicar los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad y la justicia a través del sistema de justicia penal tradicional. En el momento en que se escribe este texto, Colombia todavía está turbada por la reciente condena impuesta al coronel retirado Alfonso Plazas Vega como autor mediato en la desaparición de 11 individuos durante la operación militar de retoma del Palacio de Justicia que él lideró. La juez sentenció al coronel retirado a 30 años de prisión, en la primera condena por los desaparecidos del Palacio de Justicia. De manera significativa, la juez remitió el caso ordenando la apertura de investigación contra la línea de mando militar y policial, y pidió que se reexaminara el rol que tuvo en los hechos el entonces presidente Belisario Betancur.

Han transcurrido cerca de 25 años desde los hechos del Palacio y estos últimos eventos. La demora es principalmente un reflejo de los esfuerzos de los opositores a estas iniciativas de verdad y justicia. Sin embargo, pese a la continua oposición e inseguridad, estos eventos también demuestran que se ha abierto un espacio en Colombia para tales discusiones y logros. La oposición, tanto de algunas voces oficiales como de algunos sectores de opinión pública, a las investigaciones de la parapolítica y a las iniciativas alrededor de los hechos del Palacio de Justicia revela que este espacio es aún precario. La polarización de la sociedad, la influencia del conflicto y la inseguridad están claramente reflejadas en la mentalidad de guerra que tiene gran parte de la opinión pública. Algunas voces que condenaron estos esfuerzos por confrontar el pasado, por reconocer a las víctimas, por buscar

²⁰ Para información sobre el mandato y composición de la Comisión, y para conocer el informe final, puede visitarse el sitio web <http://www.verdadpalacio.org.co>.

justicia y por construir memoria histórica argumentaron el uso de una “guerra jurídica” emprendida por enemigos del Estado para perseguir a los “héroes de la nación”²¹. Notablemente, entre estas voces está el Presidente de la República quien se pronunció sobre la condena diciendo: “duele y da tristeza”. El mandatario, en una alocución, afirmó que es necesaria una reforma legal para impedir la baja de moral de la tropa²². El Presidente convocó a los líderes militares y al Ministro de Defensa a una reunión extraordinaria al Palacio Presidencial para analizar esta condena.

La continuidad política y la vigencia del conflicto armado pueden llevar a una situación en la que los esfuerzos por enfrentar al pasado sean percibidos, a menudo, como una confrontación directa hacia los poderes políticos y militares actuales. Debido a la continuidad en las políticas de Estado y a la no ruptura con el pasado, la administración actual puede identificarse de cerca con antiguas administraciones y asumir una postura proteccionista hacia los crímenes pasados cometidos por actores estatales como una medida de protección propia²³. Esta dinámica es uno de los factores claves para considerar cómo las políticas e iniciativas de justicia transicional son contendidas y desafiadas en contextos no transicionales.

C. Paz vs justicia en un contexto de continuidad política y conflicto armado

En el seno de la justicia transicional se han abordado, a menudo, las tensiones entre las necesidades políticas de garantizar la paz y la estabilidad, y los imperativos de justicia y rendición de cuentas. La justicia transicional es vista como un campo que permite generar las discusiones y propuestas para buscar el balance y limitar las tensiones entre las necesidades políticas de proteger una frágil democracia o paz, con los clamores de justicia y verdad. Aunque estas metas no son inherentemente opuestas y en muchos casos son, de hecho, complementarias, no se puede negar que las tensiones existen. En términos de la magnitud de las tensiones y la facilidad con la que éstas pueden ser usadas para justificar el distanciamiento de

²¹ El retirado General Harold Bedoya ofreció la comparación que esto era como “condenar al libertador Simón Bolívar después de que él nos había dado la libertad”. Citado en Uribe y militares analizan fallo contra Plazas Vega, *Revista Semana*, 10 de junio de 2010.

²² “Nosotros vamos a tener que pensar en Colombia un proyecto de ley, una revisión del ordenamiento jurídico, para evitar el desestímulo en las Fuerzas Armadas de Colombia. Está bien que las Fuerzas Armadas tienen que ser eficaces y tienen que ser transparentes, que tienen que recuperar totalmente el orden público y respetar absolutamente los derechos humanos. Pero de ahí al maltrato a las Fuerzas Armadas hay un trecho muy amplio”. Véase Presidencia de la República, *Yo tengo dolor por las Fuerzas Armadas de Colombia: Presidente Uribe*, Secretaría de Prensa, 10 de junio de 2010, disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2010/junio/10/01102010.html>.

²³ Por ejemplo, sobre la condena impuesta a Plazas Vega por los hechos del Palacio de Justicia, el presidente Uribe justificó su pronunciamiento público sobre la decisión de la juez sobre los hechos que tuvieron lugar 25 años atrás asegurando: “Debo hacer este pronunciamiento. ¿Por qué? Porque como Presidente de la República soy el Comandante de las Fuerzas Armadas”. Ídem.

los estándares de justicia y derechos de las víctimas, la importancia del grado y la naturaleza de la transición y la diferencia entre transicional y no transicional, o posconflicto y conflicto, no pueden ser subestimadas.

El debate “paz vs justicia” se articula de diversas formas en Colombia. Al empezar las negociaciones con los paramilitares, el presidente Uribe aseguró que “debe entenderse que en un contexto de 30.000 terroristas, la paz definitiva es la mejor justicia para una Nación en la cual varias generaciones no han conocido un día sin actos de terror”²⁴. Sin embargo, quedó claro rápidamente que tal concepción de justicia no sería aceptada por la comunidad internacional y la sociedad civil nacional, a la luz de la evolución y el fortalecimiento de las obligaciones en materia de rendición de cuentas y derechos de las víctimas.

El gobierno colombiano se ha vuelto más experto a la hora de hablar en términos del balance de las tensiones entre justicia y paz. Como Felipe Gómez Isa afirma en su capítulo de este libro: la administración de Uribe repetidamente explicó que su fórmula sería “tanta justicia como sea posible y tanta impunidad como sea necesaria”²⁵. De manera más reciente, el gobierno colombiano describió el objetivo de la Ley de Justicia y Paz como la búsqueda para lograr ese “delicado balance entre el deseo de reconciliación de millones de colombianos y los requerimientos de la legislación nacional e internacional”²⁶.

Estas declaraciones reflejan la idea de que la búsqueda de estándares legales y de justicia son obstáculos para la resolución del conflicto y la reconciliación. Aquellos que basados en argumentos legales y morales asumen posiciones contestatarias frente al gobierno y la fórmula de justicia transicional implementada son fácilmente señalados, dentro de las lógicas de representación pública del gobierno, como obstáculos para obtener la paz. Con la polarización característica del conflicto, el gobierno tiene cierto éxito al presentar que quienes cuestionan las iniciativas de paz del gobierno —sea la desmovilización de los paramilitares o la estrategia militar contra las guerrillas— apoyan la continuidad de la violencia y son, por lo tanto, aliados de la guerrilla, terroristas o criminales. Como Michael Reed lo describe en su contribución a este volumen, tanto los voceros oficiales como los líderes paramilitares han acusado a los “fundamentalistas de los derechos humanos” de desafiar el proceso de paz y de ser responsables de los atrasos en el progreso hacia la paz²⁷.

Los retos presentados por la continuidad política y la vigencia del conflicto condicionan en qué medida pueden ser controvertidos democráticamente el ámbito y la naturaleza de la política oficial de justicia transicional. Esta es una de las diferencias claves entre situaciones de transición tras regímenes autoritarios y otros contextos

²⁴ Véase Uribe: defiende su política en la ONU, en *BBC Mundo*, 1 de octubre de 2003.

²⁵ Véase, por ejemplo, El as bajo la manga de los Uribistas, *El Tiempo*, 13 de febrero de 2005.

²⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores, *Transitional Justice in Colombia*, ob. cit., p. 2.

²⁷ Véase el texto de Michael Reed publicado en este volumen: *Justicia transicional bajo fuego*.

en los cuales la justicia transicional debe ser aplicada: pone en duda la pertinencia y las consecuencias de su implementación en situaciones de conflicto.

Los ejemplos mencionados arriba demuestran, sin embargo, que a pesar de un contexto adverso y hostil, las luchas por la verdad y la justicia continúan. Hay ejemplos que sugieren que la llegada de la justicia transicional generó una apertura y dio un impulso adicional a estos esfuerzos de larga data. El Gobierno ha adoptado un lenguaje de justicia transicional para promover sus objetivos políticos, pero al hacerlo puede haber validado una discusión pública que no puede controlar de manera exclusiva. Las cortes, la sociedad civil y las víctimas buscan de manera activa contrastar el alcance y la profundidad de la política de transición del Ejecutivo al adoptar la justicia transicional, a pesar de la falta de transición, con el fin de buscar lo que ellos ven como objetivos afines.

Los esfuerzos de justicia transicional en Colombia se desarrollan como un campo de contienda donde no sólo se disputa el grado y el tipo de justicia que se debe aplicar en Colombia. En cierta medida, el lenguaje, las prácticas y las herramientas de justicia transicional se adoptan para fortalecer esfuerzos de larga data que buscan promover una verdadera transformación. En este sentido, la justicia transicional puede servir como campo de contienda por la justicia y para contender la esencia misma de la transformación o de la transición que se quiere.

II. La justicia transicional como un campo de contienda

Reconocer que cualquiera que sea el estado de transición en Colombia, éste es distinto en muchas formas a otros casos de justicia transicional es una tarea fácil. Podemos simplemente clasificar a Colombia como un contexto no transicional y, por lo tanto, concluir que la justicia transicional no tiene lugar en el país. Sin embargo, la pregunta vital continúa siendo si a pesar de varias e importantes diferencias, el uso de la justicia transicional por analogía es útil para perseguir los objetivos asociados con el campo, como, por ejemplo, garantizar los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, impulsar una verdadera y justa reconciliación, consolidar la democracia y promover el Estado de derecho. La pregunta paralela y preocupante es si, en tales contextos no transicionales, la puesta en marcha de herramientas de justicia transicional por analogía puede contribuir a socavar los mismos objetivos que se promueven manifiestamente. La relevancia de estas preguntas parece realzarse como consecuencia del hecho de que, al margen de todas las imprecisiones conceptuales, el lenguaje de la justicia transicional ha ganado aceptación por casi todos los actores del debate público en Colombia y las herramientas características del campo están siendo propuestas e implementadas por muchos y de manera diversa e incoherente. Por otro lado, y de manera general, también debemos considerar el efecto que su uso puede tener en la manera como los conceptos e instrumentos de la justicia transicional son

entendidos, particularmente si la tendencia es ignorar o ser indiferente al hecho de que la relevancia de la justicia transicional en Colombia tal vez sea sólo por analogía.

Al considerar el uso de la justicia transicional en Colombia, Lisa Laplante y Kimberly Theidon (tal vez de manera optimista) describen el estado del país como de “pre-posconflicto”²⁸. Además de demostrar la necesidad conceptual de hacer una analogía con el fin de poner el caso colombiano bajo el marco de la justicia transicional, esta expresión es de hecho una útil herramienta descriptiva. La palabra es sugestiva sobre la forma cómo este campo está siendo aplicado en Colombia así como en otros contextos de conflicto vigente²⁹. La justicia transicional no es usada exclusivamente, ni siquiera principalmente, como un medio para incorporar consideraciones de justicia durante una transición; más bien, en el contexto colombiano, se le está asignando la tarea de establecer las bases para la transición y, de hecho, llevarla a cabo. El Ministro de Relaciones Exteriores hace poco explicó esta lógica: “los resultados de la experiencia de la justicia transicional están creando el ambiente perfecto para finalizar con el ciclo de violencia en Colombia”³⁰. La atribución a la justicia transicional de la función de producir la transición en Colombia del conflicto hacia la paz parece ser una ampliación inapropiada de las virtudes que puede tener este campo. Sin embargo, dado que las herramientas y objetivos de la justicia transicional sí pretenden provocar una cierta transformación, puede ser que algunos cambios se produzcan. No obstante, por el momento, el cambio está por verse y es imposible definirlo y establecer vínculos directos con las medidas que se han implementado. El conflicto sigue activo en Colombia y la cuestión que se explora en este proyecto es precisamente el efecto de ese contexto sobre el desenvolvimiento de la justicia transicional.

Una de las diferencias entre la justicia transicional y los enfoques particulares de derechos humanos o de lucha contra la impunidad³¹ es el hecho que la justicia transicional explora áreas de cambio social y político que van más allá de una mirada netamente jurídica. Si bien hay obvios traslapes y complementos entre estos campos, la diferencia parece estar en la respuesta a la pregunta “¿por qué confrontar el pasado?”. La justicia transicional parece ofrecer una respuesta más vigorosa a esta pregunta, que puede tener mayor peso social y político en los debates de política pública. “Entendida e implementada de manera adecuada, la justicia transicional mira tanto al pasado como al futuro”³². Además de estar

²⁸ Laplante, Lisa J., y Kimberly Theidon, *Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz*, Michigan Journal of International Law, vol. 28, 2006, p. 51.

²⁹ Véase, por ejemplo, el capítulo 17 de este libro, *Afganistán y el reto de la no repetición*, en el que Patricia Gossman se refiere a un escenario de “aún no posconflicto”.

³⁰ Véase, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Transitional Justice in Colombia*, ob. cit.

³¹ Véase Artur, ob. cit.

³² Van Zyl, Paul, *Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies*, en Bryden, Alan y Heiner Hanggi (eds.), *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, 2005, p. 209.

firmente fundamentada en obligaciones legales y en imperativos morales para afrontar un legado de violaciones masivas, el campo de la justicia transicional ha consolidado argumentos, evidencia y experiencia sobre la relación causa-efecto entre el grado y la naturaleza de la justicia para el pasado, y la futura construcción de la democracia, la paz y el Estado de derecho.

Al intervenir en las formas y el fondo que toman las políticas de justicia transicional, los actores participan en el proceso de otorgar significado a las herramientas y los mensajes que se quieren transmitir a la sociedad. Además de servir como un posible vehículo para aumentar el alcance de las medidas de justicia y contribuir a maximizar sus efectos transformadores en lo político y lo social, el caso colombiano sugiere que existe la posibilidad de que el recurso a la justicia transicional permita una mayor participación en el proceso democrático así como en el ámbito y naturaleza de la transición en sí misma. Recordemos que el proyecto de justicia transicional oficial fue explícitamente limitado a los grupos ilegales armados. Al negociar la desmovilización paramilitar, el Ejecutivo nunca procuró confrontar el legado de la relación entre el Estado y estos grupos paramilitares en el país.

A pesar del enfoque de autoprotección y preservación con el que el gobierno impulsa el proyecto oficial de justicia transicional, algunos elementos de justicia transicional entraron en juego sin que puedan ser controlados. Esto significa que las discusiones para determinar prácticas y estándares y encontrar equilibrios de las tensiones inherentes a un proceso de justicia transicional están teniendo lugar en espacios de contienda social y política. Por lo tanto, la palabra final sobre el alcance y la naturaleza del proceso colombiano todavía está en juego.

El gobierno colombiano presenta la “experiencia exitosa” de justicia transicional en Colombia, y busca respaldo para ésta, como el resultado de un novedoso y audaz balance de intereses de su parte. No obstante, está claro que la experiencia más amplia de justicia transicional en el país es producto no sólo del proyecto oficial sino del hecho de que en ciertos momentos y espacios el proceso se desenvuelve más allá del control exclusivo del gobierno. La participación de la comunidad internacional y de la sociedad civil colombiana en el proceso es a menudo citada para validar la naturaleza democrática y transparente del proyecto oficial. Los límites de las transiciones y de la justicia en Colombia son objeto de amplias disputas. La forma en que los diversos objetivos relacionados con la paz y la justicia son abordados en el país no es un reflejo de la preferencia por la perspectiva oficial sino más bien, a pesar de ésta. En este sentido, la justicia transicional aparece como un campo de contienda. Este volumen examina en qué circunstancias, de qué modo y con qué consecuencias las distintas disputas generadas por el uso del discurso y de los instrumentos de justicia transicional, en contextos transicionales y no transicionales, ha favorecido unos objetivos o intereses más que otros, y hasta qué punto los objetivos que prevalecen están o no en consonancia con aquellos que son generalmente atribuidos al campo de la justicia transicional.

III. Dilemas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada

Los estudios presentados en la primera parte de este libro analizan a profundidad ciertos “espacios de contención” de la justicia transicional en Colombia. Los autores examinan en detalle cómo los diferentes actores clave –incluyendo a las cortes, el gobierno, la sociedad civil, las víctimas y los victimarios– han adoptado los conceptos y aproximaciones de la justicia transicional y cómo tales posturas se relacionan con sus intereses en disputa. Los capítulos examinan cuáles son las consecuencias en términos de la forma que toma la justicia transicional en Colombia y qué impacto podría tener en términos más generales.

La segunda parte reúne diversos análisis de experiencias extranjeras que presentan elementos o retos relevantes a las principales preguntas que genera la aplicación de la justicia transicional en contextos no transicionales como el colombiano. Los capítulos examinan contextos de transiciones de regímenes autoritarios y de posconflicto, así como de no transición. Basados en su propia experiencia y conocimiento como expertos e investigadores en ciertos contextos nacionales, los autores abordan cuestiones como: la influencia de los actores y los estándares de la justicia internacional, el impacto de las iniciativas de justicia transicional en la operación de los sistemas legales domésticos, el rol de los actores judiciales nacionales, y los contextos de conflicto vigente y de violencia extendida.

Parte I: Colombia

En el **capítulo 1** Tatiana Rincón explora las complicaciones planteadas por la parcialidad del marco de la justicia transicional a través de un análisis de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una de las fuerzas claves en contribuir a dar forma a la justicia transicional en Colombia. Ella destaca que en Colombia hay dos sistemas que operan simultáneamente para procesar violaciones de los derechos humanos graves y sistemáticas –la justicia penal ordinaria y el limitado y excepcional marco legal de Justicia y Paz. El escrito de Rincón se centra en cómo las altas cortes colombianas han interpretado las leyes internacionales y las decisiones legales en sus pronunciamientos sobre el contenido y el diseño del marco de la justicia transicional en Colombia, y la relación de estos avances con la jurisdicción penal ordinaria.

En el **capítulo 2** Camila de Gamboa analiza las estrategias de la administración de Uribe para negociar con los grupos paramilitares desde 2002, los esfuerzos para diseñar un mecanismo transicional legal en este contexto, y las respuestas gubernamentales a la oposición y los desafíos planteados por la sociedad civil y las cortes. De Gamboa considera que estas estrategias son consistentes con una tendencia de los estados a usar el realismo político para alcanzar una paz negociada. La autora concluye su artículo presentando una crítica, desde una perspectiva

democrática, de los riesgos que entrañan sostener dichas posturas en los esfuerzos para consolidar la democracia.

En el **capítulo 3** Michael Reed aborda la manipulación conceptual usada en Colombia para perpetuar lo que denomina un estado de negación —se refiere particularmente a la interpretación asumida sobre el paramilitarismo, fenómeno que constituye la base de la supuesta transición. Esta manipulación tergiversa de manera efectiva la verdad del conflicto en Colombia, los intereses de los actores y los estándares para aplicar a la transición. Reed argumenta que la aplicación y el uso de la justicia transicional por parte del gobierno de Uribe han provocado la implantación de un “régimen de negación” que ha sido altamente exitoso en reescribir la historia del paramilitarismo en Colombia y despojar al Estado de sus responsabilidades por las violaciones y la perpetuación del conflicto. Durante todo el proceso, el gobierno no ha tenido problemas en incluir el narcotráfico dentro del marco político-legal. Reed concluye que el resultado del experimento de justicia transicional hasta ahora ha sido la devaluación de los estándares de derechos humanos y la neutralización de la sociedad civil y las víctimas.

En el **capítulo 4** Camilo Bernal hace un análisis histórico de lo que denomina dos tradiciones en el sistema penal colombiano: la pactista y la que incorpora el derecho penal de excepción o emergencia en el sistema de administración de justicia, para sustentar la tesis que la Ley de Justicia y Paz es un instrumento jurídico que tiene vocación de permanencia dentro del sistema penal colombiano. Teniendo en cuenta antecedentes históricos que sustentan estas tradiciones, el autor aborda en detalle la Ley de Justicia y Paz así como sus normas complementarias para advertir la futura normalización de este tipo de justicia penal excepcional en Colombia.

En el **capítulo 5** Fionnuala Ní Aoláin y Catherine O’Rourke exploran los vacíos en la rendición de cuentas sobre las violaciones contra mujeres cometidas por los actores no estatales en contextos de transiciones negociadas y conflictos en curso. Las autoras evalúan los estándares humanitarios mínimos y la responsabilidad del Estado como campos potenciales de acción para asegurar de manera más efectiva la rendición de cuentas y la no repetición de violencia sufrida desproporcionalmente por mujeres.

En el **capítulo 6** Felipe Gómez Isa analiza los usos del discurso de la justicia transicional en Colombia y, tras alertar sobre grandes riesgos, resalta el valor de este uso a pesar de las características no transicionales del país. El autor resalta cómo las víctimas se han consolidado como actores políticos, su crucial rol en desafiar la retórica oficial e impulsar iniciativas, avances en materia de esclarecimiento de la verdad, y el establecimiento de unos lineamientos mínimos que podrán ser de ayuda para futuros procesos de paz.

En el **capítulo 7** Delphine Lecombe explora las tensiones experimentadas en Colombia —aquellas inherentes al campo de la justicia transicional y las originadas del contexto de un conflicto vigente. Como ejemplo de cómo las definiciones de los conceptos e instrumentos de la justicia transicional son objeto de disputa en

Colombia, Lecombe analiza la trayectoria del proyecto de Ley de Víctimas, el diseño y funcionamiento de la Comisión Nacional para Reparación y Reconciliación y algunos aspectos de la Conferencia Internacional de Desmovilización, Desarme y Reinserción que tuvo lugar en Cartagena en 2009.

En el **capítulo 8** Iván Cepeda explora el concepto de crímenes de lesa humanidad y propone una definición que abarque de manera más precisa tanto los procesos y las relaciones sociales que son destruidas como los que están comprobados y demostrados en la comisión de crímenes de sistema. A la luz de esta concepción ampliada del concepto, las definiciones de justicia y reconciliación pueden ser evaluadas de una forma más crítica. El autor bosqueja y contrasta el modelo de justicia (reconciliación) puesto en marcha por el gobierno y presenta el modelo de justicia (democracia) que fomenta el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado (Movece).

En el **capítulo 9** Gabriel Arias explora el rol de la sociedad civil en el marco de la justicia transicional en Colombia. El autor describe la sólida historia de luchas que tiene el movimiento de derechos humanos tradicional como parte de la sociedad civil en Colombia y aborda cómo la aplicación de la justicia transicional cambió el curso de ciertos sectores de esta sociedad. El resultado ha sido un notable alejamiento del importante papel que debe jugar la sociedad civil como un contrapeso a los excesos del poder hegemónico del Estado. El texto concluye con un análisis sobre el rol de las agencias de cooperación internacional y los medios de comunicación en esta dinámica.

Parte II: Experiencia comparada

En el **capítulo 10** Michael Otim y Marieke Wierda analizan las dinámicas del proceso de paz en Uganda. Este capítulo examina especialmente la influencia que el involucramiento de la Corte Penal Internacional (CPI) tuvo en el desarrollo de las negociaciones y en el contenido final del marco de la justicia transicional en este país. Los autores explican cómo la naturaleza del conflicto y sus consecuencias han dado forma a las diversas posturas y percepciones frente al proceso. Un énfasis excesivo en las medidas formales de justicia penal en detrimento de una estrategia más integral es uno de los principales impactos de la intervención de la CPI en este país y alienta un posible intento de desafiar la admisibilidad del caso por complementariedad.

En el **capítulo 11** Olga Martín-Ortega y Johanna Herman exploran y comparan las actuales prácticas y el impacto de los tribunales híbridos en Bosnia-Herzegovina y Camboya. Este estudio tiene en cuenta las contribuciones potenciales de los procesos penales y los tribunales con componentes tanto nacionales como internacionales en los campos de la justicia transicional, promoción del Estado de derecho y construcción de la paz. A través de la experiencia comparada, las autoras evalúan si las cortes están maximizando su impacto positivo a través de

la generación de capacidades locales y del trabajo de promoción pública, así como los obstáculos a los que se enfrentan.

En el **capítulo 12** Leonardo Filippini analiza la relación entre el derecho internacional y la transición política en Argentina. Filippini considera que la comunidad legal argentina es en gran medida “permeable” al aceptar la aplicación doméstica del derecho internacional. Algunas excepciones son la tensión que rodea la noción de reconciliación y la reacción a la reciente reapertura de procesos judiciales contra los responsables de violaciones de derechos humanos durante la dictadura. Sin embargo, el derecho internacional y los organismos de control no pueden ser vistos como amenazas a la transición política; cualquier crítica de este tipo es dirigida más hacia los actores judiciales domésticos que manejan el proceso legal. Filippini concluye que los avances del derecho internacional y las jurisdicciones extranjeras han servido para reforzar los valores y los objetivos nacionales de búsqueda de justicia.

En el **capítulo 13** Howard Varney describe cómo fue la fórmula que se diseñó en Sudáfrica para promover la reconciliación nacional –verdad a cambio de amnistía. Esta aproximación exigió un gran sacrificio por parte de las víctimas en términos de sus derechos. Esta fórmula excepcional fue explicada por las exigencias del momento político y dependió de la obligación del Estado a igualar los incentivos con la amenaza de efectivos procesos penales contra aquellos que no se acercaran a la Comisión de la Verdad o que no fueran elegibles para amnistías. Varney analiza el efecto del fracaso de no haber realizado un seguimiento judicial a los victimarios que no participaron en el proceso de justicia transicional y concluye que se deben evaluar intentos de usar medidas excepcionales por fuera del contexto de la transición particularmente a la luz de los derechos de las víctimas.

En el **capítulo 14** Bogdan Ivanisevic explora la relación entre dos formas de justicia penal –justicia transicional y justicia penal tradicional (“ordinaria”)– tanto en Bosnia-Herzegovina como en Serbia. El autor afirma que hay algunas señales de impacto positivo en las iniciativas especiales para procesar penalmente crímenes de guerra, tales como el aumento del profesionalismo y desarrollos jurisprudenciales. Los mecanismos especiales de procesamiento penal, sin embargo, no son la panacea a los problemas del sistema de justicia ordinario. De hecho, la influencia de los mecanismos especiales sobre la jurisdicción ordinaria puede ser bastante limitada. El impacto en estos dos casos ha sido más evidente cuando la comunidad internacional estuvo directamente involucrada en amplias reformas judiciales o legales.

En el **capítulo 15** Rigoberto Ochoa analiza la transición hacia la democracia en Honduras y resalta los lazos comunes entre autoritarismo, transición y democracia electoral en este país. El autor explora a profundidad los tipos de reforma judicial que se llevaron a cabo y los efectos relativos en la consolidación de la democracia y el Estado de derecho. Ochoa concluye explicando cómo las deficiencias de la transición hacia la democracia se reflejan en las dificultades para garantizar la no repetición de los hechos.

En el **capítulo 16** Benjamín Cuéllar exhibe los retos de la no repetición en el caso de El Salvador. Analizando los acercamientos a la justicia transicional en este país, a la luz de los Principios de Chicago para la Justicia de Postconflicto, evalúa el impacto en el corto y mediano plazo de la falta de voluntad política y la fuerte oposición interna en contra de ciertas medidas de justicia transicional. El capítulo concluye abordando la correlación entre el fracaso de los mecanismos para confrontar de manera adecuada el pasado y la consolidación del poder y la violencia de hoy en El Salvador.

En el **capítulo 17** Patricia Gossman aborda los retos que actores nacionales e internacionales enfrentan al tratar de incorporar medidas de justicia transicional en el contexto del conflicto que continúa vigente en Afganistán. Gossman evalúa cómo los grandes actores políticos y militares han respondido al llamado a rendir cuentas por un legado de atrocidades en el país y analiza la conexión entre la corrupción, la impunidad y el conflicto en el contexto de “aún no posconflicto” en Afganistán. El capítulo concluye destacando la importancia de implementar reformas amplias e integrales, para las cuales los principios sobre los que se basa la justicia transicional son altamente relevantes.

Conclusión

Este volumen aporta análisis de expertos sobre los dilemas contemporáneos que enfrenta la justicia transicional en Colombia y en otros países, con el fin de extraer lecciones para Colombia en particular y para el campo de la justicia transicional en general. Esta colección de estudios aborda los efectos nacionales y los matices que existen en aplicar la justicia transicional por analogía, así como el impacto potencial de la cada vez más extendida aplicación del término, y los elementos y retos comparados en contextos tanto transicionales como no transicionales. Este texto debería servir como material para una futura reflexión crítica sobre en qué medida, bajo cuáles condiciones y con qué consecuencias podemos hacer comparaciones y ampliar el ámbito de la justicia transicional a contextos no transicionales.

PART I:

Colombia

Capítulo 1

Influencia de organismos internacionales en la jurisdicción ordinaria y en la actuación de los actores nacionales involucrados en procesos de justicia transicional: procesos transicionales en contextos de conflicto armado

Tatiana Rincón

La existencia de un proceso de justicia transicional en Colombia no es una cuestión aceptada pacíficamente, entre otras razones, porque el conflicto armado interno se mantiene y, a pesar de la desmovilización de un número importante de paramilitares, las estructuras armadas de estos grupos no han sido aún desactivadas ni desarticuladas¹. Reconociendo esta situación, asumiré, en este capítulo, la existencia de ese proceso sobre la base de la consideración hecha, en su momento, por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-370 de 2006². Para la Corte Constitucional la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) regula un proceso de justicia transicional³. La existencia de ese proceso ha sido reafirmada, judicialmente, en las

¹ Sobre si es adecuado o preciso hablar en Colombia de una transición de la guerra a la paz o, incluso, si es adecuado hablar de una transición parcial, puede verse: Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile (2008), http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/6Perspectivas_regionales/Rodrigo_Uprimny_Maria%20Paula_Safon.pdf. Entre los autores que consideran el proceso colombiano como un proceso de justicia transicional, puede verse a Ambos, Kai *El marco jurídico de la justicia de transición*. Bogotá, Temis, 2008, p. 8. Ambos considera que la justicia transicional no se limita a situaciones de posconflicto o de cambio de régimen, sino que abarca también situaciones de paz dentro de un conflicto en curso o de una democracia formal. En la segunda situación cita como caso más importante, en la actualidad, el colombiano.

² Corte Constitucional, sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, expediente D-6032.

³ La Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. En su artículo 1, relativo al objeto de la ley, establece, en el párrafo primero: “La presente ley tiene por propósito 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”. Esta ley prevé como beneficio para los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley que cumplan ciertos requisitos (establecidos en los artículos 10 y 11) una pena alternativa que oscila entre 5 a 8 años. En relación con el procedimiento previsto para alcanzar este beneficio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente: en lo atinente a los fines de la investigación contemplados en la Ley 975 de 2005 y demás decretos reglamentarios, en primer término, resulta oportuno destacar el objeto de la presente justicia transicional, que además de 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, también lo constituye el de garantizar los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación.

distintas decisiones proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su condición de segunda instancia del proceso de esclarecimiento judicial previsto en la Ley de Justicia y Paz⁴. Sobre este supuesto, mi interés en este artículo, siguiendo varias de las preguntas sugeridas por el ICTJ, es analizar la forma en que los máximos órganos judiciales internos y, en concreto, la Corte Suprema de Justicia, han incorporado los estándares internacionales de derechos humanos y tenido en cuenta los pronunciamientos de organismos internacionales en sus decisiones relativas a los procesos de Justicia y Paz.

Mi interés en la Corte Suprema de Justicia está determinado por varias razones. En primer lugar, porque es la corte de cierre del proceso penal especial previsto como proceso de justicia transicional en la Ley de Justicia y Paz. En segundo lugar, porque es la institución que ha tenido que lidiar con los problemas de implementación de este proceso penal especial, después de los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la inexequibilidad de algunas disposiciones de la Ley de Justicia y Paz y la exequibilidad condicionada de otras. En tercer lugar, porque por esa razón es el tribunal que ha tenido que garantizar el cumplimiento de los derechos de las víctimas y de la sociedad en el desarrollo de ese proceso especial. Y, en último lugar, porque es la Corte que más ha avanzado en conceptualizar la especificidad del proceso penal especial regulado, como proceso de justicia transicional, en la Ley de Justicia y Paz.

Ahora bien, asumir la existencia de un proceso de justicia transicional en Colombia, sobre la base de las decisiones de sus Altas Cortes, implica también asumir sus particularidades. En función de lo que deseo desarrollar en este capítulo considero necesario señalar dos. La primera, que el proceso de justicia transicional, por lo menos en lo que concierne a las investigaciones penales, sólo se adelanta respecto, principalmente, de uno de los actores vinculados al conflicto armado colombiano: los paramilitares⁵. La segunda, que, además de esa limitación, no todos los paramilitares están vinculados a los procesos de Justicia y Paz. Lo anterior significa, en relación con los procesos penales, que en Colombia funcionan, en paralelo, dos procesos para la investigación, enjuiciamiento y sanción de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz, como proceso especial transicional,

Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión de 18 de febrero de 2009, radicado n°. 30775, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, p. 18.

⁴ La Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz prevé, en el artículo 26, relativo a los recursos, y, en relación con la apelación, lo siguiente: “la apelación procede contra los autos que resuelvan asuntos de fondo, adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra las sentencias. Se interpone en la misma audiencia en que se profiera la decisión, y se concede en el efecto suspensivo ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

⁵ Aun cuando la Ley 975 de 2005 se refiere, en forma genérica, a “grupos armados al margen de la ley” y, a título individual, se han desmovilizado varios integrantes de los grupos guerrilleros, la realidad es que los procesos de Justicia y Paz se adelantan fundamentalmente contra miembros de los grupos paramilitares, entre otras razones, porque fue con estos grupos –o una parte importante de ellos– que el gobierno colombiano negoció la desmovilización y el sometimiento a la justicia.

y el proceso previsto en el Código de Procedimiento Penal, como proceso penal ordinario, para la investigación, juicio y sanción de todas las graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario (IDH) que no caen bajo la competencia de Justicia y Paz.

Por lo tanto, para el análisis que deseo hacer, me referiré también a algunas decisiones recientes de la Corte Suprema de Justicia producidas en sede de justicia penal ordinaria, con el fin de comparar la forma en que se reciben los estándares internacionales en una y otra justicia –la de Justicia y Paz y la penal ordinaria– en un escenario de justicia transicional. Esto puede mostrar uno de los aspectos de la especial complejidad de un proceso transicional como el colombiano y señalar algunos problemas con los que tal vez tienen que lidiar los procesos transicionales que se adelantan en medio de un conflicto armado.

Para desarrollar el análisis que propongo seguiré el siguiente esquema: en la parte I haré una muy breve referencia a la manera como en Colombia se recibe en el derecho interno el derecho internacional de los derechos humanos, el DIH y el derecho penal internacional (en adelante me referiré también a este conjunto de sistemas normativos, para efectos de este artículo, como “derecho internacional de derechos humanos” o “derecho internacional”); en la parte II analizaré la recepción del derecho internacional de derechos humanos en tres decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con los procesos penales especiales que se adelantan bajo la Ley de Justicia y Paz, aun cuando una de estas decisiones no fue proferida en sede de Justicia y Paz, y en la parte III haré un breve análisis de una reciente decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sede de justicia ordinaria, en la que los fundamentos centrales de la decisión se soportan en la jurisprudencia de esta misma Sala en sede de Justicia y Paz⁶. Las conclusiones las iré sugiriendo en cada uno de los puntos.

Antes de iniciar la aproximación a estos tres puntos considero pertinente aclarar que la distinción conceptual a la que hago referencia, entre *proceso penal especial* –como proceso penal de justicia transicional– y *proceso penal ordinario*, es una distinción establecida en la propia jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas, sobre la cual no pretendo polemizar en este escrito.

I. Recepción de los estándares internacionales de derechos humanos en el derecho interno colombiano

La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno colombiano se ha dado de manera amplia, en los últimos años, con

⁶ Las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que valdría la pena analizar, en función del interés de este artículo, son varias. Sin embargo, por razón del espacio me limito a las que he señalado.

fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política y en la doctrina del bloque de constitucionalidad desarrollada por la Corte Constitucional⁷. Esta recepción ha facilitado un continuo ajuste del ordenamiento jurídico interno a los principios y estándares internacionales de derechos humanos, promovido, en estos momentos, no sólo por la Corte Constitucional sino también por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia. Podría decirse, en este sentido, que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la normativa interna colombiana forma parte, ya, de una pacífica jurisprudencia, por lo menos a nivel de las Altas Cortes. En esta medida, una reflexión sobre la manera en que son incorporados los estándares internacionales y los pronunciamientos de organismos internacionales en las decisiones de los órganos judiciales transicionales tiene que tener en cuenta que la recepción interna de estos estándares y principios es una práctica asentada, con anterioridad o en paralelo, por los órganos judiciales ordinarios.

La relación de las Altas Cortes colombianas con el derecho internacional de los derechos humanos, con el derecho internacional humanitario y con el actual derecho penal internacional se ha venido construyendo y reafirmando en el marco de las decisiones que, a nivel interno, se han dictado para proteger o tutelar derechos fundamentales. Así, y respecto a los derechos de las víctimas, la Corte Constitucional desarrolló en su sentencia C-228 de 2002 el concepto amplio de estos derechos, que incluye los derechos a verdad, justicia y reparación, modificando la concepción restringida que mantenía el Código de Procedimiento Penal vigente en ese momento sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal. En esta sentencia la Corte Constitucional hizo remisión expresa al desarrollo que había alcanzado, tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado, la protección de los derechos de la víctima de un delito⁸. Con posterioridad a esta

⁷ El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente: “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. La Corte Constitucional ha dicho, en relación con el bloque de constitucionalidad, que este:

está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995 del 18 de mayo de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, argumento 12, p. 43.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002 del 3 de abril de 2002, expediente D-3672, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. La Corte Constitucional se había pronunciado con anterioridad sobre la superación de la concepción meramente económica de la parte civil en el proceso penal. Al respecto, véase Corte Constitucional, sentencia C-293 de 1995 del 6 de julio de 1995, expediente D-810, M.P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-163 de 2000 del 23 de febrero de 2000, expediente D-2486, M.P. Fabio Morón Díaz; y sentencia C-1149 de 2001 del 31 de octubre de 2001, expediente D-3524, M.P. Jaime Araujo Rentería.

sentencia, la Corte Constitucional ha consolidado y desarrollado su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas de delitos y de violaciones de los derechos humanos, afianzando siempre el vínculo entre el derecho interno y el derecho internacional, bien de los derechos humanos o bien del DIH o del derecho penal internacional⁹. Igualmente, la recepción de los estándares internacionales se ha visto favorecida y potenciada en el marco de una conversación continua de las Altas Cortes con organismos internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también, “la Corte Interamericana”) han tenido una especial influencia en la recepción de estos estándares¹⁰. Por tanto, cuando las cortes (en concreto, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia) han realizado interpretaciones de las normas internas que regulan el proceso de justicia transicional, ajustadas a

⁹ Una expresión de la consolidación y continuo desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, en permanente armonía con el derecho internacional, es su jurisprudencia sobre los derechos de la población desplazada interna. Puede verse, en particular, la sentencia T-025 del 22 de enero de 2004 y los varios autos de seguimiento a su cumplimiento dictados por la Corte hasta ahora. En la sentencia T-025 la Corte declaró, respecto del desplazamiento forzado interno, el estado de cosas inconstitucional. Expresión también de ese proceso de consolidación y desarrollo, en armonía con el derecho internacional, es la jurisprudencia referida a los derechos de las víctimas en el proceso penal ordinario. Al respecto, véase, entre otras, sentencia C-454 de 2006 del 7 de junio de 2006, expediente D-5978, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰ Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente 29273, M.P. Enrique Gil Botero. En esta sentencia el Consejo de Estado, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció una distinción en relación con el derecho a la reparación: de un lado, los escenarios relativos a los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, del otro, los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos de la persona. El Consejo de Estado consideró que esta distinción

permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho.

En esta misma sentencia, el Consejo de Estado introdujo la doctrina de la “cosa juzgada internacional”, con base, entre otros, en el siguiente argumento:

por consiguiente se puede afirmar, sin ambage alguno, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —en sede de un proceso ordinario de reparación directa— deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio.

Ibíd., p. 22.

principios y estándares internacionales o a la luz de los mismos, lo que han hecho es llevar al proceso de justicia transicional una práctica que venían desarrollando y que continúan desarrollando en relación con el ordenamiento jurídico no transicional¹¹.

La sentencia C-370 del 2006, mediante la cual la Corte Constitucional produjo el mayor ajuste interno de la Ley de Justicia y Paz a los principios y estándares internacionales, por lo menos a nivel de la norma (que es algo distinto a los efectos reales que la decisión de la Corte ha podido tener en el comportamiento de los varios operadores jurídicos que tienen la función de materializar esta Ley), puede tomarse como expresión ejemplar de la manera en que las Altas Cortes colombianas han tratado de interpretar las especificidades de los procesos de justicia transicional en general, y del proceso de justicia transicional colombiano en particular, en armonía con las exigencias de los estándares internacionales.¹² En esta sentencia, la Corte invocó ampliamente, como fundamento de su decisión, la normativa y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos que consideró pertinente y relevante a los problemas jurídicos que debía resolver. Esta era la práctica anterior, en relación con el ordenamiento jurídico no transicional, y ha continuado siendo la práctica posterior en relación con ese mismo ordenamiento¹³. La Corte Constitucional tuvo en cuenta, también, en esta sentencia, su jurisprudencia anterior -referida al Código de Procedimiento Penal- sobre los derechos de las víctimas. De este modo, la Corte estableció un continuo jurisprudencial entre, de un lado, decisiones producidas en relación con normas no transicionales y, del otro, decisiones producidas en relación con normas que regulan el proceso de justicia transicional. Este continuo jurisprudencial se ha mantenido hasta hoy. El enorme desarrollo que la Corte Constitucional hizo, en la sentencia mencionada, de la protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos

¹¹ Hago referencia a un ordenamiento jurídico no transicional para aludir al conjunto de disposiciones normativas que no atañen directamente al proceso de justicia transicional. En Colombia ha ido tomando forma una cierta práctica que consiste en diferenciar entre las normas que rigen el proceso de justicia transicional, entendido en un sentido amplio (procesos penales, procesos civiles o administrativos para restitución de bienes, procesos de carácter administrativo), y el resto del ordenamiento jurídico. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se refiere, en ese sentido, al “marco legal de la justicia transicional”.

¹² La sentencia C-370 de 2006 es la sentencia que más modificaciones esenciales introdujo en la Ley 975 de 2005, por vía de la declaratoria de inexecutable de algunas disposiciones y expresiones y por vía de la modulación de sentencia de disposiciones que no fueron declaradas inexecutable. La Corte Constitucional ha dictado, hasta ahora, 14 sentencias de control de constitucionalidad en relación con esta ley. Véase: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/CUADRO%20LEY%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ.php> (consultado 14 de agosto de 2009).

¹³ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007 del 14 de febrero de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, mediante la cual la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del principio de oportunidad, declarando que los delitos incluidos en las definiciones de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad o de genocidio descritos en el Estatuto de Roma y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte, están cobijados por la prohibición de aplicación del principio de oportunidad.

a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, fundamentado, en gran parte, en la normativa internacional, ha sido retomado y ampliado en decisiones posteriores sobre legislación no transicional y sobre la protección de derechos fundamentales.

Puede considerarse, entonces, que la influencia en el derecho interno colombiano y, en particular, en las decisiones de sus principales organismos judiciales, del derecho internacional de derechos humanos (incluidas las decisiones de organismos internacionales) forma parte, hoy, de la realidad jurídica colombiana. En este sentido, no resulta extraño que la interpretación y aplicación de las normas que regulan el proceso de justicia transicional respondan, también, a esa influencia. Lo que puede resultar llamativo es la manera en que esa recepción del derecho internacional ha incidido en la conceptualización que ha ido tomando forma, en sede de la Corte Suprema de Justicia, sobre la especificidad del proceso penal transicional y su diferencia con el proceso penal ordinario, y la manera en que, a pesar de esa diferencia conceptual, la jurisprudencia que comienza a consolidarse en los procesos de Justicia y Paz empieza a irradiar decisiones judiciales tomadas en procesos penales ordinarios. En los puntos siguientes trataré de desarrollar estos dos aspectos.

II. Recepción de los estándares internacionales de derechos humanos en decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la CSJ en relación con los procesos de Justicia y Paz

Haré referencia, en primer lugar, a dos decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, también, “Sala Penal de la CSJ” o “Sala Penal” o “Sala”): la decisión del 12 de mayo de 2009, en el radicado n°.31150, con ponencia del magistrado Augusto J. Ibáñez Guzmán; y la decisión del 31 de julio de 2009¹⁴, en el proceso seguido contra Wilson Salazar Carrascal, con ponencia también del magistrado Ibáñez Guzmán. En estas dos decisiones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reafirmó la especificidad del proceso penal regulado por la Ley de Justicia y Paz –como ley de justicia transicional– y a partir de esa especificidad aplicó estándares internacionales de derechos humanos.¹⁵ La cuestión aquí está, como trataré de mostrar, no tanto

¹⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 12 de mayo de 2009, radicado n°. 31150, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 31 de julio de 2009, radicado n°. 31539, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Me referiré a estas sentencias por la fecha de expedición.

¹⁵ Para un conocimiento de todas las decisiones que hasta ahora ha proferido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de Justicia y Paz, puede consultarse el *Índice temático. Ley de Justicia y Paz* elaborado por la propia Corte. Puede consultarse a través de la página web de la Corte: <http://190.24.134.121/webcsj/Consulta> (consultado 6 de noviembre de 2009).

en la aplicación de estos estándares, sino, de un lado, en el sentido que la Sala Penal dio a los mismos en el proceso de Justicia y Paz y, del otro, en la pregunta sobre si esos estándares deberían aplicarse con el mismo sentido en los procesos penales ordinarios que se tramitan por graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Es necesario tener presente, en relación con esta segunda cuestión, lo señalado antes sobre el funcionamiento, en paralelo, de las dos justicias: la penal transicional y la penal ordinaria.¹⁶ En segundo lugar, me referiré a un concepto recientemente emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desfavorable a la extradición del señor Luis Édgar Medina Flórez, un paramilitar desmovilizado vinculado a los procesos de Justicia y Paz¹⁷. En este concepto, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, la Sala Penal varió su jurisprudencia anterior, emitiendo concepto desfavorable a la extradición con fundamento en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos y en la especial relevancia que, en consonancia con esas obligaciones, tienen en dichos procesos los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

A. Las decisiones de la Sala Penal de la CSJ del 12 de mayo y 31 de julio de 2009

1. Decisión del 12 de mayo de 2009

En esta decisión, en la que resolvió varios recursos de apelación, la Sala Penal de la CSJ hizo varias precisiones de las cuales resaltaré tres. La Sala Penal reafirmó, en primer lugar, la clara distinción entre el proceso previsto en la Ley de Justicia y Paz –como ley de justicia transicional– y los procesos penales ordinarios. La Sala Penal señaló lo siguiente:

Ab initio observa la Sala, que la decisión del *A quo* se aparta de la estructura y finalidades político-criminales de la Ley 975 de 2005, que por su singularidad no puede apoyarse en las exigencias legalmente consagradas para el proceso adversarial en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004–, salvo lo dispuesto en el artículo 62, porque el derecho a la verdad, a la justicia y

¹⁶ La distinción entre dos justicias es una distinción que también toma fuerza en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que expresamente se refiere a la “justicia transicional” cuando alude al proceso penal especial regulado en la Ley de Justicia y Paz. Ello, con fundamento en que el proceso de esclarecimiento judicial previsto en la Ley 975 de 2005 no sólo es un proceso penal especial, inscrito en un proceso de justicia transicional, sino que presupone también el establecimiento de unidades de Justicia y Paz en la Fiscalía General de la Nación, de salas de Justicia y Paz en varios de los tribunales de distrito judicial y de la calidad de instancia de apelación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 19 de agosto de 2009, radicado n°. 30451, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

a la reparación, impone que se atienda a las regulaciones específicamente diseñadas para la promoción del proceso de reconciliación nacional, tal como lo preceptúa el artículo 2º, inciso 1º, del Decreto 3391 de 2006, que reglamenta parcialmente aquella normativa¹⁸.

Esta distinción es clave para entender la segunda precisión que hizo la Sala y sobre la cual me interesa llamar la atención: el sentido que la confesión tiene en el proceso de Justicia y Paz. Debido a que el proceso de Justicia y Paz no tiene, según la Sala Penal, un carácter adversarial, porque se presume que el desmovilizado que se acoge a la Ley 975 de 2005 se somete voluntariamente a la justicia cumpliendo con las obligaciones que la misma le impone para obtener el beneficio de la pena alternativa, la confesión tiene un sentido distinto al que tiene en el proceso penal ordinario. Para la Sala Penal, la confesión en los procesos de Justicia y Paz comporta tres aspectos: i. es un componente de verdad, dentro del propósito de reconciliación al que apunta la especialidad de la Ley de Justicia y Paz; ii. es un presupuesto de acceso al procedimiento previsto en esta Ley; y iii. es un medio de prueba cuya apreciación se realiza siguiendo los parámetros de la sana crítica y las reglas del testimonio. Me detendré sólo en el primero de los aspectos.

La confesión, en los procesos de Justicia y Paz, es una columna vertebral del procedimiento que se sostiene sobre la suspensión del principio de presunción de inocencia y de la garantía de no autoincriminación: quien acepta su vinculación al proceso acepta, de entrada, su pertenencia a una empresa criminal (grupo armado al margen de la ley) y la comisión de delitos en razón de esa pertenencia y durante el período que dura la misma. En palabras de la Sala Penal: “en la Ley 906 de 2004 [Código de Procedimiento Penal] la presunción de inocencia es el derrotero a desvirtuar por parte de la Fiscalía, mientras que en la Ley 975 de 2005, la renuncia a esa garantía, es el punto de partida para edificar preliminarmente –no exclusivamente– el proceso (la verdad)”¹⁹.

¹⁸ El artículo 2, inciso primero del Decreto 3391 dice lo siguiente:

Naturaleza. La Ley 975 de 2005 consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible, mediante la cual se posibilita la desmovilización y reinserción de los grupos armados organizados al margen de la ley, el cese de la violencia ocasionada por los mismos y de sus actividades ilícitas, la no repetición de los hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de derecho, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Para tal efecto, el procedimiento integrado establecido en esta ley incluye un proceso judicial efectivo de investigación, juzgamiento, sanción y otorgamiento de beneficios penales a los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, dentro del cual las víctimas tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos a conocer la verdad sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos punibles y a obtener reparación del daño sufrido.

¹⁹ Decisión del 12 de mayo de 2009, ob. cit., p. 32.

¿Cuál es el sentido, en estas condiciones, de la confesión en el proceso de Justicia y Paz? Su condición de elemento de verdad, pero no sólo de la verdad procesal penal, sino esencialmente de la verdad histórica, porque lo que los procesos de Justicia y Paz deben garantizar, conforme a los estándares internacionales invocados e interpretados por la Sala Penal, es esa verdad, la verdad histórica. En decisiones anteriores la Sala Penal se había ya referido a esta finalidad del proceso de justicia transicional y a la garantía del derecho a la verdad, entendiendo el concepto de verdad en un sentido mucho más amplio que el mero conocimiento de los hechos. Así, por ejemplo, en la decisión del 23 de julio de 2008, en el radicado n°. 30120, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, la Sala Penal señaló:

(...) en el ámbito de Justicia y Paz, *la verdad* además de principio rector, objetivo, derecho de las víctimas y la sociedad, se instituye como deber del Estado, en carga investigativa para los servidores públicos operadores de esa justicia especial y transicional, en presupuesto y obligación para quienes se acojan al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005, y causal de pérdida del beneficio de alternatividad si llegare a excluirse o parcelarse²⁰.

En relación con el alcance del derecho a saber la verdad, la Sala señaló, en esta misma decisión, que ese derecho “trasciende la elemental información de los hechos y abarca el conocimiento de los autores, causas, modos y motivos por los que ocurrieron aquellos y que significaron violación a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”²¹. De este modo, la responsabilidad del desmovilizado que confiesa en los procesos de Justicia y Paz lo es con la verdad histórica y también con la reconstrucción de la memoria colectiva:

como un componente de verdad, la confesión tiende a caracterizarse como una de las formas de reparación, destinada a preservar del olvido la memoria colectiva, tal como lo establece el principio 2 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad de Joinet. El derecho colectivo a saber, busca que la sociedad en su conjunto conozca la verdad de lo ocurrido así como las razones y circunstancias en las que los crímenes se cometieron; además, se erige en una forma de reconstrucción de la historia, por cuanto muestra la manera como el sistema jurídico de una determinada sociedad intenta construir el futuro a través del rediseño del pasado y de su relación con éste.

La reconstrucción de la memoria colectiva es una responsabilidad de quienes se postulan a la [L]ey de [J]usticia y [P]az, en virtud de su compromiso a confesar

²⁰ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 23 de julio de 2008, radicado n°. 30120, M.P. Alfredo Gómez Quintero, p. 25.

²¹ *Ibíd.*, p. 23.

completa y verazmente los delitos cometidos al interior de los aparatos armados de poder renunciando, respecto de lo admitido, a la garantía procesal de la presunción de inocencia. Su tarea es insustituible, porque en su narrativa deberán visibilizar a las víctimas, reconstruir el pasado común, y proyectar la reconciliación en punto de lo irrepetible²².

Ahora bien, si la confesión se convierte en una columna vertebral del proceso de Justicia y Paz, y su sentido esencial está en ser elemento de verdad histórica y de reconstrucción de la memoria colectiva, ¿cómo garantizar que puede satisfacer ese sentido, en una investigación penal? No se puede olvidar que si bien el proceso de Justicia y Paz es un proceso especial, es, sobre todo, un proceso de investigación penal, en el que la confesión, como medio de prueba, debe versar sobre hechos, sobre las víctimas de esos hechos, sobre los lugares en que ocurrieron, sobre quienes participaron en los mismos y sobre el modo en que se cometieron. Por lo menos, este es el contenido mínimo que se espera de la confesión plena y veraz de los desmovilizados que se acogen a la Ley de Justicia y Paz.

Pero ¿cómo lograr ensamblar cada uno de estos aspectos en una verdad histórica, que se interroga, además, por las causas? Para la Sala el nexo entre la confesión individual de un desmovilizado y su carácter de elemento de verdad histórica y de memoria colectiva está en el *modus operandi*: el *modus operandi* descrito en la confesión individual debe ser proyectado sobre el trasfondo de los patrones delictivos. Estos patrones no son dados en la confesión, sino que deben haber sido establecidos previamente por la autoridad que investiga (el o la fiscal de Justicia y Paz), con base en contextos. La confesión puede validarse, de este modo, como elemento de verdad histórica y de reconstrucción de la memoria colectiva, sobre patrones y contextos; no se requiere contrastarla con otros medios de prueba ni se requieren otros criterios de valoración. Esos contextos y patrones son suficientes para que opere la sana crítica, método de valoración de la prueba adoptado en el derecho penal colombiano. ¿Por qué son suficientes? Aquí está la tercera precisión hecha por la Sala Penal que deseaba resaltar: porque es una confesión que se produce en el proceso de Justicia y Paz y este es un proceso transicional que debe guiarse, según la Sala, por otros criterios probatorios: por criterios menos formales y más flexibles. En los procesos de Justicia y Paz se investigan graves, sistemáticas y masivas violaciones de derechos humanos, cometidas en condiciones que inhabilitan el uso de pruebas y criterios de prueba propios del proceso penal ordinario, y, por tanto, es necesario acudir a esos otros criterios. Pero ¿cómo fundamentar estas consideraciones y conclusiones? En los estándares de prueba establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Corte que investiga, entre otras, graves violaciones de derechos humanos. Así, dice la Sala Penal:

²² Decisión del 12 de mayo de 2009, ob. cit. pp. 30-31 (los pie de página de la sentencia fueron omitidos).

resulta ilustrativo, para el propósito de esta decisión, examinar el caso Velásquez Rodríguez, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en contra del Estado de Honduras por la desaparición del ciudadano Manfredo Velásquez Rodríguez, destacando que dicha desaparición se encontraba inscrita dentro de un patrón de desapariciones forzadas perpetradas por las Fuerzas Militares hondureñas entre 1981 y 1984; es decir, aun sin contar con otros medios de prueba, el patrón delictivo permitió la inferencia.

Una observación a la ausencia de registros de la actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propone una manera de examinar la prueba, teniendo en cuenta las particularidades que presentan los casos de graves violaciones de derechos humanos, que sin descuidar la seguridad jurídica y el debido proceso, lo ha hecho menos formal y más flexible.

Sin duda, la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no sólo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional²³.

De esta manera la confesión, proyectada sobre los patrones delictivos reconstruidos y establecidos acudiendo a los contextos, los reafirma –porque el *modus operandi* es una expresión de esos patrones–, se valida a sí misma e inscribe el relato contenido en ella en un horizonte mucho más amplio, un horizonte que es a la vez de historia y de memoria.

Tenemos, entonces, hasta aquí, que para la Sala Penal de la CSJ hay una diferencia sustancial entre el proceso de Justicia y Paz y el proceso penal ordinario. Esa diferencia se manifiesta, entre otros aspectos, en la suspensión del principio de presunción de inocencia y de la garantía de autoincriminación. Sobre esa suspensión la confesión puede tener el sentido de ser un elemento esencial de la verdad histórica y de la reconstrucción de la memoria colectiva, objetivos a los que, conforme a los estándares internacionales, deben tender los procesos de Justicia y Paz. La confesión, entendida en ese sentido, se valida como prueba, conforme a criterios menos formales y más flexibles propios de una justicia transicional que debe lidiar con la investigación de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos, tal y como lo hace la Corte Interamericana de Derechos

²³ Ibid., pp. 37-38.

Humanos, y, en esa medida, los criterios de prueba aplicados por esta Corte son de recibo en los procesos de Justicia y Paz.

Seguramente hay varias preguntas que surgen de esta construcción jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Sugeriré sólo dos, sobre las que volveré más adelante, después de entrar en la segunda decisión de la Sala Penal (la del 31 de julio de 2009): ¿podría trasladarse esa jurisprudencia a investigaciones de graves violaciones de derechos humanos y DIH adelantadas en sede de la justicia penal ordinaria? Si no puede trasladarse esa jurisprudencia a la justicia penal ordinaria, en virtud de los principios del debido proceso y del garantismo penal ¿no se daría lugar a un tratamiento desigual, en términos de esclarecimiento de la verdad y de la reparación de las víctimas, a hechos que revisten la misma gravedad y responden a los mismos patrones de sistematicidad y/o masividad? Recordemos que en Colombia funcionan, a la vez y en paralelo, las dos justicias para investigar graves, sistemáticas y masivas violaciones de derechos humanos y del DIH.

2. Decisión del 31 de julio de 2009

En la segunda decisión, la Sala Penal de la CSJ debía pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra la primera sentencia proferida por un Tribunal de Justicia y Paz, pero consideró que se habían presentado irregularidades sustanciales en el procedimiento que le impedían hacer ese pronunciamiento y la obligaban a declarar la nulidad parcial de la actuación adelantada. Más que la declaratoria de nulidad, lo que resulta relevante, en términos de la conceptualización del proceso de justicia transicional que viene haciendo la Sala Penal de la CSJ, son los argumentos dados por esta Sala para fundamentar esa declaración, y la invocación que, en su formulación, hace del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Voy a tratar de reconstruir estos argumentos de la siguiente manera: i. argumentos directamente vinculados con la declaración de nulidad (lo que podríamos llamar la *ratio decidendi* del pronunciamiento de la Sala Penal) y ii. argumentos generales, referidos a la lógica del proceso de Justicia y Paz.

En relación con los primeros argumentos, la Sala Penal encontró que la formulación de cargos y la sentencia de primera instancia habían omitido incluir el delito de concierto para delinquir y la consecuente declaración de responsabilidad del señor Salazar Carrascal dentro de la organización al margen de la ley y su ingreso a la organización para delinquir. En consideración de la Sala Penal de la CSJ, el concierto para delinquir es un elemento sustancial del proceso de Justicia y Paz y por tanto, un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y la sentencia que otorga el beneficio de la pena alternativa²⁴. Su omisión

²⁴ El procedimiento regulado en la Ley de Justicia y Paz prevé varios momentos: la diligencia de versión libre, la audiencia de formulación de imputación (a partir de la cual el o la fiscal de Justicia

constituye, en esa medida, causa de nulidad. El fundamento de esta consideración está, según la Sala Penal, en los mismos objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz, los cuales “atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal”, vinculación que se tipifica en el concierto para delinquir y no en las conductas punibles individualmente causadas²⁵. En consideración de la Sala Penal, la investigación y juzgamiento de conductas aisladas no correspondería al proceso de Justicia y Paz sino a la justicia ordinaria. En palabras de la Sala:

En el marco de la regulación normativa de la Ley 975 de 2005, las actividades delictivas objeto de atribución responden a fenómenos propios de la criminalidad organizada, cuya ejecución y consumación se dinamiza en el contexto de la concertación interna de cada bloque o frente. Bajo este presupuesto, la construcción de la verdad histórica debe tener como punto de partida el esclarecimiento de los motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la constatación de los daños individual y colectivamente causados, con miras a establecer tanto la responsabilidad del grupo armado ilegal como la del desmovilizado²⁶.

Este es el marco y el objetivo de investigación y juzgamiento de los procesos de Justicia y Paz, esto es, del proceso penal transicional, que, al reiterar su mandato de construcción de la verdad histórica, marca otra importante diferencia, según la Sala, con los procesos penales ordinarios: en los procesos transicionales de Justicia y Paz se investigan violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos cometidas por empresas criminales, mientras que en los procesos penales ordinarios se investigan conductas individuales. En los primeros, la responsabilidad individual está esencialmente ligada a la estructura de la empresa criminal y a la sistematicidad y generalidad de sus operaciones. En los segundos, la persona investigada se presenta al proceso en su mera calidad de individuo.

Adicional a estas consideraciones y argumentos, la Sala Penal de la CSJ aprovechó la decisión del 31 de julio del 2009 para recordar algunas de las pautas ya trazadas sobre el trámite de los procesos de Justicia y Paz. Entre estas pautas está la del deber de los fiscales y magistrados de Justicia y Paz de observar tanto la normatividad interna como la normatividad integrada en el bloque de constitucionalidad,

y Paz adelanta la labor de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado), la audiencia de formulación (y aceptación) de cargos, la audiencia pública para tramitar el incidente de reparación integral, y la audiencia pública en la que se da a conocer la sentencia.

²⁵ Decisión del 31 de julio de 2009, ob. cit., p. 6.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 4 y 5.

y las decisiones proferidas por organismos internacionales “tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁷. La invocación de este deber, en relación con el proceso penal transicional, permitió a la Sala Penal sugerir que, dado el marco y el objetivo de investigación y juzgamiento de este proceso, los fiscales y los magistrados deben aplicar los tipos penales que garanticen el reproche penal de conductas cometidas contra la población civil en el contexto del conflicto armado, que tuvieran el carácter de delictivas en el momento de la comisión según el derecho nacional o el derecho internacional²⁸. El ejemplo sugerido por la Sala Penal fue el homicidio en persona protegida, tipificado en el derecho interno sólo en el año 2000, pero contemplado, como tal, en el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4 del Protocolo II adicional a estos Convenios. De estas orientaciones de la Sala Penal parecería desprenderse que en los procesos de Justicia y Paz las autoridades judiciales deberían investigar y sancionar conductas cometidas con anterioridad a su tipificación en el derecho interno si, para el momento de su comisión, ya eran consideradas como tales en el derecho internacional.

Otras de las pautas recordadas por la Sala Penal, en esta decisión, hacen referencia al desarrollo de la actuación de la Fiscalía. De éstas vale la pena resaltar las que orientan el plan metodológico de investigación de los y las fiscales de Justicia y Paz, el cual deberá garantizar que la investigación contribuya efectivamente a la verdad histórica, en este caso, con el fin de garantizar la no repetición. Según la Sala Penal, la estrategia de trabajo de los fiscales debe partir de dos presupuestos mínimos: “(i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y (ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo radicaré en los daños causados individual y colectivamente por el desmovilizado”²⁹. Seguir esta estrategia aproximará al acusador, según la Sala Penal, “a una verdad que deberá declararse judicialmente

²⁷ *Ibíd.*, p. 17.

²⁸ La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo referencia expresa al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece lo siguiente:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, U.N. Doc. A/6316, (1966), 999 U.N.T.S. 171, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

²⁹ Decisión del 31 de julio de 2009, *ob. cit.*, p. 21. Esta pauta ya había sido establecida por la Sala Penal de la CSJ en la decisión de segunda instancia del 28 de mayo de 2008, radicado n°. 29560, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

y luego difundirse y sancionarse, y sobre ella se hará catarsis con la finalidad de garantizar la no repetición de este tipo de criminalidad”³⁰.

Conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala Penal en esta decisión, tendríamos, junto a lo señalado antes, de un lado, que en la justicia penal transicional se investigan crímenes de aparatos organizados de poder (o de empresa criminal) y no crímenes individuales, y del otro, que esta justicia debería garantizar el reproche penal de conductas violatorias del derecho internacional de los derechos humanos o del DIH si en el momento de su comisión eran conductas reprochadas por estos sistemas normativos internacionales, aun cuando, para ese momento, no hubiesen estado tipificadas en el derecho interno. Creo que en relación con esta jurisprudencia son válidas también las dos preguntas que dejé enunciadas. Propondré respecto a estas preguntas algunas muy breves reflexiones.

3. Algunas reflexiones a modo de una primera conclusión

La primera pregunta que sugerí es si podría trasladarse la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ, en sede de Justicia y Paz, a las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos y DIH adelantadas en sede de la justicia penal ordinaria. Habría algunas consideraciones que generarían interrogantes al respecto. Una de ellas tiene que ver con los criterios de valoración de las pruebas, que se flexibilizan y se hacen menos formales, y que, en particular, atañen a la confesión y a la prueba de patrones de criminalidad. Un traslado de estos criterios al proceso penal ordinario debilitaría la posición del imputado frente al poder probatorio del Estado, y el interrogante es si ello no significaría desconocer principios del garantismo penal acogidos por los actuales procesos penales acusatorios. Otra de las consideraciones es la que tiene que ver con la investigación y juzgamiento de conductas no tipificadas en el derecho interno en el momento de su comisión pero sí en el derecho internacional (como el homicidio en persona protegida, sugerido por la Sala Penal).

Un traslado de esta jurisprudencia al proceso penal ordinario podría reñir con el principio de legalidad que en el caso de Colombia está expresamente reconocido en el Código de Procedimiento Penal³¹. Una última consideración tiene que ver con lo dicho por la Sala Penal de la CSJ sobre la investigación de las empresas criminales como deber de las autoridades de Justicia y Paz y la investigación de las meras conductas individuales como competencia de las autoridades penales ordinarias. Un interrogante que surge es si la investigación de empresas criminales, responsables de masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos es sólo del resorte de la justicia transicional y, en ese caso, si la justicia penal ordinaria no está

³⁰ Ídem.

³¹ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículo 6, parágrafo primero: “[N]adie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos con observancia de las formas propias de cada juicio”.

obligada a adelantar investigaciones de ese tipo. No hago referencia a la suspensión del principio de presunción de inocencia y de la garantía de no autoincriminación, en la medida en que en esa suspensión se sustenta –en el proceso transicional colombiano– el sometimiento voluntario de los desmovilizados a la justicia penal transicional y, por tanto, es una característica específica de esta justicia.

Ahora bien, si con base en consideraciones relativas al derecho a un debido proceso plenamente garantista, en contextos de justicia ordinaria no transicional, respondemos a los interrogantes anteriores con un no, una pregunta que surge (entre otras) es si ello no daría lugar a un tratamiento desigual, en términos de esclarecimiento de la verdad y de la reparación de las víctimas, de hechos que revisten la misma gravedad y responden también a patrones de sistematicidad o masividad, contrariando así los mismos estándares y principios internacionales invocados por la Sala Penal de la CSJ para aplicar criterios diferentes en la justicia penal transicional.

Puede que la anterior pregunta, y las inquietudes que en ella se expresan, resulten irrelevantes en escenarios postransicionales, en los que se presume que existe una ruptura con el pasado y en los que se espera –por lo menos a nivel de la teoría– que la justicia penal funcione –en una sociedad que busca afianzar, terminada la transición, la democracia y los derechos humanos– garantizando la plenitud de los derechos propios del debido proceso. En una sociedad postransicional se asume que la justicia transicional dio ya respuesta a los masivos y sistemáticos crímenes del pasado y que la justicia penal puede dedicarse a tramitar la criminalidad propia de contextos de paz y democracia.

Sin embargo, en un caso como el colombiano, en donde el proceso transicional no sólo no ha terminado, sino que es absolutamente parcial (asumiendo, como lo he hecho, la premisa de su existencia), y en el que muchas de las investigaciones y juicios por graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos se siguen tramitando por la justicia penal ordinaria, sí tiene sentido y relevancia la pregunta, máxime cuando la justicia penal ordinaria no sólo se ocupa de crímenes masivos y sistemáticos cometidos en el pasado (por los grupos armados no desmovilizados y por agentes del Estado) sino también de los crímenes masivos y sistemáticos que se continúan cometiendo en el contexto de un conflicto armado que no termina.

¿Cómo actuar en estos procesos que se tramitan hoy, en paralelo, con los procesos transicionales? ¿Se pueden trasladar los criterios más flexibles y menos formales de valoración de las pruebas para facilitar la labor de investigación o se mantienen los criterios del proceso penal ordinario con la dificultad que ello comporta, en muchos casos, para superar la impunidad? Los *modi operandi* de quienes violan masiva y sistemáticamente derechos humanos, eliminando o dificultando pruebas, atemorizando a la población y a las víctimas, se repiten, en Colombia, tanto en los hechos que son de conocimiento de las autoridades de Justicia y Paz como de los que conocen las autoridades judiciales ordinarias. ¿Cómo obrar en estos casos? ¿Cómo lograr un correcto equilibrio, en sede del proceso penal ordinario, entre, de un lado,

los derechos fundamentales del procesado y, del otro, los derechos fundamentales de las víctimas y los derechos de la sociedad a conocer la verdad?

Y, en relación con la investigación y juicio de conductas no tipificadas en el momento de su comisión ¿se releva a la justicia penal ordinaria de esa tarea? ¿Qué implicaciones tiene ese relevo para el conocimiento de la verdad y para la garantía de los derechos de las víctimas de esas conductas? ¿Cómo evitar un tratamiento desigual, en términos del reproche penal, a víctimas de un mismo tipo de conductas que, además, conviven en un mismo tiempo y que muchas veces se conocen entre sí? Finalmente, y en relación con la división de tareas investigativas entre la justicia penal transicional y la justicia penal ordinaria, ¿qué significa decir, como lo ha hecho la Sala Penal, que la investigación de la empresa criminal es propia de los procesos de Justicia y Paz mientras que la investigación de las conductas individuales lo es de los procesos penales ordinarios?

Puede razonablemente suponerse que si la justicia penal ordinaria debe continuar adelantando muchas de las investigaciones y juicios por graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos cometidas en el contexto del conflicto armado, esta justicia tendrá también que investigar las empresas criminales y tendrá igualmente que dar cuenta de la verdad histórica. El cambio de procesos y de procedimientos no altera, en nada, la naturaleza de las graves violaciones de derechos humanos ni su sistematicidad o generalidad, ni altera, en nada, los derechos que, conforme al derecho internacional de derechos humanos, tienen tanto las víctimas de ese tipo de violaciones como la sociedad en las que ellas ocurren a saber la verdad. Siendo esto así, ¿por qué considerar, en un escenario como el colombiano, que la responsabilidad de investigar las empresas criminales y de garantizar la construcción de la verdad histórica y la reconstrucción de la memoria colectiva es específica de los procesos penales transicionales?

No tengo respuestas a los interrogantes que aquí planteo, pero sí considero que plantearlos es una forma de hacer explícitas dificultades particulares con las que tienen que lidiar procesos de justicia transicional que se desarrollan en medio de conflictos armados vigentes, que siguen produciendo graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos y de DIH. No creo que la respuesta sea la de decir que en estos casos no se está ante procesos transicionales. Me parece que esta puede ser una respuesta demasiado fácil que podría estar negando realidades. Tampoco creo que una respuesta sea la de decir que esas graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos deben esperar, para ser investigadas y juzgadas conforme a los estándares que la Sala Penal de la CSJ aplica a los procesos de Justicia y Paz, nuevas negociaciones y mecanismos transicionales aplicables. Además de ser esta una respuesta que puede terminar avalando un trato desigual a víctimas de un mismo tipo de violaciones de derechos humanos, sería contraria a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de investigación de esas violaciones. La sentencia de la Corte Interamericana que está en el trasfondo del núcleo de la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ que aquí he comentado

no es una sentencia proferida para tratar procesos de transición, sino una sentencia proferida para responder a graves violaciones de derechos humanos³². En este sentido, creo que la jurisprudencia de la Sala Penal de la CSJ en sede de Justicia y Paz está evidenciando una necesidad distinta, que tiene que ver con la manera en que, en un contexto de conflicto armado activo, pueden (y quizá deberían tratar de) armonizarse mecanismos transicionales y mecanismos no transicionales. En el caso de los procesos penales, esa armonización tiene que tener en cuenta cómo se aplican los estándares internacionales de derechos humanos en los distintos procesos, transicionales y no transicionales. Dado que los procesos penales transicionales funcionan en una realidad que no es totalmente transicional, no pueden funcionar como mecanismos estancos. Tienen que tener en cuenta los vínculos que los unen a los procesos ordinarios que continúan lidiando con el mismo tipo de violaciones de derechos humanos que ellos están investigando.

B. El concepto de la Sala de Casación Penal de la CSJ sobre la solicitud de extradición del señor Luis Édgar Medina Flórez

El 19 de agosto del 2009, la Sala Penal de la CSJ emitió concepto desfavorable a la extradición a los Estados Unidos del señor Luis Édgar Medina Flórez, paramilitar desmovilizado acogido al procedimiento de la Ley 975 de 2005³³. Los fundamentos para emitir este concepto fueron: “(i) [S]e vulnera el espíritu de la Ley 975 de 2005; (ii) [S]e desconocen los derechos de las víctimas. (iii) [S]e traumatiza el funcionamiento de la administración de justicia colombiana. Y, (iv) [L]a gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia”³⁴. Haré referencia a los cuatro fundamentos, porque todos ellos se basan en la jurisprudencia que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han venido desarrollando sobre el sentido de la justicia penal transicional y sobre la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el contexto de esa justicia. Me detendré con más detalle en el último fundamento por ser el que más remisión hace al conjunto de disposiciones del derecho internacional.

³² Estoy haciendo alusión a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de la Masacre de la Rochela: Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n°. 163. La Corte Interamericana ha reafirmado su jurisprudencia sobre la obligación de los Estados de valorar, en sus investigaciones, los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos y de hacerlo con base en pruebas y criterios de prueba acordes con esa exigencia, en sentencias más recientes. Al respecto, véase Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C n°. 209.

³³ El gobierno colombiano extraditó a Estados Unidos por el delito de narcotráfico, en el 2008, a 15 jefes paramilitares vinculados a los procesos de Justicia y Paz, y en el año 2009 extraditó otro de estos jefes. La Sala Penal de la CSJ emitió concepto favorable en estos casos.

³⁴ Decisión del 19 de agosto de 2009, ob. cit., p. 23.

En relación con el primero de los fundamentos, la Sala Penal recordó que la Ley de Justicia y Paz tiene como ejes centrales la verdad, la justicia y la reparación, “dando especial importancia al derecho de las víctimas”³⁵. En esa medida, la Sala consideró que tanto el gobierno colombiano como la comunidad nacional e internacional tienen interés en que los graves delitos cometidos por los grupos paramilitares “sean aclarados plenamente y se impongan las consecuencias punitivas que las leyes autorizan”³⁶, porque de lo contrario, dijo la Sala, se estaría vulnerando “el derecho de la sociedad a esclarecer procesos de macrocriminalidad que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población, (que también) son derechos constitucionales”³⁷. Por lo tanto,

(...) mientras las autoridades judiciales estén autorizadas para adelantar los procesos especiales previstos en la Ley 975, los postulados estén cumpliendo con su obligación de confesar los delitos cometidos, se estén realizando las audiencias de imputación y se profieren los fallos correspondientes, es deber ineludible de jueces y fiscales hacer prevalecer en el orden interno los principios de verdad, justicia y reparación³⁸.

En relación con el segundo fundamento, la Sala Penal citó en extenso la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas, incluida la relativa al ejercicio de estos derechos en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional, y señaló, en concordancia con esa jurisprudencia, lo siguiente:

[F]rente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedo de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación³⁹.

En consecuencia, si la experiencia de las anteriores extradiciones de paramilitares ha mostrado que estos no han podido seguir confesando sus crímenes, paralizándose el conocimiento de la verdad y afectándose los derechos de las víctimas y de la sociedad a saber y a la no repetición, no puede la Corte Suprema aceptar, a juicio de la Sala:

³⁵ Ibid., p. 24.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ibid., p. 25.

³⁹ Decisión del 19 de agosto de 2009, ob. cit., pp. 31-32.

que amén de la relativa impunidad que se imparte en los procesos de Justicia y Paz, también se permita socavar la verdad al impedir que los postulados narren los crímenes cometidos y pidan perdón a las víctimas y que, junto con las autoridades, se den garantías de no repetición y se repare adecuadamente a las víctimas respetando su dignidad⁴⁰.

En relación con el tercer fundamento, la Sala Penal consideró, entre otras cuestiones, que las personas pedidas en extradición que se desmovilizaron y están confesando los delitos cometidos personalmente o por cuenta de su organización criminal “deben concluir sus exposiciones para que la justicia colombiana emita los pronunciamientos definitivos que de ella se esperan”⁴¹; y que no resulta admisible que el proceso de paz promovido por el gobierno nacional dirigido a la desmovilización de los paramilitares “pueda quedar supeditado a gobiernos extranjeros y su buena voluntad de permitir reconstruir la verdad que tanto clama la sociedad colombiana”⁴².

Finalmente, y en relación con el último fundamento, la Sala Penal de la CSJ consideró varios argumentos, soportados todos ellos en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal internacional. Así, consideró que debido a que los paramilitares vinculados al proceso especial consagrado en la Ley de Justicia y Paz

(...) han confesado al menos el delito de pertenencia a banda armada, el que examinado a la luz de los propósitos criminales de los grupos paramilitares se erige en delito de lesa humanidad, no cabe duda que la gravedad del narcotráfico palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura, y otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados⁴³.

Los delitos cometidos por los paramilitares son, además, delitos perseguidos por tribunales penales internacionales lo que no sucede con el de narcotráfico, convirtiendo este delito, a juicio de la Sala Penal, en un delito de segundo orden. En tales condiciones, es claro para la Sala que dar prevalencia a la justicia nacional en relación con el tipo de delitos cometidos por los paramilitares “blinda al Estado colombiano frente a la posibilidad de intervención de la Corte Penal Internacional”⁴⁴. O, dicho de otra manera, en propia expresión de la Sala:

⁴⁰ Ibid., p. 33.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ibid., p. 34.

⁴³ Ibid., pp. 34-35 (se omitieron las notas a pie de página de la cita).

⁴⁴ Decisión del 19 de agosto de 2009, ob. cit., p. 36.

autorizar la extradición de un nacional colombiano requerido en el extranjero por delito de narcotráfico, conociéndose que esa misma persona también debe responder por los más graves delitos de lesa humanidad, constituye una modalidad de impunidad que se repudia desde el mencionado Tribunal Internacional que lo autoriza a intervenir en aquellos Estados que patrocinan tales prácticas⁴⁵.

Para finalizar sus argumentos, la Sala Penal hizo suya la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la obligatoriedad de la investigación y juicio de graves violaciones de derechos humanos que esta Corte había reiterado recientemente en una resolución de seguimiento al cumplimiento de su sentencia en el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. En esta resolución, la Corte Interamericana señaló “que en las decisiones sobre la aplicación de determinadas figuras procesales a una persona, debe prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos. La aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad”⁴⁶.

En este concepto –sobre solicitud de extradición– se recogen varios de los aspectos desarrollados por la Sala Penal de la CSJ en su jurisprudencia sobre los procesos de Justicia y Paz, a la que he hecho referencia: el sentido de estos procesos; el lugar fundamental que en ellos tiene la construcción de la verdad histórica; la responsabilidad que en relación con esa construcción tienen los paramilitares vinculados a los mismos; la garantía de los derechos de las víctimas en estos procesos; y la garantía que en ellos tiene la sociedad de su derecho a saber la verdad. En relación con todos estos aspectos, la Sala Penal sigue muy de cerca los principios y estándares del derecho internacional de derechos humanos. Adicional a estos aspectos, hay otro que merece especial atención: la directa alusión a la Corte Penal Internacional (CPI) y a la posibilidad que existe –en apreciación de la Sala Penal– de que la CPI pueda intervenir en la situación colombiana si sus instancias judiciales no investigan, juzgan y sancionan, conforme a los estándares internacionales, a los autores y responsables de crímenes que revisten la entidad de crímenes de lesa humanidad. Podría considerarse, al respecto, que cuando la Sala Penal hace esas remisiones a la CPI está mostrando el importante peso que tiene esta Corte en sus consideraciones y decisiones sobre hechos que, a su juicio,

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 8 de julio de 2009, considerando 41. En este mismo considerando, que es el citado por la Sala Penal, la Corte Interamericana señaló, además, que:

en razón de la falta de acuerdo de cooperación judicial entre los Estados que han concretado dicha extradición, corresponde a Colombia aclarar los mecanismos, instrumentos y figuras jurídicas que serán aplicadas para asegurar que la persona extraditada colabore con las investigaciones de los hechos del presente caso, así como, en su caso, para asegurar su debido enjuiciamiento. El Estado debe asegurar que los procedimientos que se desarrollan fuera de Colombia no interfieran o entorpezcan las investigaciones de las graves violaciones ocurridas en el presente caso ni disminuyan los derechos reconocidos en esta Sentencia a las víctimas.

configuran crímenes internacionales contemplados en el Estatuto de Roma. En este sentido, el peso de la CPI no estaría restringido a las decisiones relativas a los crímenes que, hoy, son del conocimiento de la justicia penal transicional sino que se extendería –como lo veremos en el punto siguiente– a los crímenes que, dada la particularidad del proceso transicional colombiano, continúan siendo de competencia de la justicia penal ordinaria. Cabría preguntarse, en este orden de ideas, si la Sala Penal emitiría un concepto similar en el caso de un actor armado colombiano, pedido en extradición y vinculado a una investigación penal ordinaria por graves, masivas o sistemáticas violaciones de derechos humanos o DIH.

III. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la CSJ en sede de Justicia y Paz como fundamento de sus decisiones en sede de justicia penal ordinaria

Me referiré en este punto sólo a una decisión, que tiene una enorme importancia en relación con la búsqueda de la superación de la impunidad de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos.

En decisión del 11 de marzo de 2009⁴⁷, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró fundada la causal de revisión invocada por la Procuraduría General de la Nación, en relación con la preclusión de la investigación iniciada contra el ex general del Ejército Rito Alejo del Río Rojas por su participación en graves violaciones de derechos humanos. Con base en esa declaración, la Sala Penal dejó sin efecto la resolución del Fiscal General de la Nación del 9 de marzo del 2004 que había decretado la preclusión a favor del ex General por los delitos de concierto para delinquir, peculado sobre bienes de dotación y prevaricato por omisión, y remitió el proceso a la Fiscalía General de la Nación para que prosiga la instrucción. En esta decisión, la Sala Penal invocó como fundamentos su jurisprudencia en sede de Justicia y Paz y la existencia de las declaraciones de varios paramilitares rendidas en estos procesos. Aun cuando los aspectos centrales de esta decisión (incluida la aceptación de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para interponer la acción) están fundados en esta jurisprudencia y en la conceptualización que la Sala Penal de la CSJ ha hecho del proceso de Justicia y Paz, me detendré sólo en tres de ellos. El primero, relativo a la calificación del delito de concierto para delinquir como delito de lesa humanidad; el segundo, referido a los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y, específicamente, a los derechos que estas víctimas tienen en los procesos de Justicia y Paz; y el tercero, relativo a los hechos tenidos como prueba.

⁴⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 11 de marzo de 2009, radicado n°. 30510, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

La Sala Penal, en sede de Justicia y Paz, definió el concierto para delinquir con fines paramilitares como delito de lesa humanidad. Entre sus varias consideraciones para llegar a esa definición señaló:

Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc., y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos⁴⁸.

Habiendo caracterizado el concierto para delinquir con fines paramilitares como un delito de lesa humanidad en su jurisprudencia en sede de Justicia y Paz, la Sala Penal consideró en la decisión sobre la revisión de la resolución que precluyó la investigación a favor del ex general del Río lo siguiente:

Como quiera que el militar procesado ha rendido descargos por un delito de lesa humanidad [el de concierto para delinquir], la consecuencia inmediata para el orden jurídico interno consiste en evitar a toda costa la impunidad de los crímenes presuntamente cometidos y con ello, mostrar a la comunidad internacional que no es necesaria la intervención de la justicia penal internacional porque Colombia sí está en capacidad de juzgar e imponer las consecuencias punitivas establecidas en la ley penal nacional a los responsables de tales delitos⁴⁹.

De las consideraciones anteriores vale la pena resaltar no sólo el compromiso de la Sala Penal con la lucha contra la impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos, sino, de nuevo, su insistencia en mostrar a la comunidad internacional –como en el caso de la negativa de extradición– que los jueces colombianos están cumpliendo con los estándares internacionales y que, por tanto, no sería necesaria una intervención de la CPI en el país.

En relación con los derechos de las víctimas, la Sala Penal hizo una amplia referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, incluida la relacionada con la justicia transicional, y formuló varias consideraciones sobre la obligación del Estado de garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca respuestas adecuadas, esto es, que garantice a quienes han sufrido la violación de los derechos humanos o a sus familiares verdad, justicia y reparación. En este sentido, la Sala consideró que si se armonizaba corrección jurídica y la justicia material era

⁴⁸ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, decisión del 10 de abril de 2008, radicado n°. 29472, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, p.18. Los argumentos dados por la Sala Penal en esta decisión son bastante extensos. Aquí me limito a señalar una de sus consideraciones.

⁴⁹ Decisión del 11 de marzo de 2009, ob. cit., p. 36.

(...) fácil advertir que existen razones superiores para permitir la acción de revisión si la impunidad de un hecho concreto puede estar en últimas conculcando los derechos de las víctimas, al impedirse con la cosa juzgada la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues afectan las legítimas expectativas que alientan las víctimas de las conductas punibles en cuanto a la realización de su derecho a la verdad, justicia y reparación. De impedir la revisión en un asunto que compromete los más graves delitos contra la humanidad se estaría edificando una jurisprudencia de absurdo culto a la norma por la norma, la forma por la forma, prescindiendo del cumplimiento de la obligación suprema que impone la Constitución: hacer justicia evitando la impunidad⁵⁰.

Finalmente, y en relación con los hechos que sirvieron de base para declarar conducente el recurso de revisión, la Sala Penal de la CSJ acogió como pruebas las confesiones de varios paramilitares rendidas en los procesos de Justicia y Paz. Al justificar su decisión destacó, entre otras cuestiones, las siguientes:

la verdad que se revela por los postulados debe servir para imponer las penas que correspondan a los mismos, y para investigar y condenar, si a ello hay lugar, a todas las personas que contribuyeron a las actividades de los grupos paramilitares y que, cuando menos, les hacen responsables del delito de *concierto para delinquir* con fines de paramilitarismo.

Las versiones libres y espontáneas rendidas por los postulados se convierten en prueba nueva, en cuanto constituyen testimonio respecto de las incriminaciones que hacen en contra de terceros, y revelan hechos nuevos en la medida en que den cuenta de sucesos no conocidos por la judicatura y que resultan relevantes a la hora de establecer cómo y quiénes acompañaron el quehacer criminal de los paramilitares⁵¹.

Ahora bien, en la medida en que los crímenes cometidos por los paramilitares constituyen delitos de lesa humanidad, no es posible, según la Sala Penal, que la jurisdicción se mantenga al margen de esa realidad “cuando prueba y hechos nuevos dan cuenta de servidores públicos que prevalidos de su condición contribuyeron por acción y omisión en la preparación y ejecución de crímenes de tal naturaleza”⁵² y, por tanto,

el relato de hechos, las referencias normativas, lo narrado por los desmovilizados a los fiscales en las versiones libres, las incidencias en los procesos de Justicia y Paz, y el avance de tales trámites de acuerdo con lo puesto de presente

⁵⁰ Ibid., p. 47.

⁵¹ Ibid., pp. 48-49.

⁵² Ibid., p.49

tanto por el demandante como por el Agente del Ministerio que interviene ante la Corte, son suficientes para que se disponga que las reclamaciones de la Procuraduría General de la Nación satisfacen las exigencias para declarar fundada la causal de revisión que se invoca⁵³.

Con esta decisión, la Sala Penal de la CSJ allanó el camino para el reinicio de las investigaciones penales contra el ex general Rito Alejo del Río. La enorme importancia de esta decisión es indiscutible, pero lo que llama la atención no es tanto la respuesta favorable al recurso de revisión sino los argumentos usados. La decisión se sustenta, fundamentalmente, en consideraciones relativas a la Ley de Justicia y Paz y en confesiones hechas en los procesos especiales regulados por esta Ley. Recordemos la importancia estructural que la confesión tiene, para la Sala Penal, en estos procesos y las condiciones en que esa confesión se produce. Lo que se dio en este caso fue, de un lado, la adopción de la jurisprudencia de la Sala Penal en sede de Justicia y Paz sobre el delito de concierto para delinquir con fines paramilitares como delito de lesa humanidad, y, del otro, el traslado –y la aceptación de la Sala del mismo– de varias de las confesiones producidas en los procesos penales transicionales a un proceso penal ordinario sin que en este proceso se hubieran producido o conocido hechos o pruebas nuevas.

El ex general del Río había sido investigado por la justicia penal ordinaria y –de acuerdo con el actual diseño normativo– no puede ser investigado por la justicia transicional. Sin embargo, las nuevas pruebas que lo incriminan han sido producidas en esta justicia, y, por tanto, va a ser investigado con fundamento en los resultados de esa justicia. Siendo este el escenario en este caso, creo –a manera de conclusión– que tiene sentido insistir en mis dos preguntas sobre la relación entre las dos justicias y en las reflexiones que me permití hacer en torno a las mismas, adicionando dos más que sólo dejo planteadas: ¿se está dando en Colombia, a nivel de las investigaciones penales, una extensión de los objetivos de la justicia transicional más allá del proceso penal transicional regulado expresamente en la Ley de Justicia y Paz? o ¿en razón del acatamiento a los principios de consistencia y coherencia la Sala Penal de la CSJ está en un proceso de homogeneización de su jurisprudencia y de una línea de precedente? De ser este el caso, una pregunta derivada podría ser ¿cómo modifica esa homogeneización la concepción o los principios del proceso penal ordinario, tal y como se han venido entendiendo hasta ahora? Intuyo que este tipo de preguntas plantea el tema de la relación entre los procesos de justicia transicional y el ordenamiento jurídico que emerge de la transición, con la particularidad que en un caso como el colombiano no sólo coexisten estos momentos sino que el ordenamiento jurídico no transicional tiene que seguir dando cuenta de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos y DIH.

⁵³ Ibid., p.50.

Capítulo 2

Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político

Camila de Gamboa Tapias*

En este capítulo se hace un análisis de las fórmulas de paz del gobierno de Álvaro Uribe Vélez con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). La tesis central del trabajo es mostrar que dichas fórmulas pueden ser leídas como una estrategia propia de los Estados que guían sus decisiones políticas fundados en la perspectiva del realismo político. Se explicará cómo en las experiencias comparadas de los modelos de justicia transicional existe, por parte de los gobiernos que lideran estos procesos, una tendencia a usar el realismo político como un camino exitoso para alcanzar la paz. Así, las formulaciones de paz de Uribe Vélez se insertan en esta tendencia. El escrito pretende mostrar los riesgos que para una democracia conlleva asumir esta postura en una negociación política con un grupo armado. En este texto se estudian las fórmulas de paz del gobierno de Uribe Vélez con las AUC, en tres aspectos. En primer lugar, se analiza el Proyecto de Alternatividad Penal y la Ley de Justicia y Paz, presentados al Congreso, y las reacciones que el gobierno tuvo cuando dichas fórmulas fueron criticadas con base en fundamentos democráticos desde diversos grupos de la sociedad civil y desde las ramas de los otros poderes del Estado. En segundo lugar, se sugiere que la Ley de Justicia y Paz aprobada por el Congreso, y que apoyó el gobierno, constituye un instrumento jurídico que tiene una gran asimetría entre el trato que da a los miembros de las AUC y las víctimas. El análisis se encamina a indicar que esta Ley, tal como fue aprobada antes del fallo de la Corte Constitucional, tenía la pretensión de fortalecer a los perpetradores en el proceso a costa de un absoluto debilitamiento por parte de los ciudadanos víctimas de los delitos cometidos por los miembros de las AUC. Para finalizar, se usan algunos de los postulados más importantes del realismo político con el propósito de evaluar las fórmulas de paz del gobierno con base en ellos y criticarlos desde una perspectiva democrática.

* Una versión inicial de este artículo fue presentada en el Simposio Internacional Derechos Humanos en sociedades en transición, auspiciado por el Instituto de Filosofía y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, en agosto del 2007. El presente ensayo hace parte del libro *Colombia: historias de transiciones fallidas. Justicia transicional y democracia*, y es parte del proyecto de investigación “Justicia transicional y políticas públicas en el gobierno de Uribe Vélez”, de la línea de investigación Democracia y Justicia del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la universidad del Rosario. Agradezco a Tatiana Rincón y a Wilson Herrera sus valiosos comentarios a versiones previas a este artículo. Igualmente, agradezco los comentarios de Pablo de Greiff, Michael Reed, Javier Ciurlizza y Gabriel Arias durante el segundo seminario de discusión organizado por el ICTJ en Bogotá (30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009), con el fin de discutir los textos de once de los autores que contribuyen con en este libro.

I. Las fórmulas de paz del gobierno presentadas al Congreso y las reacciones del Ejecutivo a las críticas

No es posible hacer un análisis directo de las negociaciones y los acuerdos realizados por el gobierno con las AUC, puesto que estos procesos no fueron públicos y en ellos no intervinieron sino representantes del gobierno y de las AUC. Por lo anterior, el análisis de los posibles intereses de las partes en las negociaciones sólo puede hacerse a través de la evaluación de los proyectos de paz presentados o apoyados por el gobierno en el Congreso, y en las respuestas del primero ante las críticas que estas fórmulas han tenido.

A. El proyecto de Alternatividad Penal y la Ley de Justicia y Paz

A raíz de las negociaciones con el paramilitarismo, el gobierno de Uribe Vélez necesitaba contar con un instrumento jurídico que motivara a los miembros de las AUC para que se desmovilizaran en su totalidad. La Ley 782 de 2002, que el propio gobierno había expedido en diciembre, y que luego modificó con el Decreto 128 de 2003, permitió exonerar de responsabilidad penal sin acudir a ningún juicio criminal a todas las personas de cualquier grupo armado que se desmovilizaran individual o colectivamente siempre que no tuvieran procesos judiciales en su contra por delitos no indultables o no amnistiables antes de su desmovilización¹. No obstante lo anterior, era necesario crear un marco jurídico que favoreciera la desmovilización de los miembros de las AUC que habían cometido los más graves delitos conforme a la normatividad internacional, entre los que se encontraban muchos de los líderes de esta organización. Así, el gobierno de Uribe Vélez presentó en el Congreso de la República el proyecto de ley estatutario 085 de 2003, más conocido como el Proyecto de Alternatividad Penal².

El proyecto tenía como propósito alcanzar rápidamente la paz concediendo beneficios jurídicos extraordinarios a los individuos o grupos excluidos de la Ley

¹ Como lo expresa Gustavo Gallón, el Decreto 128 del 2003 presenta vicios de inconstitucionalidad puesto que la Ley 782 señala que no se pueden otorgar los beneficios a quienes “hayan cometido” crímenes no indultables o no amnistiables. El decreto es mucho más amplio y establece el beneficio para quienes no hayan sido “procesados o condenados” por estos delitos, lo cual excede lo dicho por la ley. En Colombia, como lo señala Gallón, “la casi totalidad de los paramilitares (al igual que de guerrilleros) no han sido procesados ni condenados por tales delitos, pues la impunidad en el país es muy alta y, además, la identidad de la mayoría de combatientes se desconoce”. Esto significa que la mayoría de los combatientes que se han desmovilizado han sido dejados en libertad y se les han otorgado los beneficios por delitos susceptibles de indultos o amnistías, sin saber a ciencia cierta si estos cometieron o no crímenes de guerra o de lesa humanidad, pues conforme al Decreto 128, basta que estas personas no hayan sido procesadas ni condenadas antes de su desmovilización. Véase Gallón, Gustavo, *La CNRR: ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?*, en *Revista de Pensamiento Jurídico*, n°17, Comentarios sobre la Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.

² Véase el excelente estudio sobre el trámite de la Ley de Justicia y Paz publicado por la Fundación Social. Palau, Nicolás, *Trámite de la Ley de Justicia y Paz, elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá, Fundación Social, 2006.

782 que contribuyeran de forma efectiva a la consecución de la paz nacional en el marco de unas negociaciones formales con el gobierno colombiano³.

En septiembre del 2003 se realizó el primer debate legislativo en el Congreso y el gobierno, a través del Alto Comisionado para la Paz, defendió el proyecto. Se aducía que este marco jurídico era necesario para motivar la desmovilización definitiva de las AUC y, además, se consideraba que el proyecto respondía plenamente a los estándares internacionales en justicia transicional ya que garantizaba los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y satisfacía las obligaciones exigidas por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario⁴. Desde la presentación del proyecto de ley surgieron críticas de miembros del Congreso y de diversos sectores sociales y organismos y organizaciones nacionales e internacionales. Las críticas de estos sectores democráticos se pueden sintetizar en dos aspectos sustantivos; de un lado, se consideraba por parte de algunos senadores que el proyecto de ley no era presentado en forma oportuna, puesto que se estaba creando el marco jurídico para que los miembros de las AUC se desmovilizaran sin existir una negociación previa, y esta situación tenía el riesgo de que el Congreso se viera obligado a negociar directamente los términos de la ley con los grupos de autodefensa⁵. En segundo lugar, se estimaba que el proyecto de ley no garantizaba los principios de verdad, justicia y reparación, y en este sentido, este marco normativo no respetaba adecuadamente los tratados internacionales que Colombia había ratificado para la protección de los derechos humanos⁶. En general, el proyecto de alternatividad

³ Los beneficios jurídicos del proyecto de ley consistían en penas alternativas a la prisión como la inhabilidad para ejercer funciones públicas o acceder a cargos de elección popular; la prohibición de portar armas; de no residir en determinados lugares, etc.; estas penas no se compadecían con los graves crímenes cometidos. Además, los mecanismos de reparación que ofrecía el proyecto de ley tales como la compensación, la realización de trabajo social, la colaboración en instituciones que se dedicaran al trabajo social para la recuperación de las víctimas, por citar algunos ejemplos, eran francamente irrisorios y totalmente desproporcionados con los crímenes cometidos. Véase los artículos 6 y 11 del proyecto de ley, disponible en la *Gaceta del Congreso* n°. 436 de 2003.

⁴ Palau, ob. cit., p. 24.

⁵ Los senadores Antonio Navarro Wolff y Rafael Pardo objetaron la oportunidad en la presentación de la ley. Véase Palau, ob. cit., p. 26. Es importante señalar que las conversaciones con las AUC habían comenzado desde diciembre del 2002, cuando el gobierno de Uribe Vélez creó una Comisión Exploratoria para el proceso de paz con este grupo, que debía hacer recomendaciones al Gobierno a fin de que las autodefensas se desmovilizaran y reincorporaran a la vida civil. La Comisión presentó sus recomendaciones y luego de ellas el gobierno realizó, con los líderes de las AUC el Acuerdo de Santa Fe de Ralito. En este acuerdo preliminar, las AUC se comprometían a desmovilizarse en su totalidad antes del 2005 y a no continuar sus acciones militares. El gobierno, por su parte, se comprometía a crear unas zonas en las que las AUC pudieran permanecer a fin de negociar los acuerdos de su desmovilización y reinserción a la civilidad con el gobierno.

⁶ Véase Observaciones y recomendaciones de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 28 de agosto del 2003, y la intervención del Alto Comisionado en el Congreso, en Palau, ob. cit., p. 28. Un excelente estudio sobre los estándares internacionales que resultan aplicables en contextos de justicia transicional se encuentra en Botero, Catalina y Esteban Restrepo, *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*, en *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, 2006;

penal, por sus generosos beneficios a los miembros de las AUC, parecía más bien una propuesta de impunidad y olvido a fin de que sus miembros se incorporaran rápidamente a la civilidad, en el que además de sacrificar los derechos de las víctimas, la sociedad no se responsabilizaba por un pasado en el que se habían cometido graves crímenes que en muchas ocasiones habían sido apoyados directa o indirectamente por sectores sociales que se habían beneficiado con la existencia de las AUC. Después de varios intentos por salvar el proyecto de alternatividad por parte del gobierno y de los sectores del Congreso que apoyaban el proyecto, en que se introducían modificaciones que no cambiaban sustancialmente los problemas de fondo de la ley, el gobierno tomó la decisión de retirar el proyecto⁷. Una de las lecciones aprendidas por el gobierno de Uribe Vélez con esta propuesta fue entender que los sectores más demócratas de la sociedad y del Congreso no estaban dispuestos a otorgar generosas concesiones a los miembros de las AUC sin que existieran principios de verdad, justicia y reparación. En otras palabras, los sectores demócratas de la sociedad rechazaban propuestas de paz basadas en la impunidad y el olvido.

Pasaron más de ocho meses antes de que se volviera a presentar un proyecto de ley que posibilitara la desmovilización de las AUC. En este tiempo, sin embargo, se produjeron algunos hechos con relación al proceso de negociación que crearon un contexto más favorable para presentar nuevos proyectos de ley. El suceso más importante en este sentido lo constituyó la iniciación formal de las negociaciones entre el gobierno de Uribe Vélez y las AUC el 15 de junio del 2004. Se trataba, más que del inicio real de las negociaciones, de la formalización de las mismas, como se explicó antes⁸. En el Congreso se presentaron nueve proyectos de ley para crear el marco legal de la reinserción de las AUC, no obstante, las discusiones se centraron especialmente en dos proyectos, uno liderado por los congresistas Rafael Pardo y Gina Parody, y el otro presentado por los congresistas Mario Uribe y Claudia Blum que era respaldado por el gobierno de Uribe Vélez⁹. El primer proyecto

y Botero, Catalina, Derecho penal internacional y justicia de transición. ¿Estamos condenados a repetir incesantemente la historia trágica de la *muerte y la doncella*?, en de Gamboa, Camila (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

⁷ Palau, ob. cit., pp. 48 y 49.

⁸ Durante este período de negociaciones, el gobierno y las AUC acordaron que estas últimas serían escuchadas y acompañadas en el proceso por el Congreso de la República. Los líderes de las AUC, Salvatore Mancuso e Iván Roberto Duque (alias Ernesto Báez), hablaron en el Congreso y justificaron sus acciones violentas como una respuesta ante la guerrilla y un Estado débil que no había protegido a sus ciudadanos. De igual forma, señalaron que sus delitos debían ser reparados por ellos, pero no tenían que ser castigados con cárcel. La invitación de los líderes de las AUC al Congreso fue muy criticada por diversos sectores sociales, como agrupaciones de víctimas, congresistas, el entonces Embajador de los Estados Unidos en Colombia, varios senadores demócratas de ese país, entre otros. El Gobierno defendió la invitación de los líderes de las AUC al Congreso y criticó la posición intransigente de la comunidad internacional de no apoyar el proceso. Véase Palau, ob. cit., pp. 65-69.

⁹ En el primer proyecto también participaban los congresistas Rodrigo Rivera, Luis Fernando Velasco, Carlos Gaviria y Germán Navas; del segundo hacían parte a su vez los congresistas José Renán Trujillo, Luis Humberto Gómez, Ciro Ramírez, Germán Vargas, Roberto Camacho, Armando Benedetti, José Luis Archila, Óscar Arboleda, Iván Díaz y Germán Varón.

cumplía en general con los estándares normativos de la justicia transicional, y aunque concedía sanciones criminales bastante leves en relación con sus crímenes, a cambio exigía de los perpetradores que dijeran toda la verdad sobre los delitos cometidos en el pasado, y trataba de garantizar que repararan integralmente a sus víctimas. En cambio, el proyecto de ley respaldado por el gobierno, como lo señalan Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, era muy generoso en la declaración de los principios que protegían los derechos de las víctimas, pero no contemplaba los instrumentos jurídicos para hacer efectivos estos derechos, de esta forma el proyecto propendía por buscar una fórmula de paz que no se compadecía con las demandas de justicia ante los crímenes atroces cometidos por las AUC. Luego de muchas discusiones, de intentos por conciliar los intereses de las dos propuestas, se impuso el proyecto apoyado por el gobierno que se convirtió en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)¹⁰.

La Corte Constitucional ejerció el control de constitucionalidad en virtud de las demandas presentadas en contra de la mencionada Ley por diversas organizaciones y ciudadanos que aducían que no garantizaba los derechos de las víctimas. En las sentencias de la Corte Constitucional¹¹ se tradujo el esfuerzo no sólo de cumplir con su función de verificar si la Ley de Justicia y Paz se encontraba ajustada a la Carta, sino de dar respuesta a los argumentos de quienes pensaban que ésta violaba los derechos de las víctimas. La sentencia C-370 del 2006 consideró que la Ley era constitucional, no obstante declaró la inconstitucionalidad o constitucionalidad condicionada de algunas de sus normas, al considerar que tal como había sido aprobada por el Congreso, en efecto, no protegía adecuadamente los derechos de las víctimas. Como afirman Uprimny y Saffon, la sentencia trató de lograr un equilibrio entre las necesidades de la paz y las exigencias de la justicia. Así, en las normas en que el equilibrio en favor de la paz se traducían en un detrimento de la justicia, la sentencia con sus modificaciones buscó ofrecer instrumentos jurídicos en los que aunque se concedían generosas rebajas de penas a los actores armados, a su vez se pretendía garantizar los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas¹². Con la sentencia de la Corte, la Ley de Justicia y Paz se parecía más al

¹⁰ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, ¿Al fin Ley de Justicia y Paz? La Ley 975 del 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional, en *¿Justicia transicional sin transición?*, ob. cit., p. 204.

¹¹ Además de la sentencia C-370, la Corte en otras sentencias reiteró lo dicho en ella y se pronunció sobre otras cuestiones de la Ley de Justicia y Paz. Véase Corte Constitucional, sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, expediente D-6032.

¹² Uprimny y Saffon, ob. cit., pp. 205 y 206. Los autores señalan que la Corte no sólo centró su fallo en los derechos de las víctimas, sino también consideró otros aspectos de gran relevancia, como declarar inexecutable el artículo 70 que otorgaban rebajas de penas a todos los condenados del país, y el 71 que consideraba que el paramilitarismo y la actividad guerrillera constituían delito político de sedición. Ibid., p. 207. Aunque la sentencia declaró inexecutable por vicios de forma el artículo 71, la Corte Constitucional, para no entorpecer el proceso de negociación con las AUC, especificó que la sentencia no tenía efectos retroactivos. Precisamente este debate acerca de la clase de delitos cometidos por las AUC se dio con gran intensidad, luego de que la Corte Suprema consideró en una sentencia que las acciones de los miembros de las AUC no se podían considerar como delito de sedición sino como concierto para

proyecto liderado por los congresistas Pardo y Parody que no había sido aprobado en el Congreso.

B. Respuestas y reacciones del gobierno ante las modificaciones introducidas por la Corte a la Ley de Justicia y Paz

Luego de la sentencia C-370, el gobierno ha expedido una serie de decretos, algunos de los cuales desconocen las modificaciones introducidas por la decisión de la Corte Constitucional. Aunque no se trata de hacer un análisis pormenorizado de dichos decretos, por vía de ejemplo se puede mostrar cómo a través de estas normas el gobierno tiene la intención de revivir la Ley de Justicia y Paz tal como fue aprobada por el Congreso o, incluso, de hacerla más laxa¹³.

Me referiré en primer lugar al Decreto reglamentario 4760 de 2005 que fue expedido por el gobierno luego de aprobarse la Ley de Justicia y Paz, pero antes de que se hubiese pronunciado la Corte Constitucional sobre ella. A pesar de que la Ley tenía grandes debilidades que impedían que las víctimas pudieran ejercer sus derechos en forma apropiada, el Decreto 4760, en vez de remediar estos problemas, creó condiciones más laxas en favor de los perpetradores, lo que además de vulnerar gravemente los derechos de las víctimas, a su vez irrespetó las decisiones tomadas por el legislador y, por tanto, el equilibrio entre los tradicionales poderes del Estado de derecho liberal¹⁴.

En primer lugar, el decreto profundiza las posibilidades de que el perpetrador no confiese la verdad en la versión libre que hace ante el Fiscal. Una de las críticas más consistentes esgrimidas por muchos sectores cuando se discutía la Ley en el Congreso tenía que ver con que en ella no existía la obligación por parte de los perpetradores de confesar en forma plena y fidedigna todos los crímenes que habían cometido, como requisito para obtener los beneficios penales. Sin este requisito era muy difícil que las víctimas y los colombianos en general conociéramos los

delinquir, puesto que el delito político se concede es a quien se levanta contra el Estado y no a quienes, como las AUC, eran sólo delincuencia común. Así las cosas, más de 19.000 desmovilizados por el Decreto 128 de 2002 habrían sido dejados libres en su condición de delinquentes políticos, pero con la sentencia de la Corte Suprema serían simples criminales que debían ser juzgados conforme a la ley penal colombiana. Véase Los argumentos jurídicos y políticos para un cambio penal, la espina dorsal de la sedición, *El Espectador*, semana del 29 al 4 de agosto de 2007, p. 3A. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 11 de julio de 2007, n.º. 26945, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca

¹³ El gobierno ha dictado alrededor de 16 decretos reglamentarios de la Ley de Justicia y Paz, entre ellos los decretos reglamentarios 4760 de 2005; 2898, 3391, 4417 y 4436 de 2006; 315 y 423 de 2007.

¹⁴ En el análisis del Decreto 4760 del 2005 sigo de cerca las críticas desarrolladas por la Comisión Colombiana de Juristas, al igual que las elaboradas por Manuel Quinche. Véase, respectivamente, *Reglamentando impunidad a dos manos*, comentario al Decreto 4760 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005, Bogotá D.C., 7 de febrero de 2006, disponible en www.col-juristas.org, y Quinche, Manuel, La degradación de los derechos de las víctimas dentro del proceso de negociación con los grupos paramilitares, en *Justicia transicional: teoría y praxis*, ob. cit.

crímenes por ellos cometidos debido a que en Colombia existe una gran impunidad que en parte se origina en la gran debilidad del sistema judicial. Exigir a los perpetradores confesar sus crímenes a cambio de una generosa rebaja de penas fue entendida como la justa retribución a la sociedad por sus acciones, y permitía su distanciamiento de un pasado violento. Antes del decreto, como lo señala la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), existía la posibilidad de que los jueces y fiscales interpretaran la ley en el sentido que los desmovilizados debían confesar plenamente sus delitos, sin embargo, el decreto en forma explícita exige que el fiscal debe advertirle al desmovilizado que tiene derecho a no declarar en contra suya, ni contra su cónyuge, compañero permanente o sus parientes¹⁵. El principio de no autoincriminación se usa en el procedimiento penal ordinario como una garantía al procesado para evitar que se ejerzan en su contra presiones indebidas para confesar, pero este principio no tiene justificación en un proceso político en el que se está concediendo una sanción criminal más baja por la confesión de los crímenes cometidos como parte de un grupo al margen de la ley¹⁶. En segundo lugar, el Decreto 4760 le otorga al Fiscal General de la Nación la facultad de aplicar el llamado principio de oportunidad para que no sean juzgados por delitos de testaferrato los individuos que aparecen como propietarios o poseedores de los bienes adquiridos ilícitamente por los miembros de las AUC¹⁷. Se argumentó que esta facultad promovería la devolución de esos bienes ilícitos. Como afirma la CCJ, si la idea del principio de oportunidad era proteger a los testaferros que no podían resistirse a las órdenes de los desmovilizados, mejor hubiera sido aplicar la figura de extinción de dominio en relación con los bienes ilícitamente adquiridos, pues en este caso ellos estarían exentos de responsabilidad criminal por ese delito. Sin embargo, no siempre los testaferros actúan bajo coacción o amenaza, y por tanto se dejarían de investigar muchos individuos que no son precisamente inocentes.

Luego de las sentencias de la Corte que trataron de enmendar las deficiencias que tenía la Ley de Justicia y Paz, el gobierno expidió varios decretos reglamentándola. A través de la página web de la Presidencia de la República se solicitó a los ciudadanos su intervención, como un ejercicio democrático de participación, invitación bastante cuestionable en un país en vías de desarrollo en el que no todos los ciudadanos tienen acceso a este medio, y existiendo además otros mecanismos de participación democráticos que no fueron usados por el gobierno cuando se presentaron los proyectos de Ley de Alternatividad Penal y en la discusión de la Ley de Justicia y Paz. En algunas de las propuestas se convertía en delito de sedición la conformación de grupos paramilitares y se eliminaba la presunción de conexidad con otros delitos cometidos por ellos.

¹⁵ Véase Decreto 4760 de 2005, art. 5.

¹⁶ Véase Comisión Colombiana de Juristas, Reglamentada impunidad a dos manos, ob. cit., p. 3; igualmente de Uprimny y Saffon, Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial, en *¿Justicia transicional sin transición?*, ob. cit., pp. 162 y 163.

¹⁷ Véase Decreto 4760 de 2005, art. 13.

En igual sentido, en algunos de los proyectos del gobierno se quería penalizar a las víctimas que no participaran en el proceso, con los delitos de omisión de denuncia y encubrimiento. Estas propuestas fueron duramente criticadas por muchos sectores sociales y defensores de derechos humanos. El gobierno finalmente expidió el Decreto 3391 de 2006, el que, aunque afortunadamente no incluyó ninguna de las propuestas mencionadas, sí va en contravía de la sentencia C-370 de la Corte Constitucional. Para citar algunos ejemplos, en la sentencia de la Corte se estableció que el beneficio de la pena alternativa (5 a 8 años) no podía ser disminuido, y que debía pagarse en un establecimiento con la seguridad propia de los establecimientos administrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), y sujeto a las normas ordinarias de control penitenciario. No obstante lo anterior, el Decreto 3391 modifica la decisión de la Corte Constitucional en varios aspectos. Así, revive el artículo 31 de la Ley de Justicia y Paz que había sido declarado inexecutable por la Corte, en el que se permitía contar como sanción privativa de la libertad el tiempo de permanencia en las zonas que el gobierno había destinado para que se agruparan los desmovilizados. De igual forma, permite la creación de establecimientos de reclusión especiales o la reclusión en instalaciones de la fuerza pública que no reúnen las condiciones de garantía que la Corte trató de asegurar en la sentencia.

A continuación, se considera el análisis de dos aspectos sustantivos que introdujo el decreto. El primer aspecto tiene que ver con el tema de la reparación; la Corte en su sentencia consideró que cuando “el Estado resulte responsable –por acción o por omisión–, o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de las reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad que eso implica”¹⁸. Sin embargo, el Decreto 3391 en su artículo 18 numeral 5 expresa que los recursos del presupuesto nacional se asignarán de manera residual¹⁹ y no para cumplir con la reparación decretada judicialmente, sino orientada a otro tipo de reparaciones y “sin que ello implique la asunción de responsabilidad subsidiaria del Estado”. Como acertadamente lo establece la CCJ, esta afirmación elude, por un lado, la responsabilidad histórica que el Estado colombiano ha tenido en la conformación de grupos paramilitares, y del otro, elimina el deber subsidiario que tiene el Estado de responder cuando los perpetradores no tienen o no cuentan con recursos suficientes para reparar directamente²⁰. Para terminar este punto, también es importante destacar que el

¹⁸ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, ob. cit., considerando 6.2.4.1.12.

¹⁹ El concepto de responsabilidad residual fue introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-370.

²⁰ Comisión Colombiana de Juristas, Decreto 3391 de 2006: modifica Ley 975, incumple la sentencia C-370 e impide el ejercicio de los derechos de las víctimas”, www.coljuristas.org. Véase igualmente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, 11 de mayo del 2007. En esta sentencia la Corte hace un recuento del surgimiento del paramilitarismo en Colombia y reconoce el apoyo estatal en la conformación de los grupos de auto-defensa.

decreto introduce un elemento de justicia restaurativa que no se encontraba en la sentencia y que consiste en que los miembros de las AUC pueden crear “proyectos productivos con participación de víctimas y desmovilizados que les permiten rebajar sus penas y de igual forma reparar colectivamente a las víctimas”²¹. El carácter de la iniciativa presenta muchos problemas pues no se entiende qué legitimidad puede tener que ex miembros de las AUC con sus propios recursos, probablemente malhabidos, insten a las víctimas para que participen en procesos productivos en forma conjunta con sus victimarios, y que estos proyectos se consideren como una forma de reparación colectiva por los crímenes cometidos.

II. El desigual tratamiento de la Ley de Justicia y Paz a víctimas y victimarios

Una de las pretensiones del uso de las herramientas de la justicia transicional a fin de lograr la culminación de la violencia y el tránsito hacia una situación democrática estable de paz consiste en que las decisiones políticas y los instrumentos jurídicos que se creen para lograr este tránsito se encuentren inspirados en principios democráticos de justicia. Lo anterior con el fin de que se logre hacer frente a las profundas asimetrías que existen en especial entre los ciudadanos que fueron víctimas de la violencia y la de los perpetradores que cometieron estos crímenes y se beneficiaron política, económica y socialmente de su situación de privilegio, bien en un sistema represivo, como es el caso de los regímenes totalitarios o autoritarios de izquierda o derecha, o bien de guerras civiles y de conflictos armados, como en el caso colombiano. El propósito de esta sección consiste en mostrar que la Ley de Justicia y Paz, tal como fue aprobada por el Congreso con el aval del gobierno, constituía un modelo transicional que profundizaba las asimetrías existentes entre víctimas y victimarios. A pesar de las vicisitudes y complejidades propias de las transiciones hacia la paz, idealmente un modelo transicional será justo en relación con las víctimas y los victimarios si efectivamente esas asimetrías –o más bien inequidades institucionales y de facto– que se dieron en el pasado con el proceso transicional se transforman, se reconocen los derechos de las víctimas, y éstas logran restablecer o establecerse por primera vez como ciudadanos en una democracia en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad. De igual manera, el proceso debe lograr que los perpetradores pierdan los poderes institucionales y de facto de los que gozaban en el pasado y, además, exigir que paguen las deudas que tienen con sus víctimas y con la comunidad política.

²¹ Véase artículos 13, 16 y 17 del Decreto 3391 de 2006. En la Ley de Justicia y Paz se establece que la CNRR y el Fondo de Solidaridad de la Red Social pueden impulsar otras medidas de reparación, pero no especifica qué tipo de medidas.

En la versión de la Ley de Justicia y Paz previa a la sentencia de la Corte se analizarán dos aspectos que se interrelacionan: la debilidad institucional propia del sistema penal colombiano y las concesiones tan amplias otorgadas a los victimarios, factores que juntos, al final del proceso judicial, hubieran fortalecido más a los victimarios en relación con sus víctimas. El análisis se inicia con un recuento de los beneficios otorgados a los victimarios dentro de la ley en relación con los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación, para luego mostrar su interacción con la debilidad institucional que en el proceso judicial produce la negación de los derechos de las víctimas, y así la injusticia del modelo defendido por el gobierno de Uribe Vélez²².

La Ley de Justicia y Paz concedía a los perpetradores de graves violaciones de los derechos humanos una pena alternativa de 5 a 8 años, y además se admitía que la pena se podía reducir hasta 18 meses por el tiempo de permanencia de estos perpetradores en la zona de concentración en que tenían lugar las negociaciones entre los líderes de las AUC y el gobierno²³. No obstante, como se ha insistido, esta pena alternativa no implicaba una garantía plena de los otros derechos a la verdad y a la reparación que realmente asegurara un balance entre los sacrificios que las víctimas y la sociedad debían hacer en relación con los beneficios penales obtenidos por los perpetradores en aras de la paz política. Así, en materia de verdad, la Ley de Justicia y Paz no exigía para acceder a la alternatividad penal la confesión plena y fidedigna de todos los crímenes cometidos, sino que bastaba que los desmovilizados rindieran una versión libre de los hechos. Esta amplia concesión a los desmovilizados significaba que la verdad en el proceso de dicha ley se encontraba condicionada a “la buena voluntad” del desmovilizado en decir la verdad, y más que apelar a la buena fe de quien otorgaba una versión libre, en realidad esta versión quedaba supeditada al cálculo racional del perpetrador, quien seguramente sólo confesaría los crímenes respecto de los cuales ya existían procesos judiciales en curso o culminados, o aquellos que plausiblemente considerara que pudieran ser investigados. La misma Ley protegía este cálculo racional pues, por un lado, se establecían tiempos muy cortos a la Fiscalía General de la Nación y los otros organismos de policía judicial para investigar los crímenes cometidos por los desmovilizados (60 días); y de otro lado, se establecía que los miembros de los grupos armados que hubieren recibido los beneficios de la Ley 782 del 2002 o de la Ley de Justicia y Paz, si luego se encontraba que habían cometido delitos como miembros de esos grupos y antes de su desmovilización, no perdían los beneficios penales si aceptaban los nuevos cargos y se comprobaba que la omisión no había sido intencional, cuestión muy difícil de probar. Como se puede ver, el procedimiento que la Ley de Justicia y Paz diseñó para exigir del perpetrador la

²² Véase en este libro el capítulo de Delphine Lecombe, *Una paz conflictiva: luchas epistémicas en torno a la definición de la justicia transicional en Colombia*.

²³ Véase artículos 30 y 31 de la Ley de Justicia y Paz.

verdad judicial no era estricto y, por tanto, no constituía un incentivo legal efectivo para que el perpetrador confesara sus crímenes²⁴.

En relación con la reparación, la Ley de Justicia y Paz también otorgaba concesiones muy generosas a los perpetradores, pues no imponía la obligación de hacer a las víctimas una reparación integral. La ley no exigía al desmovilizado confesar plenamente los bienes de su propiedad a fin de reparar a las víctimas; de otro lado, se restringía la reparación a los bienes adquiridos ilícitamente y no a los adquiridos lícitamente y, además, se limitaba la reparación a los bienes con los que contara el desmovilizado al iniciarse el proceso y no con los que se encontraran en cabeza de testaferros. De igual forma, la definición de víctima era muy restrictiva pues se limitaba a aquellas de los grupos armados y no de agentes del Estado y, además, se consideraban como víctimas sólo a quienes directamente sufrieran el daño²⁵, lo cual no se compadecía con la definición del derecho internacional²⁶. Asimismo, se restringía la participación de las víctimas al incidente de reparación y no a la posibilidad de participar desde el inicio del proceso. Como lo señala Catalina Díaz, la Ley de Justicia y Paz ofrecía dos posibilidades por la vía judicial para que las víctimas fueran reparadas²⁷. La primera, respecto de procesos en curso

²⁴ Como es conocido, en el mes de mayo del 2008, el gobierno dictó un decreto por el que se extraditaron a los Estados Unidos 14 de los líderes de las AUC que hacían parte de la Ley de Justicia y Paz. El gobierno ha defendido su posición señalando que estos líderes no cumplieron con las condiciones de la Ley de Justicia y Paz pues no estaban diciendo la verdad ni habían entregado bienes para reparar a sus víctimas, y que por ello fueron extraditados. Esta decisión ha sido duramente criticada por las ONG, organismos internacionales y grupos de víctimas, puesto que con la extradición de estos líderes, las víctimas y la sociedad se quedarán sin conocer la verdad sobre sus crímenes, debido a que en los Estados Unidos estos perpetradores serán juzgados por delitos de narcotráfico y no por los delitos de lesa humanidad que cometieron en Colombia. Adicionalmente, la extradición impide conocer los nexos que estos miembros de las AUC tuvieron con políticos colombianos. Incluso el fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, en junio del 2008 envió una carta al gobierno colombiano en la que le solicita información y pregunta “si la extradición de los jefes paramilitares presenta algún obstáculo para la investigación de estos políticos”. Véase CPI enviará fiscal para seguir caso de extraditados a EE.UU, en *El Espectador*, 16 de agosto de 2008. El gobierno colombiano ha señalado que en los Estados Unidos es posible continuar el proceso de la Ley de Justicia y Paz, pero con el transcurso del tiempo se han visto las dificultades de realizar las versiones libres de los miembros de las AUC que continúan estando vinculados a la Ley de Justicia y Paz, y además, se ha visto la renuencia de algunos de ellos de continuar en el proceso. Véase por ex jefes de las AUC extraditados, peligran procesos de parapolítica, en *Caracol TV*, 14 de marzo de 2009; El primo condenado a siete años y medio de prisión, en *Verdad Abierta*, 3 de junio de 2009; Mancuso no confesará más, 30 de septiembre de 2009. Además, conforme a la Ley de Justicia y Paz, el incumplimiento por parte de los ofensores de las condiciones para continuar sometidos a esta norma se supone que tiene como consecuencia que el ofensor pierde los beneficios otorgados por la Ley de Justicia y Paz, y debe ser juzgado por la vía ordinaria. El decreto del gobierno desconoce entonces lo dicho en la mencionada Ley.

²⁵ De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Justicia y Paz se consideran víctimas también el cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a ésta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.

²⁶ Uprimny y Saffon, ¿Al fin, Ley de Justicia y Paz? La ley 975 de 2006 tras el fallo de la Corte Constitucional, ob. cit., p. 220.

²⁷ Díaz, Catalina, La reparación de las víctimas de la violencia política en Colombia: problemas y oportunidades, en *Justicia transicional*, ob. cit.

ya fallados o en investigación en la jurisdicción ordinaria en los que la víctima se hubiera constituido como parte civil, y la segunda, dentro del proceso judicial establecido por la mencionada ley, siempre que la víctima pudiera individualizar a su victimario o victimarios. Si a la víctima no le era posible acudir a estos mecanismos, entonces la reparación quedaba supeditada, conforme a la Ley de Justicia y Paz, a la creación de un Fondo de Reparaciones de las Víctimas.

La consecución de recursos y las políticas de reparación del Fondo dependerían, por tanto, de la voluntad y las contingencias políticas del gobierno. En consecuencia, como lo afirma Díaz, en materia de reparación se produciría una segregación entre las víctimas cuyos casos habían sido investigados por el sistema judicial y aquellos que no podían llegar al sistema²⁸.

Por lo anterior, la posibilidad de reparar quedaba supeditada a variables externas que no dependían ni se encontraban en poder de las víctimas, tales como: la mayor o menor eficacia del sistema judicial al haber iniciado procesos contra los desmovilizados de los grupos armados antes de la Ley de Justicia y Paz; la capacidad de los instrumentos normativos de esta ley para individualizar a la mayoría de perpetradores; la existencia de recursos en el Fondo de Reparaciones, y, nuevamente, la “buena voluntad del perpetrador” de confesar plenamente todos los bienes ilícitamente adquiridos que poseía para reparar²⁹.

Ante estas profundas asimetrías entre los derechos de las víctimas y los beneficios de los desmovilizados, la Ley de Justicia y Paz se debe analizar también en un contexto de profunda debilidad del sistema penal colombiano que se caracteriza en general por no ser eficiente y por la existencia de un alta impunidad³⁰. Así, la Ley de Justicia y Paz no pareció tener en cuenta este contexto de debilidad institucional propio del sistema criminal colombiano y, en este sentido, tampoco estableció

²⁸ Ibid., pp. 524, 525 y 526

²⁹ El gobierno expidió el Decreto 1290 del 2008 por el que se creó un programa de reparación individual por vía administrativa. Este decreto ha sido criticado, porque aunque amplía la posibilidad de buscar una reparación por una vía que no sea la judicial a través de la Ley de Justicia y Paz, tiene muchas restricciones en relación con lo que legítimamente debería contener un programa de reparación, por ejemplo, se considera que únicamente son perpetradores los grupos armados organizados al margen de la ley, pero no los agentes de Estado; igualmente, la responsabilidad del Estado colombiano se fundamenta en el principio de solidaridad y no en el reconocimiento de que éste ha incumplido con la obligación por acción y omisión de proteger a los ciudadanos víctimas de la violencia política, y por último, es un programa centrado en indemnizaciones y no en otros elementos necesarios para cumplir con una reparación integral. Lo mismo puede decirse del Proyecto de Ley de Víctimas que fue hundido por el gobierno por razones de inconveniencia fiscal, y por no exigir como condición para las víctimas de agentes de Estado el probar a través de sentencia judicial la responsabilidad del victimario. Véase Duque, María Victoria, El hundimiento de la ley de víctimas, en *Razón Pública*, 22 de junio de 2009, disponible en www.razonpublica.org.co; Uprimny, Rodrigo, *Diez razones para apoyar al Estatuto para las Víctimas*, Corporación Nuevo Arco Iris, 23 de febrero de 2009, disponible en www.corporacionnuevoarcoiris.org.co.

³⁰ Véase Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio Villegas, Las cifras de la justicia, en Uprimny, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio Villegas (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Grupo Editorial Norma, Colección Vitral, 2006.

mecanismos y procedimientos que intentaran responder a estos problemas. Tal como fue aprobada por el Congreso, esta era una ley creada para una situación extraordinaria, por la gravedad y el masivo número de crímenes que pretendía abordar. Se trataba de crímenes complejos realizados por organizaciones que, como las AUC, tenían una gran influencia en el bajo mundo y sus prácticas eran aceptadas dentro de ciertos sectores de la sociedad, y en algunos casos, actuaba en connivencia con ciertas instituciones del Estado. Sin embargo, la Ley de Justicia y Paz básicamente pretendía cimentarse en la infraestructura del sistema judicial existente para situaciones ordinarias. Si ya de por sí era evidente la debilidad del sistema institucional, pretender que este mismo sistema abordara la compleja tarea que imponía esta ley constituía un gravísimo impedimento para lograr los propósitos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que decía satisfacer. En un reporte de International Crisis Group sobre el tema, se describían algunos de estos problemas de los que ya adolecía el sistema y la Ley 975, tales como: carencia de capacidad de la infraestructura del sistema penal; insuficiente cooperación entre las diferentes agencias del Estado que participan en el proceso; dificultades en monitorear efectivamente la desmovilización y la reinserción de los miembros de los grupos armados; falta de claridad respecto de qué entidad del gobierno y en qué forma se elaboraría la lista de desmovilizados que podrían beneficiarse de la Ley de Justicia y Paz y los medios para verificar si cumplían los requisitos; insuficiente información documentada y comprensiva sobre los graves crímenes cometidos por estos desmovilizados que pudiera ser compartida por las diversas instituciones del Estado que participan en el proceso; escasos recursos para protección de ex combatientes, testigos, víctimas y de fiscales y jueces; y la creación de una Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación a la que se le atribuían muchas funciones pero que carecía de poderes para ejercer³¹.

Habría que agregar que también se presentaba una gran asimetría entre los desmovilizados de las AUC y las víctimas en cuanto a recursos económicos, puesto que los primeros contaban con los recursos y el poder que les había dado su actuar criminal, mientras que las garantías dentro del proceso de la mayoría de víctimas, por pertenecer a grupos vulnerables con escasos recursos económicos, quedaba supeditada a la capacidad de Estado y sus instituciones de poder garantizar la legítima defensa de sus derechos. Además, la Ley de Justicia y Paz establecía plazos muy cortos para que los fiscales de la Unidad de Justicia y Paz investigaran si lo dicho por los desmovilizados en las versiones libres era o no cierto (60 días), e igualmente el número de funcionarios de la Unidad de Justicia y Paz era muy escaso para abordar la magnitud de las investigaciones³².

³¹ International Crisis Group, *Colombia: Toward Peace and Justice?*, en Latin American Report n°. 16, 14 de marzo de 2006, pp. 8-14.

³² Aunque algunas instituciones del Estado con el tiempo han hecho grandes esfuerzos para tratar de responder a las debilidades de la Ley de Justicia y Paz, la realidad es que muchas de ellas aún persisten, y de estas se han aprovechado los desmovilizados, en especial los líderes de las AUC, como lo ha

Como se estableció al inicio de esta sección, un modelo de transición es justo en relación con las víctimas y los victimarios si las asimetrías o inequidades que se han generado en razón del conflicto se logran transformar, cuando se reconocen los derechos de las víctimas, y los victimarios pierden los poderes institucionales o de facto de los que gozaron como grupo armado, y si de igual manera tanto los victimarios como los sectores sociales que se beneficiaron con sus acciones pagan las deudas que tienen con sus víctimas y la sociedad. Es evidente que la Ley de Justicia y Paz, tal como fue aprobada por el Congreso, era una ley profundamente injusta, pues en vez de transformar estas asimetrías entre víctimas y victimarios, más bien fortalecía la posición de los victimarios en detrimento de los derechos de las víctimas.

Es necesario señalar que muchos de los problemas relativos a la debilidad institucional y a la ausencia de instrumentos jurídicos idóneos para lograr el esclarecimiento de los crímenes, la protección y garantías de los derechos de las víctimas, y la pérdida de poderes de los perpetradores aún con la sentencia de la Corte Constitucional persisten y, como lo han señalado los analistas que hacen el seguimiento a la desmovilización y reinserción de los ex miembros de las AUC, es fácil concluir que las estructuras criminales no se han desarticulado y, como han denunciado muchos organismos y organizaciones nacionales e internacionales, estos grupos continúan controlando territorios y cometiendo crímenes³³. En la siguiente sección haré un análisis de algunos de los conceptos del realismo político, elementos que servirán para mostrar que la estrategia usada por el gobierno de Uribe Vélez con las AUC responde más a los postulados del realismo político que a una negociación para hacer tránsito a una sociedad más democrática e incluyente.

III. El realismo político, crítica desde los valores democráticos y la tendencia a seguir usando herramientas del realismo en algunos modelos de justicia transicional

No es mi intención hacer un estricto análisis del realismo político y sus variantes, ni defender esta postura teórica, sino de servirme de algunos de sus elementos a fin de mostrar cómo esta lectura de lo político puede ayudar a entender las fórmulas de

reportado insistentemente la prensa escrita colombiana y lo han denunciado diversas agrupaciones defensoras de derechos humanos.

³³ Véase el documento de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *Disidentes, rearmados y emergentes: ¿bandas criminales o tercera generación paramilitar?* Bogotá, agosto de 2007. Véase también Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al proceso de desmovilización de las AUC en Colombia, Compendio de documentos publicados (2004-2007)*, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/INF. 2/07; y el informe 2009 de la Corporación Nuevo Arco Iris: *¿El declive de la seguridad democrática?*, disponible en www.corporacionnuevoarcoiris.org.co.

paz del gobierno³⁴. En este análisis tendré en cuenta algunos aspectos del realismo político desarrollados por Carl Schmitt y Hans J. Morgenthau³⁵, dos de los autores más influyentes en el desarrollo de esta escuela de pensamiento acerca del poder político. Me interesa en especial analizar dos de los conceptos desarrollados por estos autores: la idea del amigo-enemigo de Schmitt, y la del interés nacional de Morgenthau, y estudiar las consecuencias de asumir estas posturas en lo político.

Uno de los aspectos más importantes en la elaboración de la teoría de Schmitt es su concepto sobre la política de amigo-enemigo, para su presentación seguiré de cerca el juicioso estudio de Enrique Serrano Gómez³⁶. Schmitt se opone a la visión liberal de la democracia, puesto que considera que en esta visión de lo político el Estado se encuentra subordinado a los diversos grupos que conforman la sociedad civil, por tanto, pasa a ser un instrumento al servicio de los diversos intereses particulares en pugna y, dado que las exigencias de los grupos son diferentes y en muchos casos contradictorias, el Estado pierde su poder soberano y el conflicto que debía controlar termina agravándose³⁷.

Este estado, al que Schmitt llama “estado total”, termina inmiscuido en todos los asuntos que no tienen que ver con el dominio de lo político sino con otros aspectos del pensar y del hacer humano que no le atañen al Estado. Schmitt considera que la única forma de evitar que el Estado se subordine a otros aspectos de la vida humana se encuentra en delimitar claramente el dominio de lo político respecto de otros diversos dominios tales como lo moral, lo estético y lo económico. Schmitt considera que así como estos tres aspectos de la vida humana tienen un dominio propio –en la moral la distinción entre el bien y el mal, en lo estético lo bello y lo feo, y en lo económico, lo beneficioso y perjudicial o lo rentable o no–, la distinción específica del ámbito político es la de amigo-enemigo.

Como Schmitt lo señala, esta distinción no es una definición de lo político, sino de un criterio de distinción autónomo de los otros dominios³⁸. Schmitt afirma que “el enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él”, el enemigo político es simplemente el extraño, el otro existencialmente distinto, el transgresor del orden público³⁹. Schmitt distingue

³⁴ Para cualquier conocedor del realismo político, mi exposición puede ser demasiado flexible o poco rigurosa. Como lo he dicho, mi intención es mostrar cómo algunos de los elementos de la *real politik* explican las decisiones del gobierno de Uribe Vélez con respecto a su política de paz.

³⁵ Véase Morgenthau, H. J., en especial *Politics Among Nations*, versión en español *Escritos sobre política internacional*, estudio preliminar de Esther Barbé. Madrid, Tecnos, 2001, que recoge algunos de sus capítulos; Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza Editorial, 1999; Joynt, Carey B. y Sherman S. Hayden, Moral and Politics: the Current Debate, en *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. XXXI, n.º. 3, 1955.

³⁶ Serrano Gómez, Enrique, *Consenso y conflicto Schmitt y Arendt*. Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, 2002.

³⁷ *Ibid.*, pp. 21 y 22.

³⁸ Schmitt, *El concepto de lo político*, ob. cit., pp. 56 y 57.

³⁹ *Ibid.*, p. 57.

entre el adversario privado y el enemigo político, sólo el último tiene el carácter de enemigo⁴⁰. Para que se configure la relación amigo-enemigo en el dominio de lo político se requieren dos condiciones: primero, el carácter público de la relación, y segundo, que dicho conflicto tenga la posibilidad de desembocar en una guerra. Esta idea de conflicto, de querer eliminar al otro, es una característica propia del dominio de lo político que no se va a transformar, y en este sentido el conflicto no refleja ni la bondad ni la maldad de la naturaleza humana⁴¹. El ser humano no tiene una esencia específica, y aunque requiere de un orden social para sobrevivir, este orden es cambiante y depende del resultado de los conflictos. Por esto, igualmente los límites entre amigos y enemigos también se transforman y pueden estar determinados por lazos familiares, la pertenencia a un grupo étnico, una tradición cultural o nacional, o un conjunto de estos elementos, lo importante es que la identidad propia refleja e implica la identidad diferente del enemigo⁴².

Como se ha señalado, para Schmitt la distinción amigo-enemigo es independiente de la moral, y para él los principios y valores que guían la acción política no son sólo independientes de la moral sino que precisamente la anteceden puesto que es la política la que fija los criterios morales. Entonces no existe un orden moral de validez universal, sino que corresponde al soberano, es decir al Estado, establecer en ese orden qué es lo bueno y lo malo. Del mismo modo, el derecho es creado por el Estado y lo que vale como derecho es lo que éste decide que es válido al interior de la nación⁴³. En este sentido, Schmitt tiene una visión antiuniversalista de la moral y el derecho, así la validez de un orden moral y jurídico corresponde a un acto de poder del soberano. En esta perspectiva, la validez de la política y del derecho no se encuentran fundados como en la teoría liberal sobre unos principios morales básicos que son inmodificables⁴⁴ y que deben servir de guía normativa para desarrollar los contenidos en los ámbitos de lo político y del derecho. En contraste con la perspectiva liberal, la visión schmittiana del poder considera que son amigos aquellos que comparten los valores y las normas que se han impuesto en un contexto determinado, mientras que los enemigos rechazan este orden. Precisamente, según Schmitt, la visión universalista de la moral que pretende cimentarse en valores absolutos y universales hace que los rivales vean al otro como un “enemigo absoluto” y como una criatura malvada sobre la que se puede ejercer la violencia

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 58. Enrique Serrano acertadamente señala que la distinción entre adversario y enemigo en Schmitt sólo podría hacerse con una distinción previa entre público y privado que Schmitt rechaza, por ello no es muy claro cuáles son las condiciones que hacen que alguien se convierta en enemigo público o en amigo. Véase Serrano Gómez, *ob. cit.*, p. 23.

⁴¹ Schmitt, *ob. cit.*, pp. 87-93.

⁴² Serrano Gómez, *ob. cit.*, p. 27.

⁴³ Schmitt, *ob. cit.*, p. 95.

⁴⁴ Estos principios morales se encuentran en la idea básica del liberalismo de que todos los seres humanos son igualmente libres como agentes morales y ciudadanos. En la teoría liberal estos principios morales toman diversos nombres de acuerdo con la perspectiva que se asume y su modo de fundamentación, bien se habla de derechos naturales, libertades individuales y políticas, derechos humanos, etc.

sin restricciones. Schmitt considera que la única forma de evitar el uso irrestricto de la violencia se da cuando los rivales comprenden que no son los portadores de una verdad universal, sino de un punto de vista con un contenido normativo diferente. Así de “enemigos absolutos” se pasa a “enemigos justos”, situación en la que se reconocen los rivales como defensores de un orden distinto y concreto sin pretensiones universales. Schmitt afirma que cuando los rivales se aceptan como enemigos justos, aunque el conflicto es inevitable, se logra que se reconozca el derecho a declarar la guerra, a reglamentarla para imponer límites a la violencia, y también el derecho a declarar la paz o la tregua⁴⁵. Dado que el conflicto es inherente a la humanidad, en el Estado se tiene que limitar la enemistad a fin de garantizar la paz, la seguridad y el orden. El Estado tiene el monopolio del poder y, por tanto, el de usar el derecho a la guerra que le da la potestad de disponer de la vida de los ciudadanos, quienes deben matar y morir por él, y en caso de que sean enemigos internos podrían ser asesinados por éste. Schmitt piensa que, en general, en un Estado normal se logra la pacificación completa a través del monopolio del poder, y estima además que ese mismo poder soberano es el que establece quiénes son los enemigos y quiénes los amigos y no los ciudadanos, a fin de evitar que estos conviertan a sus adversarios privados en enemigos públicos. Por tanto, Schmitt considera que el Estado es capaz de convertir al pueblo en una comunidad de amigos⁴⁶ que tiene un carácter homogéneo. Así, en general, el autor no cree en los postulados liberales de una democracia pluralista, sino en una democracia en que existe una completa identificación entre gobernantes y gobernados, en la que los gobernados se plegan al poder soberano del Estado. En esta concepción la soberanía del pueblo coincide con la del Estado, y es claro que aquellos que internamente estén en contra de su voluntad soberana son disidentes y deben ser controlados y reducidos mediante el Estado policivo al estatus de delincuentes o, en caso de que el enemigo ponga en peligro el monopolio del Estado, el conflicto se decide a través de la guerra civil. En general, Schmitt considera que el Estado internamente es capaz de imponer orden y de pacificar la sociedad, mientras que en las relaciones entre los Estados sí existe pluralismo (pluriverso) y, por tanto, rivales y guerras⁴⁷.

Una visión más contemporánea del realismo político que ha servido de base para guiar las relaciones políticas entre los Estados ha sido elaborada por Hans J. Morgenthau, en particular pensando en la política internacional de los Estados Unidos. Para los propósitos de esta sección, me interesa más que estudiar su teoría sobre política internacional, analizar especialmente su concepto acerca del interés nacional, para ello presentaré algunos elementos que sustentan su visión de lo político. Morgenthau considera que los seres humanos se encuentran motivados a obrar en términos de sus propios intereses, por tanto la tendencia a controlar el poder es una

⁴⁵ Serrano Gómez, ob. cit., pp. 29 y 42.

⁴⁶ Schmitt, ob. cit., pp. 75-79.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 84; Serrano Gómez, ob. cit., pp. 30, 31 y 48.

característica propia de la naturaleza humana. La política interna es controlada por el Estado mientras que la política internacional, tal como la percibe Morgenthau en el momento en que escribe, es anárquica y propicia el ejercicio incontrolado del poder, como ocurre en el estado de naturaleza. A fin de cambiar esta situación se requiere que se pase a “un modelo ideal de comportamiento político con pretensiones finalistas: la política exterior racional”⁴⁸. Morgenthau critica al liberalismo por tratar de usar los métodos propios que ha desarrollado para lograr la pacificación interna, entre ellos las garantías legales, la maquinaria judicial y las transacciones económicas, y trasladarlos “como entidades autosuficientes, carentes de sus funciones políticas originales, a la esfera internacional”⁴⁹. Afirma que una política exterior exitosa depende de dos condiciones, de un lado, que la política exterior la elabore una élite y que esta actúe de acuerdo con la lógica del poder político. Morgenthau entiende el poder político como “un medio para alcanzar los fines de la nación”⁵⁰. A fin de alcanzar estos fines, la nación debe contar con recursos o factores materiales, entre los que se destaca la fuerza armada y, a su vez, con los recursos cualitativos que son el componente humano del poder nacional, que constituyen el carácter y moral nacional, la calidad del gobierno y, en particular, la diplomacia⁵¹.

El concepto más importante de Morgenthau en su teoría es el del interés nacional, que considera como un instrumento de análisis y guía racional de la política exterior⁵². Tal interés es objetivo en la medida que todos los seres humanos se mueven por intereses, y es a su vez trascendente porque existe un interés nacional legítimo que es superior a aquellos infranacionales, supranacionales y de otras naciones. El interés nacional coincide o es más bien el del Estado, y éste varía de acuerdo con el medio cultural y político. En Morgenthau como en Schmitt el poder político y la moral constituyen dos categorías distintas, así para Morgenthau “la ética en abstracto juzga la acción por su concordancia con la ley moral; la ética política juzga la acción por sus consecuencias políticas”, e igualmente afirma que una acción política acertada debe guiarse “por el principio moral de la supervivencia nacional”⁵³. Luego de la exposición de los conceptos de amigo-enemigo y de interés nacional que desarrollan Schmitt y Morgenthau respectivamente, quiero hacer un análisis valorativo de sus perspectivas teóricas e indicar los riesgos que conlleva

⁴⁸ Morgenthau, *Escritos sobre política internacional*, ibid., p. XXXIII.

⁴⁹ Morgenthau, El rechazo de la política, en *Escritos sobre política internacional*, ob. cit., p. 21.

⁵⁰ Morgenthau, *Politics Among nations*, ob. cit., p. 29.

⁵¹ Morgenthau, *Escritos sobre política internacional*, ob. cit., p. XXXIX. Morgenthau considera que la diplomacia es el mejor método para preservar la paz; sin embargo, en el momento en que escribe, considera que las condiciones de la política mundial y de la guerra no permiten que los Estados renuncien a su poder bélico y su soberanía a fin de ser transferidos a una autoridad superior. *Politics Among Nations*, ob. cit., p. 560.

⁵² Como lo señala F. Meinecke, este doble carácter del interés nacional como instrumento analítico y político, se encuentra en el origen de la fundamentación de la teoría del Estado moderno, en la doctrina de razón de Estado, y en los inicios de la democracia moderna. Citado por Esther Barbé, Morgenthau, *Escritos sobre política internacional*, ob. cit., p. XLI.

⁵³ Morgenthau, Seis principios del realismo político, en *Escritos sobre política internacional*, ob. cit., p. 54.

defender el realismo político en la práctica, para luego volver al análisis de las fórmulas de paz del gobierno de Uribe Vélez con las AUC.

A. Crítica al realismo político desde los valores democráticos

En la crítica al realismo político presentaré cuatro objeciones generales agrupadas en los siguientes temas: el pesimismo antropológico que sustenta las posturas; la visión acerca de la democracia; el poder como un valor absoluto que detenta el Estado, y la idea de que el poder político crea la moral y el derecho.

En primer lugar, los autores parecen tener una visión del ser humano como naturalmente competitivo, pues en general consideran que, independientemente de los contextos sociales, históricos y políticos que los seres humanos habitan, lo que les interesa es el poder. Considero que más que poderse afirmar de forma tajante que el ser humano es competitivo por naturaleza o no, los estudios sobre aprendizaje moral desde Platón y Aristóteles, y de autores contemporáneos en diversas disciplinas, muestran que el comportamiento de los seres humanos se encuentra influido por factores como la familia, la cultura, la educación, el contexto social, y el tipo de sistema político al que pertenecen⁵⁴.

En segundo lugar, la visión de Schmitt y de Morgenthau acerca de los sistemas democráticos constituye igualmente una visión sesgada que sólo refleja un aspecto de la realidad y es el de que a los individuos sólo les interesa el poder y por este motivo es necesario acudir a un modelo político que reconociendo las luchas por el poder entre los individuos logre crear un sistema al que todos se plieguen: el Estado. Se podría más bien pensar que las sociedades democráticas a través de la promoción del individualismo y de la competencia económica capitalista han propiciado la existencia de comportamientos extremadamente competitivos en los que se desarrolla una racionalidad calculadora que genera constantes luchas por el poder en diversos ámbitos de la vida privada y pública; sin embargo, este es un aspecto que no me detendré a analizar⁵⁵. Me interesa señalar que una democracia no se caracteriza sólo por una continua lucha por el poder, sino también por ser un espacio en el que los ciudadanos pueden cooperar entre sí, por ello comparto la afirmación de Joynt y Hayden en el sentido de que en una democracia se encuentran ambos tipos de comportamientos y, por tanto, describir a los ciudadanos de un sistema democrático como individuos esencialmente competitivos constituye una

⁵⁴ Véase Card, Claudia, *The Unnatural Lottery, Character and Moral Luck*. Philadelphia, Temple University Press, 1996; Thomas, Laurence, *Vessels of Evil, American Slavery and the Holocaust*. Philadelphia, Temple University Press, 1993. Tietjens Meyers, Diana, *Subjection and Subjectivity, Psychoanalytic Feminism and Moral Philosophy*. New York, Routledge, 1994; Lee Bartky, Sandra, *Femininity and Domination, Studies in the Phenomenology of Oppression*. New York, Routledge, 1990.

⁵⁵ Thomas, *ibid.*, y Todorov, Tzvetan, *Hope and Memory, Lessons from the Twentieth Century*. Princeton University Press, 2000, muestran los efectos negativos que una visión instrumental del liberalismo puede producir en una sociedad.

arbitraria selección de los hechos que ayuda a fundamentar teóricamente la visión del realismo político acerca de la democracia pero que no necesariamente describe lo que ocurre en la realidad⁵⁶. Es precisamente su visión del poder la que lleva a Schmitt y a Morgenthau a defender un sistema democrático que en sí mismo conlleva la destrucción de los principios fundamentales del liberalismo.

Esto me lleva a cuestionar el tercer aspecto de su teoría y es el de considerar al poder como un valor absoluto que detenta el Estado. Karl Jaspers en forma contundente afirma que:

El poder y la fuerza son en efecto realidades decisivas en el mundo de los seres humanos, sin embargo ellas no son las únicas realidades, por ello cuando la fuerza y el poder se absolutizan se remueven todos los lazos de confianza entre los seres humanos⁵⁷.

Jaspers expresa estas palabras al evaluar el desastroso efecto que el nacionalsocialismo causó entre los alemanes. El poder absoluto de un Estado sobre sus ciudadanos imposibilita la acción política, el reconocimiento del pluralismo y la diversidad, la construcción de lo público a través del diálogo y la disidencia, en últimas, las garantías de existencia de una comunidad humana en la que la dignidad de todos sea el fundamento y fin del sistema político. En contraste con la visión de Schmitt y Morgenthau, el poder en un sistema político democrático no tiene un valor absoluto, por el contrario, éste se legitima cuando garantiza la libertad e igualdad de los miembros que componen la sociedad. En general, cualquier visión democrática liberal tradicional o contemporánea se caracteriza por crear un conjunto de instrumentos para evitar las arbitrariedades del poder que el Estado puede cometer contra los particulares⁵⁸, y por encima del poder del Estado se encuentran los derechos y las garantías de los ciudadanos que son protegidos a través de la constitución, las leyes y de sus instituciones públicas. En este sentido, el Estado no tiene un poder absoluto sino instrumental, pues su existencia sólo se legitima y justifica en la medida en que garantiza y protege los derechos de sus miembros, asegura el cumplimiento de sus obligaciones, dirige controversias, facilita que los individuos puedan alcanzar sus propios planes de vida, y defiende y promueve el reconocimiento de los grupos más vulnerables en una sociedad. Schmitt y Morgenthau consideran que el interés del Estado es superior al de sus ciudadanos, en consecuencia, conciben a los ciudadanos como simples instrumentos para cumplir con los fines últimos del Estado y no viceversa. En esta visión, los valores morales y políticos de los individuos deben ceder a los intereses del Estado de acuerdo con

⁵⁶ Joynt y Hayden, ob. cit., p. 357.

⁵⁷ Jaspers, Karl, *The Question of German Guilt*. Capricorn Books, 1961, p. 57.

⁵⁸ Entre los controles se encuentran el equilibrio de poderes, la supremacía del derecho frente al poder del gobernante, la responsabilidad política de los funcionarios estatales, los procesos de participación democrática, entre otros.

el contingente contexto político del momento. Entonces, el pluralismo propio de un sistema democrático se elimina en una versión amañada de la democracia en la que los intereses de los gobernados coinciden con los de los gobernantes: en Schmitt a través de la comunidad de amigos, y en Morgenthau a través del interés nacional. No es claro por qué los individuos que en el plano privado, según los autores, promueven exclusivamente sus propios intereses, en el plano político acepten cederlos pensando sólo en los intereses del Estado y creer que estos son los que mejor promueven los intereses de los ciudadanos. La única explicación plausible del unanimismo en la realidad –y no fundada en el pesimismo antropológico del realismo–, es la de la existencia de un Estado totalitario o autoritario, bien de izquierda o de derecha, que castiga a aquellos que disienten y promueve una ideología que a través de la educación y la propaganda impone una única visión de vida buena a todos, la cual en general no es “la mejor” para todos, sino la que promueve mejor los intereses de los que detentan el poder, fundados en una ideología, en una religión, en una raza o en un interés de clase.

En cuarto lugar, el realismo político considera que el Estado define los contenidos de la moral y el derecho. Aunque Schmitt y Morgenthau parecieran señalar que la moral y la política se ocupan de aspectos distintos de la vida humana, al momento de definir sus conceptos de amigo-enemigo y de interés nacional ambos coinciden en que no existen criterios universales morales, y que el contenido de lo bueno y lo malo es definido por el poder político y es cambiante conforme a las circunstancias históricas. De tal modo, los amigos, los enemigos y el interés nacional son conceptos contingentes y dependen de los intereses de los que detentan y apoyan el poder. De esta manera, los criterios aportados por los autores para guiar las acciones políticas, en últimas, no ofrecen ninguna pauta “objetiva” para guiar la acción política, pues ésta se puede llenar de los más variados contenidos conforme a los intereses de quien detenta el poder⁵⁹. De otro lado, los autores parecerían indicar que su concepción relativista del poder posibilita ver a los otros –en especial en Schmitt– no como un “enemigo absoluto” al que se quiere eliminar, sino como un “enemigo justo” dado que el otro simplemente detenta una convicción contraria. Sin embargo, cuando se le otorga un valor absoluto al poder, aquel que defiende unos intereses tiene todos los medios a su alcance para evitar que el enemigo acceda a controlar el Estado bien a través de medidas policivas o de la guerra armada, de tal manera que es muy difícil que los adversarios se impongan límites y regulen el uso de la violencia, la guerra y la tregua. En un contexto como el imaginado por los autores, la racionalidad que se usa en todo momento es la que apela a todos los recursos de los que se disponga para conservar o arrebatar el poder, y la regla de oro es la de no hacer concesiones al enemigo que pueden usarse en su contra. La historia de los Estados modernos está plagada de ejemplos en los que no sólo los regímenes totalitarios sino los regímenes

⁵⁹ Joynt y Hayden, ob. cit., p. 357.

democráticos inspirados en el realismo político han utilizado los instrumentos más cuestionables desde una visión liberal para “derrotar a sus enemigos”⁶⁰.

En síntesis, los criterios de amigo-enemigo y de interés nacional no se sustentan en criterios normativos ético-políticos que impongan límites precisos al uso del poder. Las nociones de amigo-enemigo y de interés nacional se pueden llenar de los más variados contenidos conforme a las contingencias sociales e históricas, y se justifican en la medida en que sirvan a los intereses de la comunidad de amigos o de los intereses nacionales. El ideal de un sistema democrático, por el contrario, tiene unos fundamentos ético-políticos bien claros. Las democracias modernas acogen ciertos fundamentos morales cimentados en el reconocimiento de la igualdad moral y política de sus miembros. Tales valores se ven reflejados en sus instituciones políticas, su sistema jurídico y los procedimientos de discusión y de toma de decisiones políticas. El poder político en una democracia se justifica porque se considera que es el mejor sistema para garantizar la dignidad moral de los seres humanos. En una comunidad democrática, quienes son fines en sí mismos son los individuos, no el Estado y ni siquiera la comunidad política como un todo. Las decisiones políticas que toma el Estado en sus diferentes instancias, bien directamente por los servidores públicos o por los ciudadanos, tienen unas restricciones ético-políticas que se traducen en que: *no todo lo que es políticamente posible en una democracia es éticamente permisible si para alcanzar tales fines es necesario sacrificar o poner en riesgo los derechos y las libertades de algunos grupos o individuos*. En la visión voluntarista del realismo político la premisa se invierte.

Como señalé al inicio de este escrito, entre los gobiernos que en muchos países han liderado el tránsito hacia la paz existe la tendencia a adoptar herramientas propias del realismo político⁶¹. Estas decisiones políticas distan en muchos casos de los principios que se han ido decantando en la discusión teórica de la justicia transicional, y en el discurso y la normativa del derecho internacional de los derechos humanos. Esta tendencia tiene variadas explicaciones que trascienden el propósito de este texto, no obstante trataré de mostrar algunos factores que la explican. En las tres últimas décadas del siglo XX, los modelos de transición de regímenes represivos o de conflictos internos o internacionales a regímenes democráticos eran muy flexibles en materia de estándares normativos, y la comunidad internacional aceptaba fórmulas que hoy en día, conforme al desarrollo de la justicia transicional, serían inaceptables. Por vía de ejemplo se puede mencionar el proceso de transición en España en los años setenta que vino acompañado de una ley de amnistía general que impedía juzgar las violaciones de derechos humanos cometidas por cualquiera de las partes

⁶⁰ La idea de proscribir cierto tipo de conductas durante la guerra se fundamenta en su humanización, no obstante, cuando el poder del Estado se defiende como un criterio absoluto que trasciende al valor de los miembros de la comunidad humana, la violencia y la guerra no tienen límites más allá de los necesarios para alcanzar sus propios intereses.

⁶¹ Debo agradecer a Pablo de Greiff, quien me hizo ver el punto de que las fórmulas de paz de Uribe Vélez son sólo un ejemplo de una tendencia más general a usar el realismo en la justicia transicional.

durante la guerra civil y luego en la dictadura franquista⁶². De igual manera en El Salvador, en 1993, el presidente Cristiani, un día antes de la presentación pública del Informe de la Comisión de la Verdad, en que se establecía las responsabilidades personales e institucionales de ambos bandos durante el conflicto, públicamente manifestó su intención de aprobar una ley de amnistía, ley que aún hoy se encuentra vigente⁶³. Estos casos muestran cómo los gobiernos, los actores armados y los grupos de poder que no están interesados en responsabilizarse por el pasado pueden crear modelos transicionales que impiden hacer justicia, conocer la verdad, y reparar a los ciudadanos víctimas de la violencia, invocando en muchas ocasiones intereses nacionales de reconciliación y paz.

Aunque hoy en día, con el desarrollo de los estándares normativos y jurisprudenciales en materia de justicia transicional, los Estados tienen que sujetar sus decisiones a los mismos para proteger en especial los derechos de las víctimas, y garantizar que las atrocidades del pasado no vuelvan a ocurrir, la tendencia a seguir usando las herramientas del realismo político continúa. En parte, se podría argumentar que los contextos en los que se tienen que tomar las decisiones políticas para alcanzar la paz distan de ser ideales, y por ello lo fáctico juega un papel esencial en el tránsito de gobiernos represivos o de conflictos nacionales o internacionales a la paz. La mayoría de las veces, la paz no es fruto de la victoria militar, sino de negociaciones entre fuerzas con intereses disímiles que no pierden y no quieren perder sus estructuras de poder a través de los acuerdos de paz; en muchas ocasiones, los gobiernos inician proyectos democráticos por primera vez o luego de décadas de regímenes no democráticos, por tanto, su institucionalidad es muy débil y no hay una herencia de cultura democrática, entonces para mantener su poder deben hacer coaliciones con grupos que muchas veces rayan en la ilegalidad o son claramente organizaciones criminales⁶⁴. Es evidente que aunque estos contextos imponen restricciones a los ideales en los que se sustenta la justicia transicional, estos condicionamientos fácticos no pueden ser una excusa para que el modelo transicional sea simplemente un acuerdo de intereses particulares que beneficie a los sectores políticos y sociales que en el pasado detentaron el poder y que con el modelo transicional desean seguir ejerciéndolo. Precisamente, lo que pretende hacer la justicia transicional es encontrar un punto intermedio entre el olvido

⁶² Durante el segundo seminario de discusión de este proyecto de investigación (Bogotá, 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2009), Felipe Gómez Isa destacó cómo la transición en España conllevó un olvido generalizado de las víctimas de la guerra civil y el franquismo, y que el reciente movimiento por recuperar la memoria, liderado por las víctimas y sus familiares, culmina con una Ley de Memoria en 2007, en la que la clase política no asume los aspectos más dolorosos del pasado.

⁶³ Benjamín Cuéllar Martínez, en su capítulo sobre El Salvador, *Por si algún día...*, que hace parte de este libro, señala cómo en el Acuerdo de Chapultepec entre el gobierno y el FMLN, se reconocía que los autores de graves violaciones de derechos humanos de cualquier sector debían ser sancionados por los tribunales de justicia. Cuéllar también señala que los resultados de la Comisión nunca fueron divulgados suficientemente, lo que hoy posibilita que se nieguen o tergiversen los graves hechos de violencia que se cometieron antes y durante el conflicto armado.

⁶⁴ Véase en este libro el muy sugestivo capítulo de Patricia Gossman, *Afganistán y el reto de la no repetición de la violencia*.

y la justicia plena, en el que sea posible garantizar cierta dosis de justicia, verdad, reparaciones para las víctimas, y de hacer drásticas transformaciones institucionales que permitan una paz democrática duradera. Es por ello que no cualquier modelo de justicia transicional es ética y políticamente admisible, y que un modelo que sacrifique o ponga en riesgo los derechos y las libertades de algunos grupos o individuos, que por lo general coinciden con las víctimas o sus sobrevivientes, es inadmisible. Con estas críticas en mente, quiero hacer una lectura de las fórmulas de paz del gobierno de Uribe Vélez con las AUC desde los postulados defendidos por el realismo político.

B. La lectura de las fórmulas de paz defendidas por el gobierno con las AUC desde el realismo político

Después de analizar el comportamiento del gobierno al presentar la ley de alternatividad penal, al avalar un proyecto de ley en el Congreso que no respondía a los estándares internacionales de la justicia transicional, y de introducir cambios sustanciales a la sentencia de la Corte sobre la Ley de Justicia y Paz, cabe preguntarse: ¿cuál es la real intención del gobierno en sus propuestas de paz con las AUC? ¿Por qué insistir en que el marco normativo se asemeje a la Ley de Justicia y Paz sin las modificaciones introducidas por la Corte Constitucional e incluso hacerlo más laxo? Y por último, ¿por qué conceder tan generosos beneficios a los victimarios a cambio de legitimar la gran asimetría en el proceso judicial que ya *de facto* existe entre los victimarios y sus víctimas? Considero que para dar respuesta a estos interrogantes los criterios del realismo político permiten hacer dos tipos de lecturas, una más benevolente hacia el gobierno y una menos benevolente.

La lectura benevolente de las fórmulas de paz con las AUC se podría sintetizar en la siguiente frase: “El gobierno cree que para alcanzar la paz, se debe sacrificar la justicia” (entendiendo por ésta: verdad, justicia y reparación). Esta fórmula acoge uno de los postulados centrales del realismo político que se ha analizado y es el concepto de Morgethau del interés nacional, que defiende el interés del Estado, que debe imponerse a cualquier logro infranacional, supranacional o de otras naciones. Así, se podría afirmar que el gobierno considera que la única forma de lograr en Colombia el tránsito hacia una sociedad más estable en que finalice el uso ilegítimo de la violencia por parte de las AUC, y dado su poder económico, político y moral entre algunos sectores sociales, exige hacerles amplias y generosas concesiones a sus miembros. Entonces, el Estado reconoce el gran poder del enemigo al que no se le puede derrotar por la vía armada y así el interés nacional que se impone para evitar la continuación de la guerra es el de sacrificar la justicia en pos de alcanzar la paz. Por tanto, desde esta lectura del conflicto, si hay necesidad de hacer sacrificios, estos deben hacerse por parte de la comunidad política en general y de las víctimas en particular. Desde esta lectura se entendería por qué el gobierno insiste en preservar los parámetros iniciales de la Ley de Justicia y Paz aprobada en el Congreso a través de los decretos reglamentarios en que se hacen generosas concesiones a los desmovilizados

de las AUC, sacrificando los derechos de las víctimas en aras de lograr el objetivo primordial de dicha ley que es alcanzar la paz; esta postura, además, es avalada por varios sectores de la sociedad colombiana. Esta visión del gobierno se vería reflejada en muchos de sus discursos en diferentes escenarios en que se ha dicho que la Ley de Justicia y Paz no es una ley de sometimiento a la justicia, dado que las AUC no fueron derrotadas militarmente; que la paz y la reconciliación nacional requieren de grandes sacrificios, y que los estándares del derecho internacional pueden ser un obstáculo para lograrla; y además, que para que haya paz las víctimas del conflicto deben estar dispuestas a ofrecer grandes dosis de perdón a sus victimarios⁶⁵.

En contraste con la anterior lectura de las fórmulas de paz del gobierno, se puede hacer una lectura menos benevolente, que podría sintetizarse en la siguiente frase: “El verdadero enemigo de la paz es la guerrilla y las AUC son un mal menor”. En este sentido, el gobierno y muchos sectores sociales consideran que los enemigos han sido y siguen siendo los movimientos armados de izquierda, estos grupos son los verdaderos enemigos de la paz, especialmente las FARC. Entonces estos grupos son los que realmente ponen en peligro el interés nacional y por ello deberían, si es posible, ser derrotados por el Estado militarmente⁶⁶. Las AUC surgen por la debilidad del Estado que fue incapaz de garantizar la seguridad en todo el territorio y, especialmente, en los lugares en los que la guerrilla tenía control territorial. Entonces las AUC no deben verse como un enemigo del Estado y de la sociedad ya que su interés es proteger el *statu quo*, por esto más que como enemigos, las AUC deben ser tratadas como un mal menor. Por ello la relación entre el Estado y las AUC no sería, en términos de Schmitt, entre adversarios, y en este sentido las condiciones de negociación son generosas y más laxas.

Conclusión

Las fórmulas de paz del gobierno con las AUC pueden ser leídas como la estrategia de un Estado que guía sus políticas de paz inspirado en el realismo político, y no en un modelo de justicia transicional que garantice una inclusión

⁶⁵ Este tipo de argumentos se han dado en defensa de la Ley de Justicia y Paz en el Congreso por parte del gobierno y los congresistas que defendían el proyecto de ley, véase Palau, ob. cit.; en las entrevistas que inicialmente concedió Luis Carlos Restrepo como Alto Comisionado para la Paz del gobierno a la prensa escrita; e incluso el vicepresidente de Colombia ha señalado la necesidad del perdón en el Congreso Internacional sobre “Justicia Restaurativa” auspiciado por la Fundación Alvaralice, en febrero del 2003, y en la Conferencia Regional “El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina”, auspiciado por el ICTJ, en junio de 2007, en que consideró que los estándares internacionales en materia de justicia transicional eran un impedimento para lograr la paz.

⁶⁶ La mayoría de la sociedad, y con toda razón, tiene una imagen muy negativa de las FARC, no sólo por la sensación de engaño que quedó luego del fracaso en las negociaciones de paz con el gobierno Pastrana, sino por sus atroces crímenes contra la población civil indefensa, y su absoluta indolencia frente a los ciudadanos que mantiene secuestrados.

democrática equitativa en la que los derechos de las víctimas sean el eje articulador de la transición. Una pregunta que puede surgir luego de hacer este análisis, es determinar entonces si la visión del realismo político no tiene ninguna utilidad práctica en una negociación con un grupo al margen de la ley, en otras palabras, cabría preguntarse en qué sentido puede ser útil a un gobierno el conocimiento del realismo político. No pretendo hacer un amplio análisis de un tema tan complejo, pero bastaría señalar que para un gobierno en las negociaciones con un grupo armado al margen de la ley el realismo político puede ser importante a fin de entender las lógicas de estos actores armados, y este es un elemento necesario para crear un marco normativo de paz que responda a esas lógicas. Sería una ingenuidad pensar que porque un gobierno está negociando la paz con un grupo armado, en la negociación dicho grupo deja de pensar con una lógica estratégica y de fuerza, como en el caso colombiano. No obstante, conocer las lógicas de cómo actúan los actores armados no significa necesariamente hacerlo como uno de ellos.

La justicia transicional otorga herramientas suficientes para hacer compatibles la necesidad de la paz con las demandas de la justicia; en sus derechos de verdad, justicia y reparación la justicia transicional, más que un obstáculo, constituye un conjunto de herramientas jurídicas, políticas y morales que sirven para garantizar el tránsito estable de la guerra a la paz. En el caso colombiano, además, no se trata de un Estado en que por primera vez se instaure un orden democrático, situación en la que se debe empezar de cero y se deben hacer concesiones que probablemente en otras circunstancias serían inadmisibles. Aunque la democracia colombiana es débil sí existe una institucionalidad democrática y, en este sentido el gobierno no actúa a nombre propio, ni a nombre de los intereses de una parte de la sociedad y ni siquiera de la mayoría, el gobierno debe actuar como garante de esa institucionalidad. En el presente contexto de un conflicto, el marco normativo y las decisiones políticas que tome el gobierno deben dejarse guiar por principios democráticos en los que existan garantías para los perpetradores, pero obviamente también tienen que existir garantías para que a las víctimas les sean reconocidos sus derechos, y para que su ciudadanía sea restablecida en condiciones justas. Las herramientas de la justicia transicional en Colombia deberían ser la garantía de la creación de una institucionalidad democrática más fuerte en la que se hiciera un rompimiento con el pasado de violencia y del ejercicio *de facto* del poder de las AUC por uno en que los derechos humanos y la confianza hacia las instituciones y hacia los ciudadanos se establezca de forma permanente. En otras palabras, la justicia transicional debería constituirse en un proceso de aprendizaje moral democrático para el gobierno, los actores armados y todos los ciudadanos; sin embargo, las propuestas de paz del gobierno de Uribe Vélez, como se ha analizado en este escrito, no parecen estar cumpliendo este objetivo. De esta manera, otra vez la sociedad colombiana está desaprovechando la oportunidad de hacer una transformación drástica con el pasado y, por tanto, volvemos a correr el peligro de que la transición hacia la paz sea fallida.

Capítulo 3

Justicia transicional bajo fuego: cinco reflexiones marginales sobre el caso colombiano

*Michael Reed Hurtado**

La aplicación de herramientas de justicia transicional en el contexto colombiano es polémica. Las organizaciones de derechos humanos destacan la incompatibilidad de las herramientas diseñadas para el posconflicto con el contexto bélico y represivo que tiene lugar en Colombia. Igualmente, entre sus críticas más profundas, destacan que es inadecuado aplicar mecanismos de transición ignorando la responsabilidad del Estado y de sus agentes. Los mecanismos dispuestos hasta el momento se refieren de manera taxativa al accionar de grupos armados ilegales. Las iniciativas oficiales excluyen de manera deliberada cualquier referencia a la acción de agentes estatales o a la responsabilidad oficial. Por su lado, funcionarios del Estado colombiano defienden fervientemente el arreglo oficial de Justicia y Paz con los paramilitares y muchos buscan su aplicación expansiva a otros grupos armados, mientras proclaman el éxito del mecanismo. Es un hecho que la justicia transicional está bajo fuego, tanto porque se aplica en un contexto de violencia extrema como porque es objeto de disputa y fuente de polarización social y política.

Con el fin de contribuir al debate, a continuación se ofrecen cinco ejes de reflexión en torno a la aplicación de las herramientas de justicia transicional en Colombia. En esta oportunidad, no me ocupo del análisis de las herramientas que se han puesto en marcha; he optado por un orden de reflexión más general orientado a develar algunos de los problemas de conceptualización y de puesta en marcha de las herramientas en Colombia, teniendo como campo condicionante el contexto de guerra y narcotráfico. Estas son reflexiones parciales y, de ninguna manera, pretenden agotar el campo de discusión.

Antes de proceder con los comentarios anunciados, cabe una cláusula de salvaguardia: limito mis comentarios al arreglo oficial que se ha denominado Justicia y Paz con un propósito analítico y no porque este arreglo delimite el campo de justicia transicional en Colombia. De hecho, la sociedad colombiana procura, por múltiples y variadas vías, desde hace décadas hacer frente a la negación de las atrocidades perpetradas en Colombia y poner en marcha mecanismos que permitan la realización de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y

* Agradezco a Camilo Bernal y Gabriel Arias por las interminables discusiones que tenemos, las cuales me han permitido dar forma a muchos de los argumentos que aquí presento. Igualmente, agradezco la revisión y los comentarios que recibí de Catalina Uprimny a un borrador de este texto.

la reparación. La lucha contra la impunidad y la búsqueda de verdad, justicia y reparación tienen una historia abundante e intensa en el seno de la sociedad civil colombiana. Es probable que esa historia sea más determinante en el desenlace final de la justicia transicional en Colombia que el arreglo oficial que actualmente se aplica. No obstante, por la prominencia del debate alrededor del marco de Justicia y Paz y la polarización que genera su aplicación me concentro en este arreglo oficial y sus implicaciones.

I. Una nota inicial de referencia para evitar desconciertos: la desmovilización paramilitar como herramienta para recuperar la capacidad de la “negación plausible”

De manera genérica, podemos decir que lo paramilitar es todo aquello que tiene lugar por fuera de controles militares regulares, pero que cumple funciones militares —es decir, es auxiliar a sus fines. Por lo general, el término es utilizado para referir la actividad y las estructuras de seguridad interna u orden público que, siendo encubiertas o paralelas a las acciones de oficiales, pueden ser negadas o desmentidas por las autoridades¹. Una clara manifestación de la violencia paramilitar se da mediante la operación de escuadrones de la muerte alrededor del mundo². Otra se observa mediante la extensión de ejércitos paralelos, como los que existieron en Colombia en los noventa y la primera década de este siglo, sobre los cuales se depositan funciones encubiertas mientras se conduce la guerra sucia, evitando teñir el nombre de las fuerzas militares. El Estado no necesita apoyar a estos grupos, sencillamente tiene que “mirar para el otro lado” y garantizar su impunidad³.

Es indudable que el término paramilitar permite calificar una amplia gama de actividades y estructuras. Esto es cierto en el contexto colombiano como en los conflictos armados y las situaciones de represión en otros contextos. Lo “paramilitar” representa una categoría analítica compleja y dinámica. La amplitud terminológica no se debe a vaguedades o a confusiones conceptuales. Esta amplitud se deriva

¹ Una manifestación sobresaliente de este tipo de operación es la doctrina de “negación plausible”, acuñada por los servicios de inteligencia de Estados Unidos en la década de los sesenta. Se trata de un ejercicio que permitía la negación de responsabilidad del presidente de ese país en la conducción de operaciones encubiertas mediante la construcción de estructuras y líneas de mando informales y diluidas en los organismos de inteligencia.

² Véase, en general, Campbell, Bruce B. y Arthur D. Brenner, *Death Squads in Global Perspective: Murder with Deniability*. Londres, Macmillan Press, 2000, en el que se presenta un estudio comparado del uso de escuadrones de la muerte con el fin de poder negar la responsabilidad estatal en el ejercicio de la violencia; y Sluka, Jeffrey A. (ed.), *Death Squad. The Anthropology of State Terror*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000, ilustrando el fenómeno mediante estudios de caso.

³ Mazzei, Julie, *Death Squads or Self-defense Forces? How Paramilitary Groups Emerge and Challenge Democracy in Latin America*. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2009.

de la esencia misma del fenómeno, que es, por definición, de naturaleza oculta y fluida. Al tratarse de una actividad paralela a la oficial, principalmente en el ámbito de la seguridad y el orden, sus manifestaciones y operaciones son subrepticias y no siempre descifrables. La mejor forma de paramilitarismo (desde la perspectiva de sus patrocinadores) es aquella que puede ser negada. Poco funcional se torna un aparato represivo y de control paralelo al oficial, que tiene el propósito de ser secreto, si se convierte en un fenómeno no solo notorio sino embarazoso para el sostenimiento del régimen.

La actividad y las estructuras paramilitares en Colombia han sido documentadas y analizadas de manera amplia en textos de historia, sociología y análisis político⁴, así como en expedientes judiciales, tanto nacionales como internacionales⁵. La complejidad y diversidad de estos grupos y el amplio rango de su actividad son evidentes desde comienzos de los años ochenta. Para finales de esa década, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) puso en evidencia la delegación activa de la Fuerza Pública de las funciones de seguridad en grupos paramilitares, la vinculación de intereses del narcotráfico, la confluencia de intereses políticos locales (incluyendo la inclusión de estructuras paramilitares en asociaciones municipales) y la fluidez de las estructuras diseñadas⁶.

A lo largo y ancho del territorio nacional se evidencian simultáneamente distintos tipos de comportamiento que incluyen: la perpetración de muertes selectivas por parte de escuadrones de la muerte; la conducción de campañas violentas de carácter masivo, produciendo masacres y desplazamiento forzado; el patrullaje localizado de predios ganaderos y de producción agroindustrial; procesos de expansión y ocupación militar; la promoción de acción social y política en poblaciones aisladas; la inversión y participación en actividades económicas (tanto

⁴ Algunos de los escritos más interesantes, incluyen: Medina Gallego, Carlos, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia*, Documentos Periodísticos, Bogotá, 1990; Gutiérrez, Francisco y Mauricio Barón, Estado, control territorial y orden político en Colombia. Notas para una economía política del paramilitarismo, 1978-2004, en Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Norma, Bogotá, 2005, pp. 267-309; y Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Planeta, Bogotá, 2003.

⁵ En el marco nacional es interesante analizar el contenido de las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el escándalo de la parapolítica. Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Aprobado acta n°. 374, 3 de diciembre de 2009, sentencia condenatoria contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Aprobado acta n°. 56, 23 de febrero de 2010, sentencia condenatoria contra el ex senador Álvaro García Romero. En el plano internacional, véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C n°. 134; Corte IDH, *Caso Pueblo Bello Vs. Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C n°. 140; y Corte IDH, *Caso de Ituango Vs. Colombia*, sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C n°. 148.

⁶ Véase Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), Dirección General de Inteligencia, *Información sobre el surgimiento de la autodefensa, suministrada por Diego Viáfara Salinas*, Secreto, sin fecha; DAS, *Organización de sicarios y narcotraficantes en el Magdalena Medio*, Confidencial, Bogotá, 20 de julio de 1988; DAS, *Información sobre Fidel Antonio Castaño Gil (alias Rambo) y los grupos de justicia privada en el Departamento de Córdoba*, Confidencial, Bogotá, 4 de abril de 1990.

lícitas como ilícitas); la promoción de movimientos políticos; y la transformación y, en algunos casos, reducción de sus ejércitos. Este abanico de actividades es ilustrativo de las múltiples formas que puede asumir y ha asumido el accionar de los grupos paramilitares.

Desde mediados de los años noventa, el gobierno colombiano y las elites políticas y militares (tanto locales como nacionales) dedicaron ingentes esfuerzos a promover la tesis del “tercer actor”⁷, es decir, la negación de la naturaleza paramilitar de los grupos irregulares y su asimilación a un tercer contrincante en el conflicto entre Estado y fuerzas insurgentes, desligado completamente del esfuerzo bélico y represivo estatal. De hecho, fuentes oficialistas y algunos autores han utilizado la amplitud del término paramilitar para argumentar su invalidez como categoría nominativa y explicativa de la violencia que experimenta el país. Manifiestan que el término es impreciso y que no es útil para describir las estructuras y la actividad de los grupos armados que operan en el país, que según ellos, no han tenido el apoyo ni la aquiescencia del Estado. Prefieren la expresión *autodefensa*, porque evita contaminar el buen nombre de las fuerzas militares y permite caracterizar a los grupos como una iniciativa privada de defensa frente a la amenaza guerrillera.

La fabricación del “tercer actor” implicó, entre otros elementos, la creación (inspirada y motivada por sendas personalidades nacionales y regionales) de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), un conglomerado de cuatro grupos paramilitares que, originalmente, adoptó el 18 de abril de 1997 una Constitución en la denominada Primera conferencia nacional de dirigentes y comandantes de autodefensas campesinas, convocada por las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU).

Desde finales de los años noventa, las manifestaciones de paramilitarismo empezaron a cobijarse con la imagen de las AUC. A través de los medios de comunicación, particularmente en internet, también se consolidó el imaginario de una estructura con mando y autonomía. Sin embargo, la realidad era otra: las AUC no son y nunca fueron una entidad homogénea y tampoco aglutinaron el paramilitarismo en el país. Esto se confirmó durante el proceso de desmovilización; el fraccionamiento y el descontrol fueron evidentes. Igualmente, la ausencia de unidad y la ficción de la confederación se confirman mediante múltiples declaraciones de los mismos comandantes paramilitares y estudiosos del proceso⁸. Como ilustración, Salvatore Mancuso declaró:

⁷ *El tercer actor* es una publicación oficial de los paramilitares colombianos que se difundió por Internet. Anteriormente, se podía consultar en www.colombialibre.com o en www.aucolombia.org.

⁸ Véase Cívico, Aldo, *No divulgar hasta que los implicados estén muertos. Las guerras de “Doblece-ro”*. Bogotá, Intermedio Editores Ltda., 2009; Serrano Zabala, Alfredo, *Paracos*. Bogotá, Random House Mondadori, 2009, pp. 202-71; Fundación Ideas para la Paz, Área de Conocimiento, *Negociaciones gobierno nacional. Grupos ilegales armados de autodefensas, Recuento cronológico básico desde mayo de 2002*, versión 25-04-04, 2004; y Valencia, León y Eduardo Pizarro L., *Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, Norma, 2009.

Carlos Castaño escribió la estructura orgánica de las AUC y de las ACCU y se montó una estructura que tenía un estado mayor, pero esto no funcionaba en la realidad, sino sólo en los escritos de Carlos. Un órgano de dirección ejerce planeación, pero en las AUC esto nunca sucedió⁹.

Desde hace varios años, las escisiones entre grupos paramilitares y las disputas por el poder son más que evidentes. Tanto el denominado Bloque Elmer Cárdenas como el Bloque Central Bolívar protagonizaron importantes escándalos para diferenciarse de las ACCU e intentar asumir la vocería de representación de los grupos. Igualmente, varios comandantes paramilitares manifestaron no hacer parte de la supuesta federación y nunca se sumaron a la desmovilización, por ejemplo, Héctor Buitrago Parada, conocido por su alias Martín Llanos, quien es comandante de un grupo paramilitar que opera en Meta y Casanare hace años, con el auspicio de su padre. Otros comandantes abandonaron el proceso y regresaron a la clandestinidad; este es el caso de Pedro Oliverio Guerrero Castillo, más conocido como Cuchillo, miembro representante de los desmovilizados del Meta y Guaviare, hoy libre y mandando en el territorio que desde hace años controla.

De igual forma, son notables las expresiones paramilitares ligadas al sector agroindustrial local –por ejemplo, en los departamentos del Cesar, Magdalena, Cauca y Valle del Cauca– que nunca tocaron la mesa de negociación. Estas se presentan como mecanismos de defensa propia, requeridos para proteger la propiedad privada contra cualquier ataque de la insurgencia o de la delincuencia común. En la práctica, se estructuran como organismos de seguridad y de justicia privada, que están lejos de tener controles en el desarrollo de sus actividades. La delegación de poder es amplia y operan con un vasto grado de discrecionalidad, ligado a dinámicas locales. Las estructuras armadas se mueven con muy baja visibilidad; patrullan, controlan y ajustician en el nivel local.

No obstante esa realidad, la figura de las AUC fue utilizada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez como marco para promover el fin del paramilitarismo y negar los lazos inherentes de esa fuerza con elites políticas y militares y, en general, con la acción del Estado. Desde su campaña presidencial, la voluntad de transar con los paramilitares se dio a conocer. Posteriormente, a través de emisarios de la Iglesia Católica, en octubre de 2002, algunos de los líderes paramilitares declararon su intención de pactar con el gobierno. El proceso de desmovilización se materializó mediante una fase exploratoria iniciada en diciembre de 2002 y la firma del Acuerdo de Santa Fe de Ralito, el 15 de julio de 2003.

A partir de noviembre de 2003 y hasta agosto de 2006, el país observó el desarrollo del oficialmente denominado “Proceso de paz con las autodefensas”: 39 ceremonias de desmovilización colectiva, la presentación de 31.671 personas y

⁹ Versión libre de Salvatore Mancuso Gómez, rendida el 19 de diciembre de 2006, Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, Medellín.

la entrega de 18.051 armas¹⁰. Ernesto Báez acusa al Comisionado de Paz de haber convertido este proceso en “la operación aritmética de contar fusiles”¹¹.

A golpe de ilusiones y mentiras, el país se encontró incurso en “un proceso de paz con las autodefensas”. El problema radica en que, en la práctica, éste no reúne los elementos de un proceso de paz; se aproxima más a un arreglo viciado por la falta de transparencia y deteriorado como resultado de acusaciones entre gobierno y paramilitares de traición a lo transado. Además, el acontecer diario no ofrece señales de ningún tipo que indiquen que Colombia se encuentra en un proceso de paz. La actividad violenta de las estructuras paramilitares ha sido evidente: durante la desmovilización se presentaron centenares de muertes atribuibles a estos grupos y, concluida la desmovilización, las muertes cometidas por estos grupos se registran diariamente.

La figura de las AUC tuvo una vida corta (1997-2003). Su fabricación y desmonte cumplieron y cumplen, entre otros, un propósito de corte cívico-militar de crucial importancia para el gobierno y la fuerza pública de Colombia: permitir o facilitar la negación de los vínculos entre paramilitares y militares –la “negación plausible”¹².

La declaratoria formal del fin de las AUC ubica la aproximación al análisis del paramilitarismo en un punto de negación total del fenómeno y de las implicaciones del paramilitarismo en relación con el ejercicio del poder en Colombia¹³. El discurso oficial se ha organizado para profundizar el proceso de negación, utilizando figuras nominativas –como autodefensa, bandas criminales o actores sediciosos– que evitan la discusión de fondo sobre el involucramiento del poder en la perpetración de crímenes. Las expresiones del paramilitarismo que finalmente quedaron cobijadas por la figura de las AUC durante el proceso de desmovilización son sólo unas de las más notorias; pero no comprenden todo el paramilitarismo en el país. Adicional a las reservas estratégicas que quedaron por fuera de la desmovilización de las AUC, hay variadas expresiones del paramilitarismo que se concentran en zonas rurales y están ligadas a la prestación de la seguridad en el campo agroindustrial.

El desgaste político del gobierno con motivo de la desmovilización de estos grupos incrementa los costos de un resultado negativo, a tal nivel, que la

¹⁰ Presidencia de la República, Oficina Alto Comisionado para la Paz. Los distintos informes oficiales presentan una variación mínima en los números registrados. Estos datos corresponden al balance que incluye las últimas desmovilizaciones del denominado Bloque Elmer Cárdenas

¹¹ Carta de Iván Roberto Duque, alias Ernesto Báez, a Luis Carlos Restrepo, Alto Comisionado para la Paz, Cárcel de Itagüí, 28 de diciembre de 2006.

¹² Véase nota 1. En relación con el fenómeno paramilitar, véase, en general, Campbell y Brenner (eds.), ob. cit., que presentan un estudio comparado del uso de escuadrones de la muerte con el fin de poder negar la responsabilidad estatal en el ejercicio de la violencia.

¹³ Stanley Cohen ha trabajado ampliamente el proceso de negación en regímenes atroces. Véase, en general, Cohen, Stanley, *States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering*. Cambridge, Polity Press, 2001.

constatación de la actividad paramilitar continuada implicaría, entre otros, la ruina de la estrategia de seguridad fijada por el gobierno de Uribe desde el inicio de su primer mandato. Por tanto, el gobierno –junto con un sector de las elites políticas y militares– continuará realizando todos los esfuerzos para ocultar la continuación de las actividades paramilitares y la reestructuración de los grupos supuestamente desmovilizados. De esta manera, busca rescatar el estado deseado de la “negación plausible”.

Al no encarar al paramilitarismo de manera contundente, el proceso de desmovilización debilitó aún más el ya fragmentado poder estatal, formalizó algunos de los poderes que se encontraban detrás del paramilitarismo (tanto el nivel local como en el nacional), dio carácter político al narcotráfico y evitó encarar el problema estructural de la violencia ejercida desde el Estado. Además, generó una situación bastante particular al poner en marcha mecanismos de justicia transicional con un alcance y un lenguaje controlado: los mecanismos de justicia transicional están dispuestos para hacer frente al paramilitarismo, pero sin poder hablar sobre la esencia misma del paramilitarismo ni perseguir los vínculos con la violencia estatal.

II. Un arreglo transaccional¹⁴: la historia de un negocio chueco entre algunos paramilitares y el gobierno, que se deterioró

El arreglo oficial de justicia transicional en Colombia no fue fruto de un proceso social de debate ni de concertación. Se deriva, principalmente, de un proceso secreto de transacción entre el Ejecutivo y los grupos paramilitares, que se plasmó irregularmente en un marco normativo con rasgos fundamentalmente penales: la Ley 782 de 2002 (dispuesta para la concesión de amnistías impropias e indultos para la gran masa de los desmovilizados) y la Ley 975 de 2005 (conocida como la Ley de Justicia y Paz, de aplicación personal a quienes necesitaran tramitar ante la justicia casos de violaciones graves a la ley penal vinculados con su pertenencia a un grupo armado ilegal). Simplificando, los perpetradores pensaron que sería un marco benigno y de rápida aplicación, y el gobierno apostó a que lograría

¹⁴ El análisis transaccional tiene la virtud de comprender el examen de los intercambios que tuvieron lugar en un contexto determinado, de cómo esas transacciones fueron (a su vez) moldeando la manera como se relacionaron los agentes sociales involucrados, y de cómo acontecieron las transacciones. Este enfoque permite concentrar la atención sobre el proceso de negociación y comprender que el marco dinámico de entrelazamiento va modificando tanto el resultado de la negociación como a los agentes involucrados en el proceso. Tilly, Charles, *Identities, Boundaries and Social Ties*. London, Paradigm Publishers, 2005, p. 15. Tilly manifiesta que el enfoque transaccional, a diferencia de las explicaciones sistémicas o aquellas basadas en disposiciones, da prelación al impacto explicativo de los procesos de negociación entre individuos y grupos sobre aquel que puedan llegar a tener las situaciones de anomia desarrolladas en un contexto determinado o los incentivos y las oportunidades existentes a individuos con una propensión violenta.

oficializar el acuerdo y pasar la página del paramilitarismo relativamente rápido sin mayores implicaciones para su legitimidad. La historia demostró que ninguno tuvo la razón.

Hoy, años después de iniciado el intercambio formal entre los paramilitares y el gobierno nacional, no cabe la menor duda de que el resultado de ese trance no tiene nada que ver con lo que cada una de las partes imaginó como disposición. Por ejemplo, las partes sencillamente no contemplaron que la situación en 2010 incluiría algunos de los siguientes elementos: más de 17.000 personas aguardando la aplicación de una amnistía o un indulto para resolver su situación jurídica; cinco años sin sentencias de Justicia y Paz; algunos de los máximos responsables extraditados; miles de paramilitares asesinados; y más de un centenar de políticos (del nivel nacional y local) procesados penalmente por formar parte de la conspiración paramilitar.

El proceso de transacción entre paramilitares y el Ejecutivo estuvo marcado por la ausencia de transparencia y la crisis constante; la inestabilidad fue regente de la negociación y la verdad se presentó como amenaza pública contra el otro. Desde el inicio del intercambio entre gobierno y paramilitares, el ocultamiento —con disfraz de discreción— se instaló como el modo preferido para llevar a cabo el pacto. Los informes oficiales no permiten un examen de lo discutido y tampoco es claro cuáles eran las fuerzas o los poderes que se enfrentaban en las negociaciones. Así, hemos aprendido —tiempo después— que el narcotráfico estuvo detrás de las discusiones, pero todavía no sabemos en qué materia ni qué tanto estuvo involucrado.

La inestabilidad se manifestó en varias crisis. Pueden señalarse algunos hechos detonantes: el asesinato de Miguel Arroyave (alias El Arcángel o El Hombre de los Líquidos) en el Meta; la aparición de connotados narcotraficantes en la zona de Santa Fe de Ralito, como los Mellizos o Gordolindo; la expedición de una orden de captura a Diego Fernando Murillo (alias Don Berna), la persecución, su resistencia y posterior entrega; la desaparición de Carlos Castaño y la posterior confesión de su asesinato; la huida de Vicente Castaño; el rechazo inicial del gobierno de Juan Carlos Sierra (alias El Tuso), presunto narcotraficante, y su posterior inclusión como paramilitar; y el asesinato de Daniel Mejía (alias Danielito), quien presuntamente ejercía como segundo de Murillo.

La expedición de la Ley de Justicia y Paz se concretó dos años y medio más tarde de la iniciación del proceso de concertación con los paramilitares. El sentido común indica la impertinencia de diseñar el marco jurídico para el sometimiento paramilitar mientras se desarrollaba el proceso de negociación de su entrega. Además, las revelaciones sobre un pacto de refundación del Estado, acordado el 23 de julio de 2001, entre los jefes paramilitares y varios congresistas y políticos dejan en entredicho la independencia de varios miembros del poder legislativo frente a la expedición de una norma que podía haber afectado los intereses de los paramilitares. En la actualidad, tenemos noticia de 14 pactos de esta naturaleza

en distintas regiones del país¹⁵. La afinidad de varios políticos con el proyecto paramilitar ha sido puesta en evidencia por las investigaciones adelantadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema colombiana está procesando o ha condenado a aproximadamente ochenta congresistas por tener vínculos con los grupos paramilitares. En el mejor de los casos, esta situación pone en entredicho la legitimidad de los congresistas que en su momento votaron a favor de la Ley de Justicia y Paz.

Ante la situación de crisis continua, gobierno y paramilitares lograron instalar un ambiente que tendía a que “cualquier cosa puede pasar”. Y es, precisamente, esa inestabilidad la que le inyectó la inseguridad e irregularidad al proceso y bajo la cual se transó. El aspecto más grave de este ambiente de inestabilidad fue que la verdad se convirtió en un bien de presión y coerción.

Las versiones y acusaciones que van y vienen en relación con el contenido del arreglo y las supuestas promesas incumplidas exponen el sinsabor de las partes involucradas en el acuerdo. En una carta enviada por Iván Roberto Duque (alias Ernesto Báez) al Alto Comisionado para la Paz de ese entonces en el momento en que iniciaban las versiones libres de la Ley de Justicia y Paz (28 de diciembre de 2006), el confeso paramilitar recuerda que el Ejecutivo y paramilitares transaron para evitar los efectos del fallo de la Corte Constitucional en relación con la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. Le recuerda el vocero paramilitar al alto funcionario:

Los motivos que usted nos expuso eran perfectamente claros: había que salirle adelante al fallo de la Corte Constitucional con respecto a la Ley 975, pues con toda seguridad se vendría con sustanciales modificaciones al texto original aprobado por el Congreso de la República¹⁶.

En la misma carta, le recuerda a Luis Carlos Restrepo las promesas incumplidas y amenaza con contar los pactos si no se corregía la situación. Llega al punto de recordarle que el paramilitarismo no se ha desmontado y que los jefes no están todos en la cárcel:

Al respecto me veo forzado a recordarle que de los cuarenta grandes jefes que usted conoció dentro de la cúpula federada de las AUC, diecinueve están detenidos, esto indica que más del cincuenta por ciento de estos altos mandos, gozan de libre albedrío, entre ellos el cofundador histórico de las AUC. En

¹⁵ Valencia, León y Eduardo Pizarro L., *Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2009, pp. 329-38. Se destaca la naturaleza de cada uno de los pactos registrados.

¹⁶ Carta de Iván Roberto Duque, alias Ernesto Báez, a Luis Carlos Restrepo, Alto Comisionado para la Paz, Cárcel de Itagüí, 28 de diciembre de 2006. Una versión similar de la negociación queda manifiesta en el testimonio de otro paramilitar confeso, alias Diego Rivera del Bloque Central Bolívar, en el marco de la discusión de los decretos reglamentarios de la ley. Serrano Zabala, ob. cit., pp. 202-71

igual condición están más de quinientos segundos comandantes y cerca de mil mandos medios. Nadie como usted en el fondo sabe, que las mal llamadas bandas emergentes, no son más que grupos paramilitares reconstituidos por muchos de los grandes jefes que huyen prófugos del incumplimiento, de la burla y del sueño destruido de la paz¹⁷.

La respuesta general del Ejecutivo frente a este tipo de señalamientos es sencilla: “a los criminales no se les puede creer”. De hecho el argumento es contundente y aplastante frente a la opinión pública. El problema es que después de este tipo de enfrentamientos es más turbio el panorama sobre qué pasó.

Como agravante, en mayo de 2008 y luego en marzo de 2009, el gobierno decidió extraditar a Estados Unidos, por cargos de narcotráfico, a varios de los hombres que tienen en su poder la narración maestra sobre el aparato organizado de poder, incluyendo a los comandantes paramilitares más conocidos¹⁸. La extradición por narcotráfico ignoró que estos hombres eran paramilitares confesos y estaban a órdenes de la justicia colombiana bajo medidas coercitivas procesales y materiales, en algunos casos. Todos enfrentaban procesos en la justicia ordinaria y, en grados variados, colaboraban con el proceso confesional de Justicia y Paz. Dada su posición dentro de la estructura paramilitar, estos hombres tienen información sobre los vínculos de las elites políticas y militares a la estructura criminal. Sin embargo, con las extradiciones de los paramilitares, se extradió la posibilidad de reconstruir la estructura del aparato criminal y el modo de actuación del paramilitarismo al más alto nivel jerárquico. Igualmente, se rompieron todos los incentivos para que estos individuos colaboren con la justicia colombiana. De hecho, las extradiciones han tenido un efecto paralizante en la justicia colombiana¹⁹.

Además, esta situación es agravada por el secreto extremo con el que son tramitados los procesos de preacuerdo y negociación por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos de América. Las promesas de ambos gobiernos de establecer canales de cooperación bilateral no se han materializado y, al margen de los anuncios de buena voluntad, las extradiciones son un obstáculo *de facto* para el avance de las investigaciones por crímenes de sistema perpetrados en Colombia. No existe la menor duda de que la persecución del crimen organizado y el narcotráfico es una labor impostergable, pero su persecución puede hacerse sin perjudicar o extinguir la de los crímenes que implican violaciones graves a los derechos humanos.

¹⁷ Carta de Iván Roberto Duque, ídem.

¹⁸ A partir de septiembre de 2006, el gobierno ha extraditado a 30 paramilitares, incluyendo a 22 postulados a la Ley de Justicia y Paz. Por la información que pudieron haber aportado en los procesos penales, presentan particular gravedad las extradiciones de: Salvatore Mancuso; Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40; Guillermo Pérez Alzate, alias Pablo Sevillano; Ever Veloza García, alias H.H.; Diego Murillo Bejarano, alias Don Berna; Hernán Giraldo Serna, alias El Patrón; Ramiro “Cuco” Vanoy Murillo; y Carlos Mario Jiménez, alias Macaco.

¹⁹ De todos los extraditados, sólo tres participaron en unas pocas versiones libres y uno fue imputado parcialmente. La actividad procesal registrada es mínima y los procesos están estancados.

La extradición de los paramilitares fue una de las últimas acciones del gobierno que, según los paramilitares, rompió todos los acuerdos pactados²⁰. Por ejemplo, Don Berna manifestó en septiembre de 2009:

muchos fueron los acuerdos discutidos y finalmente convenidos con el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez a través del entonces Comisionado de Paz Luis Carlos Restrepo y del ex Ministro Sabas Pretelt de la Vega; acuerdos y compromisos que hoy el Gobierno no sólo incumplió en su totalidad, sino que ha impedido sistemáticamente reconstruir para que el país entero realmente conozca que fue lo que se negoció y acordó con él; o expresado en otros términos, para que el mundo entero conozca las intimidades del proceso de negociación con el Gobierno colombiano²¹.

Las reacciones registradas y los efectos directos de las extradiciones son ilustrativas del malestar y del descarrilamiento del proceso. Sin necesidad de tomar posición frente a las afirmaciones de lado y lado, el hecho es que las extradiciones han congelado las investigaciones en Colombia y han enterrado aún más la verdad sobre el paramilitarismo.

Con el paso del tiempo, se empiezan a develar las dinámicas del proceso de negociación entre paramilitares y gobierno. Si bien es imposible tener un panorama completo, lo parcialmente conocido deja huellas profundas de falta de transparencia y de intereses ocultos. Aunque la discreción es parte de todo proceso de negociación, su balance posterior no tiene que estar disfrazado en un gran manto de “es mejor no saber”. Tanto por los altos niveles de violencia y coerción como por la falta de transparencia, el proceso entre paramilitares y gobierno descende por un torbellino de acusaciones y reproches que puede conducir a la ruina de cualquier beneficio que pudo haber tenido el sometimiento de los paramilitares.

III. Una glosa a la desmovilización: la ruta del narco a través de la justicia transicional

Uno de los aspectos más turbios del sometimiento de los grupos paramilitares fue la creciente inclusión del narcotráfico en sus estructuras y la consideración

²⁰ Tovar Pupo, Rodrigo, alias Jorge 40, Carta abierta al doctor Eduardo Pizarro Leongómez, Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (febrero de 2009); Mancuso Gómez, Salvatore, Carta dirigida a la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Ref. Proceso de Justicia y Paz –Postulado Salvatore Mancuso Gómez, Warsaw, Virginia, Northern Neck Regional Jail, 25 de agosto de 2009; y Murillo Bejarano, Diego Fernando, alias Don Berna, Carta dirigida a la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Nueva York, Metropolitan Correctional Center, 17 de septiembre de 2009.

²¹ Murillo Bejarano, Diego Fernando, alias Don Berna, Carta dirigida a la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Colombia, ídem.

de los intereses de los carteles en la negociación con el gobierno. Aunque sea una verdad de Perogrullo cabe reiterar que el narcotráfico permeó el paramilitarismo y el paramilitarismo permeó el narco. Esta obviedad tienen repercusiones importantes en cómo se analiza el proceso de desmovilización y sometimiento de los paramilitares. También tiene una repercusión importante en la aplicación de los mecanismos de justicia transicional: estos fueron diseñados y están siendo utilizados en Colombia para “lavar” delitos relacionados con el narco. La inclusión del narcotráfico en este tipo de arreglos es un campo poco explorado por la justicia transicional y bastante problemático.

Es un hecho que gran parte de la actividad paramilitar concentró y concentra sus esfuerzos en retener y, en algunos casos, ampliar el control sobre las distintas fases del narcotráfico en Colombia. Durante muchos años, las estructuras paramilitares han proporcionado la seguridad física en áreas de cultivo de coca y amapola y han determinado las condiciones de las transacciones en zonas de bonanza económica, incluyendo el establecimiento del precio de compra de la pasta básica de coca.

Desde sus orígenes, el paramilitarismo colombiano ha mezclado propósitos contrainsurgentes con intereses económicos. Su relación encubierta y cómplice con agentes estatales ha girado en torno a fines privados y fines públicos. En casos concretos pueden llegar a evidenciarse contradicciones y superposiciones entre las razones y los intereses del paramilitarismo y sus auspiciadores. Estas contradicciones inherentes a la naturaleza ilícita y encubierta del paramilitarismo no deben sorprender. La expresión de intereses particulares es un rasgo característico de fuerzas paramilitares en todo el mundo²². Cabe destacar que el hecho de que el paramilitarismo haya extendido sus vínculos con agentes privados para el lucro propio, no extingue su naturaleza parainstitucional.

Las ceremonias de desarme de las AUC no modificaron el requerimiento de seguridad del negocio de la coca en Colombia y tampoco alteraron el modo de actuar de muchos grupos paramilitares. Después de la desmovilización se continúa documentando el control por parte de grupos paramilitares, incluyendo el control de cultivos, laboratorios y rutas. Esta manifestación del paramilitarismo puede ser una de las más extendidas en todo el país²³.

²² Véase, Dasgupta, Sunil, *Paramilitary Forces and Security Reorganization*. Social Science Research Council, Global Security and Cooperation Quarterly, Primavera 2004; y Dasgupta, Sunil, *Understanding Paramilitary Growth: Agency Relations in Military Organization*, Conference Paper, Center of International Relations, Liu Institute for Global Issues, University of British Columbia, Vancouver, 13 al 15 de noviembre de 2003.

²³ Un gran número de fuerzas se concentran en el suroriente del país en donde se expande la siembra de coca, su cristalización y comercialización hacia Venezuela. En esa región se detecta la actividad de múltiples grupos. Pueden señalarse los siguientes: paramilitares al mando de Pedro Oliverio Guerrero Castillo (alias Cuchillo o Didier) en Mapiripán (Meta) y el departamento de Guaviare; y varios grupos al mando de Daniel Rendón (alias Don Mario) con influencia en rutas hasta Vichada. En el suroccidente del país y el Pacífico, el panorama es igualmente apabullante. En el departamento de Nariño, la estructura denominada Bloque Libertadores del Sur continuó operando bajo la misma estructura jerárquica y con presencia masiva en el territorio. Además, llevó a cabo una expansión

El narcotráfico hizo parte integral y quizás determinante del sometimiento de los grupos paramilitares. Antes de ser extraditado a Estados Unidos de América, Hernando Gómez Bustamante, conocido como Rasguño o Don H, un capo del norte del Valle del Cauca, relató cómo en la finca de El Vergel en Cartago, Valle del Cauca, se negoció en 2001 entre narcos y paramilitares la búsqueda de un sometimiento masivo a la justicia norteamericana. Igualmente, relató abiertamente los negocios que durante años sostuvo su organización con los paramilitares. Para los narcos la desmovilización paramilitar presentó una oportunidad de politizar su situación y buscar una condición favorable de sometimiento a la justicia.

Un caso muy ilustrativo es el de alias El Tuso, Juan Carlos Sierra Martínez, quien peleó persistentemente con el gobierno para ser recluido junto a los jefes paramilitares en el Centro Vacacional de Prosocial en La Ceja, Antioquia. La mayoría de los mandos paramilitares no querían estar presos, mientras El Tuso solicitaba que lo detuvieran. Su interés era claro: camuflarse y encuadrar su actividad de narcotráfico en el marco del grupo armado ilegal con el fin de resistir el pedido de extradición a Estados Unidos y lograr una pena alternativa. En efecto, el gobierno lo reconoció como comandante paramilitar en agosto de 2006, después de haberlo perseguido durante años como uno de los más temidos narcotraficantes del país²⁴.

Hay decenas de otros casos que por su notoriedad son incontrovertibles. Por ejemplo, se pueden destacar algunos de los capos conocidos nacionalmente por sus seudónimos: el Arcángel, Don Berna, los mellizos Mejía Múnera, Macaco, Don Mario, Gordolindo, Cuco Vanoy y Hernán Giraldo. Algunos de ellos vinculados al negocio del narcotráfico desde la época de Pablo Escobar.

Frente a este panorama y el deseo de incluir los delitos de narcotráfico en el esquema confesional y de pena alternativa de la Ley de Justicia y Paz, el gobierno cedió y el legislador incorporó una fórmula amplia que hasta la fecha da cobertura

a territorio caucano, principalmente en los municipios de Argelia, Bolívar, Balboa y Mercaderes. De igual forma, ha copado el control de los municipios costeros de Guapi y Timbiquí (Cauca). El departamento del Valle del Cauca también presenta una ampliación de la presencia paramilitar en las zonas cocaleras del municipio de Buenaventura y un reforzamiento de dos estructuras militares del narcotráfico del norte del Valle del Cauca mediante la integración de combatientes del Bloque Calima, conocidas como Los Machos y Los Rastrojos. Cabe destacar que existen varios indicios sobre la construcción de alianzas entre Los Rastrojos al mando de Wilber Varela (alias Jabón) y el declarado líder del BCB, Carlos Mario Jiménez Naranjo (alias Javier Montañez o Macaco), un señalado mafioso del Eje Cafetero. Esta alianza habría facilitado la expansión de la estructura paramilitar de Los Rastrojos a los departamentos de Putumayo, Nariño y Cauca, y a la zona Pacífica del Valle del Cauca. En relación con la región del Magdalena Medio, se observa que el narcotráfico se ha trasladado en parte hacia el Nordeste antioqueño. Existen denuncias reiteradas sobre su control bajo estructuras paramilitares ubicadas en Pueblito Mejía (municipio de Barranco de Loba) y en Monterrey (municipio de Simití). En el sur de Bolívar, las autoridades bolivarenses alertan sobre el establecimiento de estructuras paramilitares ligadas al narcotráfico en la región de La Mojana en el departamento de Sucre y en las zonas rurales del municipio de Montecristo (Bolívar), principalmente ligadas a la actividad de los cristalizaderos que han surgido en la región.

²⁴ El Tuso Sierra fue posteriormente extraditado a Estados Unidos en mayo de 2008; sigue siendo postulado de la Ley de Justicia y Paz.

a este tipo de criminalidad. El artículo 10 de la Ley de Justicia y Paz determina que pueden acceder al beneficio de pena alternativa “los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan”, además, varias condiciones, entre las que se encuentra: “10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito”²⁵. La norma hubiera podido ser redactada de manera distinta para asegurar que el marco de justicia transicional no se convirtiera en un mecanismo benigno de sometimiento a la justicia por parte de narcotraficantes.

La Ley de Justicia y Paz, un mecanismo que profesa ser de justicia transicional, se diseñó con el narco en mente y sirve como un marco benigno de sometimiento a la justicia para narcotraficantes, con tal que logren mostrar que su actividad tuvo algo que ver con el paramilitarismo (que en la práctica se traduce en que no se demuestre lo contrario). De esta manera, un narco consagrado puede someterse a Justicia y Paz, contar un par de atrocidades, vincular la actividad de narcotráfico con las *autodefensas* y recibir la pena alternativa de cinco a ocho años. Mediante este mecanismo habrá “lavado” las cuentas con la justicia.

El arreglo es medio extraño, pero esta dimensión de la negociación y de la Ley de Justicia y Paz responde a uno de los rasgos más protuberantes del paramilitarismo en el país desde hace décadas: el narcotráfico. La inclusión del narcotráfico como un tema de discusión fue uno de los temas más álgidos (aunque subrepticio) en las negociaciones y en el trámite de la Ley de Justicia y Paz.

El meollo de la cuestión radica en que estos elementos de la negociación y de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz no fueron debatidos ni presentados abiertamente. En efecto, el marco legal de Justicia y Paz incluyó una fórmula mañosa para que no fuera nada fácil excluir a narcotraficantes de sus beneficios. El reto de su aplicación adecuada queda en manos de los operadores judiciales; por el momento, la actuación no ha sido destacada²⁶.

Al considerar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad establecidos en la Ley 975 (artículo 10), en el caso de alias Juancho Dique y alias Diego Vecino, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá determinó:

²⁵ Una cláusula similar se encuentra en el artículo 11 de la Ley 975 de 2005, aplicable a casos de desmovilización individual. Ley 975, art. 11.6. Énfasis agregado.

²⁶ Las dos decisiones judiciales que han hecho control de legalidad de los cargos a paramilitares confesos e involucrados con el narcotráfico no presentan un análisis adecuado del tema. Véase Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López, Rad. n° 110016000253200680281, caso contra Jorge Iván Laverde Zapata, por delitos de homicidio y otros, Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2009; y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, Magistrada Ponente Uldi Teresa Jiménez López, Rad. n° 110016000253200680077, caso contra Über Enrique Banquez Martínez y Edwar Cobos T., por delitos de homicidio y otros, Bogotá D.C., 25 de enero de 2010.

169. El Narcotráfico y la creación del bloque: El grupo no fue organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito; así lo expuso la Fiscal (*nota al pie borrada*) en desarrollo de la audiencia, quien agregó que no existe evidencia que determine, que el bloque Montes de María fue creado o se organizó con fines de narcotráfico; sin embargo, hay claridad que esta actividad se constituyó en la principal fuente de financiación del grupo, actividad que asumió directamente EDWAR COBOS TELLEZ, pues fue delegado por Salvatore Mancuso para recoger el dinero proveniente del impuesto de salida de la droga ilícita, así como para distribuir el 50% de estos ingresos a los frentes que requerían el subsidio para cubrir los gastos que demandaban y el otro 50% enviarlo a la casa Castaño. La importancia del narcotráfico en el bloque Montes de María es indiscutible: basta con conocer que aproximadamente el 75% de los gastos de cada frente, se subsidió con estos dineros. (...)

171. Queda claro, entonces, que el narcotráfico se constituyó en un factor determinante para los diversos grupos armados ilegales, pues las ganancias derivadas de esta actividad, es lo que todavía alimenta la lucha armada interna que se vive en Colombia. No obstante, hasta este momento no se ha probado que el bloque Montes de María bajo el mando de COBOS TELLEZ y/o el frente Canal del Dique se hubieran conformado con la finalidad de traficar estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

172. Ahora bien, no se puede desconocer que EDWAR COBOS, cumpliendo uno de sus roles, fue quien manejó las finanzas derivadas de esta actividad ilícita, al punto que está siendo requerido en extradición por el gobierno de los Estados Unidos. De la misma forma, UBER BANQUEZ está procesado por narcotráfico. Sin embargo, la hipótesis hasta ahora demostrada es que tanto el bloque como el frente que comandaron estos postulados se sirvieron del tráfico de estupefacientes para financiar sus actividades ilegales, sin perjuicio de lo que a futuro llegue a demostrar la fiscalía²⁷.

Esta línea de razonamiento deja ver la debilidad con la cual se aproximan todas las autoridades al tema y la complejidad de arribar a una conclusión que tenga por efectos la exclusión de uno de los postulados a Justicia y Paz por su actividad como narcotraficante.

La trascendencia del narcotráfico en la dinámica del conflicto armado colombiano es innegable y debe existir una respuesta integral a sus distintas manifestaciones. No

²⁷ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Rad. n°. 110016000253200680077, caso contra Uber Enrique Banquez Martínez y Edwar Cobos T., por delitos de homicidio y otros, Bogotá D.C., 25 de enero de 2010, párr. 169 y 171-72. (*Subrayado agregado por el autor.*)

obstante, esa respuesta debe ser objeto de un abordaje transparente e inclusivo de puntos de vista diversos, como por ejemplo los provenientes de la academia, las organizaciones de la sociedad civil y las entidades estatales. Se trata de un tema complejo que no ha sido abordado por la justicia transicional en otros contextos (y no exactamente por falta de necesidad). Esta es una dimensión de la aplicación de mecanismos de justicia transicional en Colombia que no debería ser velada. La inclusión del narcotráfico en el arreglo oficial de justicia transicional, las implicaciones en la administración de justicia penal y sus implicaciones para futuros acuerdos son todos ejes de discusión de vital importancia. Además, esa discusión contribuiría al sinceramiento de las razones públicas y de las motivaciones oficiales detrás de la decisión de incluir al narco como parte del arreglo con los paramilitares. Si la discusión no se encara sin reservas, lo que entró escondido a Justicia y Paz, seguirá escondido.

IV. Una versión acomodada de justicia transicional: el apogeo de la negación²⁸

Se declara que en Colombia ya no hay conflicto armado. No es fácil determinar cuándo se fraguó tan complejo telón, pero la afirmación de que Colombia vive un posconflicto y un proceso de paz parece haber penetrado la mentalidad nacional. Decir algo en contra o recordar que el conflicto armado continúa se interpreta como un acto disidente de ese saber-autoritario que inventó la situación deseada y que busca escarmentar a quien se pronuncie por fuera del guión elaborado.

Desde hace rato experimentamos los efectos de un profundo uso de *neolengua*, al mejor estilo *orwelliano*. Todos los días, en el discurso público, en la prensa y, lo que es peor, en ámbitos privados, la corrección del lenguaje hace parte de la vida nacional. Sólo para dar un par de ejemplos: la guerra ya no es guerra; y los combatientes ya no son combatientes. Es una mala señal, en cualquier sociedad, que se prohíban ciertas palabras o que se promuevan oficialmente otras que no reflejan la realidad. Es peor signo que haya un intento oficial de inventar expresiones y eufemismos para ordenar que lo prohibido no se mencione. Las operaciones lingüísticas no son parte de una hipocresía extendida, son operaciones conscientes y programadas que tienen por finalidad cambiar la forma de recordar y de pensar. George Orwell las denominó *doblepensar*.

El cambio consciente de denominación busca modificar las formas de conceptualizar y asumir la realidad. Las elecciones de los términos no son neutrales,

²⁸ Este acápite se basa en una publicación anterior. Véase Bernal Sarmiento, Camilo y M. Reed Hurtado, *¿Justicia penal transicional? Negación, reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia. (Un ensayo sobre los cuentos, los conceptos y los dilemas que rigen las decisiones de política criminal en Colombia para enfrentar las atrocidades del pasado)*, en *Nueva Doctrina Penal*, n° 2, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2007 pp. 363-426.

evocan un significado e infunden una cierta ideología. “Si, como se ha sugerido, la terminología es el momento propiamente poético del pensamiento, las elecciones terminológicas no pueden ser nunca neutrales”²⁹. Las operaciones lingüísticas inducen a “la amnesia selectiva mediante la eliminación de ciertos elementos del pasado y la preservación de otros”³⁰. Se trata de un engaño mental cuidadosamente orquestado para falsear el pasado y justificar el presente. Este olvido programado conduce a un estado de negación en el cual la atrocidad no es asumida socialmente y termina perpetuándose la injusticia.

En distintos contextos nacionales en los cuales se ha experimentado la atrocidad, como en Colombia, las sociedades tienden hacia procesos de negación de la atrocidad. “En momentos de guerra y posguerra, sociedades enteras entran en procesos de negación masiva –con consecuencias terribles, especialmente para las víctimas y los supervivientes, quienes se encuentran literalmente dislocados del tiempo histórico”³¹. Ellos tienen la certeza de que algo pasó y que les pasó a ellos, pero nadie parece querer recordarlo o reconocerlo³². Las explicaciones son múltiples, perfectamente simples y peligrosamente interiorizadas: lo que pasó, pasó; es mejor volver a iniciar; hay que dar vuelta a la página; el pasado es incómodo, complicado o inconveniente; los rencores no llevan a ningún lado; a mí no me pasó nada; lo que les pasó, les pasó por algo; es mejor olvidarlo... Las expresiones son abundantes.

El estado de negación es más que un proceso pasivo de olvido. Se trata del producto de un proceso psicológico complejo, tanto de corte individual como social. Es un estado extendido que se interioriza (en diferentes grados). Una de sus manifestaciones más simples, pero más regulares, es el trámite interno que se da a las noticias de muertes masivas o de un gran sufrimiento humano: las vemos, somos conscientes (un rato) y (salvo que se trate de nuestro quehacer) en minutos las hemos cortado de nuestro proceso mental.

La negación implica el desenvolvimiento de un proceso consciente, con ramificaciones individuales y colectivas. En el ámbito personal, se trata de un proceso de selección y percepción durante el cual decidimos darnos cuenta de algo o decidimos no hacerlo. Es una especie de “sin querer, queriendo” o de “es mejor no saberlo”. El problema es que ya lo sabemos. En el ámbito colectivo, es un

²⁹ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer II*, 1., Valencia, España, Editorial Pre-Textos, 2004, p. 13.

³⁰ Cohen, Stanley, *States of Denial*, ob.cit, p. 243.

³¹ Ibid., p. 242.

³² Cohen enfatiza la distinción entre conocimiento y reconocimiento, aludiendo al trabajo de recuperación de la memoria histórica desarrollado por Lawrence Weschler, sobre la guerra sucia en el Cono Sur y la importancia dada al establecimiento de una verdad oficial. Véase Weschler, Lawrence, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers*. Nueva York, Penguin Press, 1990. Respondiendo al interrogante sobre el valor misterioso y poderoso del reconocimiento de la verdad, determina que “el reconocimiento es lo que le pasa al conocimiento cuando se confirma oficialmente y penetra el discurso público”. Cohen, ob. cit., p. 225. Traducción libre.

proceso que genera amnesia social; opera a través de mecanismos de olvido por medio de los cuales una sociedad entera se desprende del registro de su pasado indeseable y termina por justificar ciertas acciones u omisiones de la sociedad o del Estado. La negación puede ser el resultado de un proceso organizado, oficial consciente o de un desplazamiento cultural que ocurre cuando la información desaparece, cuando el conocimiento incómodo es reprimido.

Cohen ha abordado de manera exhaustiva el estado de negación y su relación con el reconocimiento de las atrocidades y el sufrimiento humano en contextos políticos complejos³³. Cohen procuró una caracterización de la negación basada en cinco dimensiones que son de utilidad para ilustrar las complejidades que esconde el proceso de negación. Por considerarlas ajustadas y porque facilitan una lectura de los procesos sociales y políticos que se experimentan en el caso colombiano, se exponen a continuación³⁴.

En primer lugar, se propone una clasificación de la negación a partir de su contenido: *negación literal*, *negación interpretativa* y *negación implicatoria*. La *negación literal* es “la aseveración que algo no ocurrió o que no es cierto”³⁵. Se trata de una negación fáctica; el hecho o el conocimiento del hecho se desmiente. Por ejemplo, “no hay conflicto armado”. Frente a la *negación interpretativa*, los hechos no se niegan, pero se les otorga un significado distinto al que es aparente. En esos casos no se niega lo que pasó, sino que se le da otro nombre o se reclasifican los hechos bajo una categoría distinta. Por ejemplo, no se habla de “limpieza étnica” sino de “intercambio de población”; o no se habla de “paramilitarismo” sino de “autodefensa como un tercer actor”. La negación interpretativa es campo propicio para el uso de eufemismos y lenguaje técnico-administrativo propio de las rutinas. En la *negación implicatoria* no se niegan ni los hechos ni su interpretación convencional. Lo que está en juego son los efectos o implicaciones (políticas, morales, psicológicas, etcétera) que convencionalmente se derivan. Esa categoría de negación niega directamente el significado y las implicaciones de ciertos hechos. Por ejemplo, no se niega la existencia de las violaciones masivas de mujeres en Bosnia, pero se niegan las implicaciones sicosociales para esa sociedad y la necesidad imperativa de actuar. En el caso colombiano, esta manifestación se puede ilustrar con la negación que suele hacerse de los efectos de la victimización; no se niega la victimización en sí, pero se relativizan sus efectos. Al ilustrar esas tres modalidades, concluye Cohen que, para llevar a cabo el proceso de negación, los seres humanos y las sociedades utilizan cognición, emoción, moralidad y acción; es decir, la negación no es un proceso inconsciente³⁶.

En segundo lugar, Cohen determina que la negación puede ser un *proceso personal*, *oficial* o *cultural*. El *proceso personal* es el más extendido e interiorizado,

³³ Véase, en general, Cohen, ob. cit., 2001, pp. 1-20.

³⁴ Ibid., pp. 7-20.

³⁵ Ibid., p. 7.

³⁶ Ibid., p. 9.

como se exponía al inicio de este acápite. En el caso de la *negación oficial*, el autor destaca que se trata de un proceso colectivo y organizado, bajo el cual el Estado imposibilita o genera peligro alrededor del reconocimiento de realidades pasadas o presentes. La negación oficial también puede darse por vías más sutiles, sobre todo, una vez que la negación hace parte de la fachada ideológica del Estado. En esos casos, las condiciones sociales que dieron lugar a las atrocidades se unen con técnicas oficiales para negar las realidades y generan un círculo vicioso de autolegitimación³⁷. De otra parte, la *negación cultural* refiere procesos que se nutren de lo personal y de lo público (u oficialmente construido). Son procesos de negación muy comunes, en los cuales las sociedades arriban a unos consensos no formalizados sobre lo que se puede y se debe recordar y reconocer. Este tipo de negación puede ser iniciada por el Estado y, posteriormente, puede adquirir vida propia. Los medios de comunicación entran a jugar un rol particularmente importante en esos procesos. Una vez se ha construido un lenguaje apropiado para evitar ciertos temas (o para no pensar en lo impensable), los medios masivos de comunicación hacen lo suyo, sosteniendo lenguaje, imágenes y mitos preestablecidos. Los ejemplos en el contexto colombiano abundan; el más explícito y recurrente es la presentación de las ejecuciones extrajudiciales perpetradas por agentes estatales como casos aislados de “falsos positivos” sin conexión a una práctica o política estatal. Ese tipo de negación, si no es combatida, puede afectar la capacidad de las sociedades para identificar la falsedad de ciertos discursos oficiales.

En tercer lugar, Cohen distingue entre procesos de *negación histórica y contemporánea*. La *negación histórica* involucra los elementos de memoria, olvido y represión. Puede ser fruto de procesos altamente organizados, del paso del tiempo o de la porosidad del conocimiento colectivo³⁸. También, puede ser el resultado de un elemento cultural que se alinea para esconder verdades históricas indecorosas. La *negación contemporánea*, además de incluir procesos complejos de contradicción sobre el presente (negación literal, interpretativa o implicatoria), incluye el inevitable filtro de percepción frente al creciente acervo de información que nos hostiga. Por razones netamente prácticas tenemos que bloquear cierto tipo de información. Subraya Cohen que la relación entre el presente y el pasado debe ser vista en un continuo. Los eufemismos y mitos actuales sirven para reacomodar el pasado; similarmente, la reinterpretación del pasado sirve para ilustrar el presente. A manera de ilustración, la negación del involucramiento estatal en el surgimiento de los grupos paramilitares es una forma de negación histórica que tiene profundas consecuencias en como es asumido el fenómeno en la actualidad.

La cuarta dimensión del proceso de negación involucra lo que Cohen denomina el *triángulo de la atrocidad*, compuesto por las víctimas, contra quienes se actúa; los perpetradores, quienes cometen las atrocidades; y los observadores o espectadores

³⁷ Ibid., p. 10.

³⁸ Ibid., p. 12.

(*bystanders*), quienes ven y saben lo que está pasando³⁹. Destaca Cohen que estos no son roles estables y que, a través del ciclo de violencia, una persona puede desempeñar más de uno de esos roles. Para Cohen, frente al proceso de negación, cada persona y grupo de personas (de acuerdo con su identidad colectiva) experimentará la negación de una manera distinta, según su desempeño en el triángulo de la atrocidad. Además, recalca que el grupo de los observadores es el de mayor tamaño y, por lo general, se trata de personas relativamente pasivas, más preocupadas por hacer la vida que por hacer historia⁴⁰. No obstante, las experiencias nacionales anteriores demuestran que el interés o desinterés de los observadores por superar el estado de negación es determinante en el proceso de reconocimiento de las víctimas.

La sociedad colombiana lleva más de cuatro años siendo espectadora de testimonios sobre la perpetración de atrocidades en el marco del esquema confesional de Justicia y Paz y no se evidencia una reacción social significativa. Decenas de paramilitares declaran diariamente ante la Fiscalía que mataron, que no fueron investigados, que volvieron a matar con crueldad, que gozaron del amparo de las autoridades, que se sentían justificados y nadie dice nada.

En diciembre de 2006 los medios de comunicación registraron las primeras versiones libres de estos asesinos oscuros. Sus relatos, llenos de intriga y de justificaciones, develaban el misterio alrededor de la muerte y el público cautivo se sorprendía con cierto morbo. Los inverosímiles relatos de motosierras, hornos crematorios y partidos de fútbol con cabezas humanas eran narrados con frescura. Esas versiones fueron recogidas en primera plana, en ese entonces y hasta finales de 2008. Actualmente, por alguna razón, ya no son registradas por la prensa, salvo contadas excepciones. ¿Será costumbre o desgaste? ¿Será que ya no le importa a la sociedad?

Otro elemento ilustrativo de las diferencias de las experiencias vitales de las víctimas y las personas que no han sido victimizadas, lo proporciona la discrepancia en opiniones alrededor del funcionamiento del aparato de justicia en Colombia. Según la Encuesta sobre los retos de la justicia transicional en Colombia realizada por la Fundación Social: “mientras el 71% de la población rural nacional afectada considera que la justicia no está haciendo nada para conocer la verdad, el 63% de la población no afectada considera que sí”⁴¹. La encuesta resalta otros puntos de discrepancia que llaman a la reflexión sobre si el país está cumpliendo con las expectativas de las personas que deben ser los sujetos de las políticas especiales de verdad, justicia y reparación que están en marcha en el país. Todo parece indicar que las percepciones de las víctimas no son tan positivas como los resultados que se publicitan oficialmente y que la mayoría de los colombianos acogen. Por el

³⁹ Ibid., p. 14.

⁴⁰ Ibid., p. 276.

⁴¹ Fundación Social, *Encuesta sobre los retos de la justicia transicional en Colombia. Percepciones opiniones y experiencias 2008*, Bogotá, Editora Géminis, 2009, p. 188.

momento, la mayoría de la población colombiana es pasiva frente a la atrocidad y frente a las expectativas de las víctimas.

Finalmente, Cohen resalta una *dimensión espacial* de negación, tanto física como simbólica. Bajo esa mirada, propone que la cercanía de la persona a las atrocidades, a las víctimas o a un espacio, determinará el grado de negación y el deseo de superar ese estado. Esta es una categoría, relativamente intuitiva, que se explica por la existencia de lazos personales o colectivos frente a ciertos eventos, o un mayor o menor nivel de interés frente a ciertos eventos o circunstancias. Gran parte de la violencia en Colombia ocurrió y ocurre en lugares lejanos; por tanto, los espectadores perciben remota la posibilidad de convertirse en víctimas. Además, la distancia se agranda simbólicamente, diferenciando a las víctimas por vía de construcciones sociales. Por ejemplo, cuanto más bajo sea el estrato social de la víctima o cuanto más diste de lo “normal”, es más fácil ignorar su sufrimiento y banalizar su condición humana.

La revisión somera de estas cinco categorías ofrece elementos para examinar el estado de negación en el cual se encuentra la sociedad colombiana. Es probable que se logren identificar otros procesos arraigados de negación involucrando sus dimensiones literales, interpretativas e implicatorias; procesos personales, oficiales y culturales; tanto sobre situaciones históricas como contemporáneas.

El estado de negación se profundiza en Colombia como resultado del paso del tiempo y de los múltiples mensajes mediáticos que nos asaltan en el presente, incluyendo las noticias faranduleras, las emisiones publicitarias, la última novela de televisión o el *reality* de turno. En este contexto, la negación de la atrocidad se facilita por la abundancia de mensajes y los saltos informativos constantes. El reconocimiento de la atrocidad pasa a un segundo plano, presa del hastío y del escepticismo del público.

Desde hace treinta años (por tomar un periodo considerable) y, particularmente, durante los últimos seis o siete años, la sociedad colombiana ha estado expuesta a operaciones de negación de la realidad y de las atrocidades sufridas por miles de colombianos. El país está sumido en un largo proceso de resignificación de la violencia que vivió y vive el país; el efecto es profundo y cada vez más interiorizado.

Los colombianos viven en medio de un conflicto armado prolongado. En el país se han cometido masacres, ejecuciones, desapariciones, torturas, violaciones y mutilaciones. Y, lo que es peor, se siguen cometiendo. Detrás de cada uno de esos actos atroces hay víctimas, propósitos, métodos, técnicas y perpetradores; así como hay justificaciones y mecanismos de encubrimiento. Si no se encara el proceso de negación, el país vivirá la paz al mejor estilo *orwelliano*: “La guerra es la paz. La libertad es la esclavitud. La ignorancia es la fuerza”⁴².

En principio, las herramientas de justicia transicional están diseñadas y son implementadas para hacer frente a los regímenes de negación. En Colombia, en la medida en que parte del proceso de negación es de origen oficial y que se han

⁴² Esas son las tres consignas del Partido, grabadas en la pared del Ministerio de la Verdad en el Londres *orwelliano*. Orwell, George, 1984. Barcelona, Ediciones Destino, 2003, parte 1, capítulo I.

dispuesto mecanismos de justicia transicional de manera calculada para no tocar ciertos temas (como el de las responsabilidades oficiales), los retos que afronta el campo de la justicia transicional son mayores. Tanto la de construcción del régimen de negación como la develación de la verdad sobre la participación de agentes estatales en la perpetración y ocultamiento de las atrocidades presentan mayor dificultad.

El proceso de Justicia y Paz se circunscribe explícita e intencionalmente a la actuación de grupos armados ilegales. No hay espacio, en el proceso oficial y controlado de develación de la verdad, para hablar o indagar sobre la atrocidad perpetrada en el marco del sistema. Las reglas de juego sobre la verdad que interesa oficialmente están diseñadas para no tocar al aparato estatal. La negación continuará siendo un mecanismo de evasión de responsabilidad. Ante la ausencia de un proceso de transición política (en el que haya un compromiso con la develación de la verdad y el reconocimiento de todas las atrocidades), el ocultamiento de los lazos entre la institucionalidad y las estructuras paramilitares continuará siendo parte del arsenal oficial y del régimen de negación. Encarar este proceso de negación es uno de los retos más intensos que tiene el campo de la justicia transicional en Colombia.

V. Justicia transicional manipulada: el camino a la devaluación de los derechos y la neutralización de las víctimas

En nombre de las víctimas no necesariamente se hace lo que más les beneficia. Precisamente, por eso, se debe tener mucho cuidado cuando se invoca su representación. En nombre de las víctimas, entre muchas otras cosas, se endurecen las penas, se justifican violaciones al debido proceso y se hacen actos de reconciliación y perdón sin su asentimiento.

La Ley de Justicia y Paz quedó envuelta en abundante retórica sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, el proceso de aplicación no materializa el núcleo duro de esos derechos; por el contrario, comienza a generar estándares disminuidos bajo el amparo de argumentaciones que apelan al pragmatismo, la necesidad o la flexibilidad. En este marco, la aplicación de la ley ha dado lugar a una mutación del contenido básico de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se registra una operación de sustitución de conceptos por una serie de clichés, limitados en contenido sustantivo, lo cual conduce a la generación de una falsa conciencia de defensa de los derechos de las víctimas⁴³.

⁴³ Baratta, en el contexto de su análisis de los sistemas penales, capta la esencia de esta operación mental que termina por devaluar el contenido de los derechos. Véase Baratta, Alessandro, *Política criminal: entre la política de seguridad y la política social*, en Carranza, Elías (ed.), *Delito y seguridad de los habitantes*. México, Siglo XXI Editores, 1997, p. 82. Baratta resalta el rol de la ideología, que define como “una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público”. Y continúa: “[L]a ideología funciona sustituyendo los conceptos con los clichés, o sea con los hábitos mentales, corrompiendo el cálculo clasificatorio con operaciones

Se trata de un sofisticado ejercicio de comunicación y nominación, bajo el cual acontece un proceso de resignificación que implica la devaluación del contenido de los derechos. En palabras de una víctima (refiriéndose a la verdad, la justicia y la reparación), “para nosotros es una cosa y para el gobierno es otra cosa”.

Por ejemplo, en el único incidente de reparación judicial que se ha llevado a cabo, la Sala de Justicia y Paz condicionó la reparación judicial a límites convenientes, haciendo explícito un proceso de administrativización de los derechos de las víctimas. En la única sentencia de Justicia y Paz que ha sido adoptada, el tribunal evidenció la tendencia a la devaluación de los derechos de las víctimas⁴⁴. En esa sentencia, la Sala de Justicia y Paz acogió los criterios de reparación adoptados por el Consejo de Estado, pero redujo el pago a los beneficiarios a la mitad y estableció un techo de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes en relación con los perjuicios morales para cada grupo familiar afectado⁴⁵. La sala justifica esta devaluación de los estándares judiciales existentes con base en criterios pragmáticos relacionados con lo que argumenta es la necesidad de consultar la realidad económica⁴⁶. El argumento pragmático en abstracto difícilmente justifica el distanciamiento de las normas legales vigentes sobre la responsabilidad civil derivada del establecimiento de la responsabilidad penal (indemnización por daños)⁴⁷. La disminución a la mitad del monto de la indemnización que ordena la Sala de Justicia y Paz desconoce el principio básico de legalidad y pone a las víctimas que acuden a la Ley de Justicia y Paz para obtener una indemnización en una situación de desigualdad y desventaja en relación con otras víctimas. De esta manera, el derecho de las víctimas a obtener reparaciones por vía judicial en el marco de la Ley de Justicia y Paz está siendo condicionado a criterios de conveniencia y no de igualdad y de acceso a la justicia.

Igualmente, el proceso de administrativización y devaluación del derecho a la reparación es evidente en la reglamentación y la práctica institucional impuesta alrededor del llamado proceso de reparación administrativa. El gobierno nacional adoptó, mediante el decreto 1290 de 2008, “el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”.

En primer lugar, este programa establece una equivalencia entre reparación y un pago indemnizatorio reducido. Al concentrar todas las medidas de reparación

ocultas y subrepticias. Por ello su forma de operar resulta un instrumento principal de legitimación y reproducción de la realidad social”. Ídem.

⁴⁴ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, M.P. Eduardo Castellanos Rosso, Rad. n°. 11001600253200680526, caso contra Wilson Salazar, Bogotá, 19 de marzo de 2009. Esta sentencia fue anulada por la Corte Suprema en apelación. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Augusto Ibáñez, Rad. n°. 31539, apelación de sentencia contra Wilson Salazar, Bogotá, 31 de julio de 2009. Las razones expuestas por la Corte Suprema en su fallo no se refieren a las conclusiones del Tribunal en materia de indemnización por daño; por tanto, se puede asumir que su lógica continuará siendo la misma en futuras decisiones.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 208.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 207.

⁴⁷ Código Penal, Ley 599 de 2000, art. 97.

en un pago de dinero, el diseño del programa se aparta del contenido del derecho a la reparación dejando de lado aspectos simbólicos importantes y obviando el reconocimiento de responsabilidad oficial. Prometer reparaciones en contexto de conflicto y de extrema pobreza –como en el caso colombiano– plantea dilemas que deben ser resueltos antes de proceder con el pago de montos de dinero sin mayor acompañamiento. La experiencia internacional ha ratificado una y otra vez que “uno de los factores cruciales en el cómo se buscan y son aceptadas las reparaciones será cómo los individuos perciban que su sufrimiento está siendo entendido, aceptado y reconocido en el contexto social y político”⁴⁸. La reparación de las víctimas en otros países entrañó procesos lentos, dolorosos y costosos. Asumirla como programa político implica, ante todo, reconocimiento de todas las víctimas y de la responsabilidad oficial por el proceso de victimización⁴⁹. La reparación debe incluir la generación de condiciones necesarias de reconocimiento y convivencia social.

Los procesos de reparación son materia de mucho cuidado, sobre todo cuando se trata de la entrega de montos de dinero a personas con necesidades básicas insatisfechas. Los pagos deben hacerse, pero deben realizarse garantizando la dignidad, esto es resaltando el dominio propio de la persona: su autodeterminación. Cuando una persona recibe el dinero marcada por la necesidad, las medidas complementarias a la indemnización se tornan aún más importantes.

En segundo lugar, el programa administrativo establece montos reducidos de indemnización que son iguales a los que el Estado ya está obligado a cancelar por concepto de ayuda humanitaria, en el marco de la Ley 418 de 1997 y sus prórrogas. Muchas de las víctimas están familiarizadas con estos pagos; los denominan comúnmente como “el pago por el muerto”. Aunque muchas víctimas han solicitado el pago y lo han recibido, en ningún momento lo han hecho a título de reparación. Actualmente, el poder ejecutivo está asimilando la ayuda humanitaria entregada en el pasado al proceso de indemnización solidaria que inició el año pasado. En recientes discursos, el presidente Uribe destacó que Acción Social ya entregó millones de pesos a 39.000 víctimas de homicidios⁵⁰. Es probable que esos pagos, que implican un importante esfuerzo oficial, tuvieran utilidad para las víctimas que los recibieron, pero los recibieron como asistencia humanitaria no como reparación. Al renombrar lo que anteriormente hizo a título

⁴⁸ Hamber, Brandon, *Narrowing the Micro and the Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition*, en Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *The Handbook on Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 576. Traducción libre.

⁴⁹ Véase, en general, De Greiff, *Justice and Reparations*, en ICTJ, *The Handbook on Reparations*, ibid., pp. 1-18 y 451-77.

⁵⁰ Uribe Vélez, Álvaro, *Palabras del presidente Álvaro Uribe Vélez al iniciarse la reparación por vía administrativa de las víctimas de la violencia*, Popayán, 5 de julio de 2009; y *Palabras del presidente Uribe en la entrega de indemnizaciones por vía administrativa a víctimas de la violencia*, Montería, 12 de julio de 2009. Los discursos están disponibles en: <http://web.presidencia.gov.co/especial/victimas/index.html>.

de asistencia humanitaria como reparación, el gobierno enturbia el proceso y genera una distorsión frente a su obligación de socorrer y mitigar el sufrimiento de las víctimas del conflicto.

En contextos de conflicto armado como el colombiano, la puesta en marcha de un programa de reparaciones debe ser implementada de la mano de otras medidas de prevención, protección y asistencia humanitaria a las víctimas. Se debe evitar a toda costa mezclar el esfuerzo de reparación con la obligación de asistir humanitariamente a las víctimas. Son dos tipos de intervención estatal muy distintos: la asistencia humanitaria es un alivio pasajero, mientras que la reparación debe contribuir a un proceso de reconstrucción individual y social.

Estos dos ejemplos –la reducción de los montos de la indemnización por daño por vía judicial y la equiparación de la reparación administrativa a los antiguos estándares de asistencia humanitaria– ponen en evidencia el proceso de devaluación de derechos de las víctimas. Igualmente, ilustran la distancia entre lo que oficialmente se ofrece y lo que esperan las víctimas. Por ejemplo, un líder campesino de la costa atlántica, en respuesta a la pregunta sobre sus expectativas frente a la Ley de Justicia y Paz respondió: “Mientras que se habla de reparación y reconciliación, los desplazados siguen en su caminadera, buscando sus derechos”⁵¹.

Además de la devaluación de los derechos de las víctimas, se observan intentos de neutralización de las víctimas por voceros oficiales del ejecutivo y de las entidades dispuestas para la reparación y la reconciliación en Colombia. En varias ocasiones se pretende trasladar la responsabilidad del éxito (o del fracaso) de una supuesta reconciliación al comportamiento de las víctimas. Esta transmisión de culpa y responsabilidad se ha evidenciado en otros contextos; en sus primeros escritos sobre la negación, Cohen advirtió que los perpetradores, defensores del régimen o ciudadanos del común emplean técnicas de neutralización para obviar el sufrimiento de las víctimas y exigirles un comportamiento acorde con un perdón impuesto⁵².

Hechos de la vida pública nacional parecen indicar que después de la violencia atroz perpetrada contra las víctimas, se ignora el comportamiento del perpetrador y todo se concentra sobre la supuesta intolerancia de las víctimas que, tercamente, deciden no perdonar. Con ese proceso, no sólo se minimiza el sufrimiento, sino que se neutraliza la responsabilidad de los victimarios y se da lugar al encubrimiento del pasado. Ese tipo de manifestación viene de sectores diversos que exigen un “buen” comportamiento (entiéndase, obediente frente a los fines determinados por el gobierno) y atacan la libertad de expresión y el ejercicio de denuncia.

Al inicio de su mandato como delegado del vicepresidente de la República en la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación (CNRR), Eduardo

⁵¹ Entrevista personal, Sincelejo, Sucre, 12 de abril de 2007.

⁵² Véase Cohen, Stanley, *Human Rights and Crimes of the State: Culture of Denial*, en Muncie, John, Eugene Mclaughlin y Mary Langan (eds.), *Criminological Perspectives. A Reader*. Londres, Sage Publications, 2001, p. 500.

Pizarro escribió, en una columna de opinión, aparentemente sobre la tolerancia en Uganda, para señalar que el fracaso del proceso de paz colombiano estaba en manos de los fundamentalistas de derechos humanos que exigían *mucha* justicia⁵³. ¿Por qué siente el presidente de la CNRR que tiene que desprestigiar el trabajo de organizaciones de derechos humanos que reclaman la aplicación de mínimos éticos relacionados con verdad, justicia y reparación? En relación con su referencia al fundamentalismo, es de suponer que se refiere a lo opuesto a los relativistas o revisionistas –es decir, todos los que se toman en serio los derechos–. Pero, peor aún, ¿culpa a los fundamentalistas de derechos humanos de condenar al país a una “guerra perpetua”? El discurso del fundamentalismo de derechos humanos lo habían sembrado días antes los comandantes de los paramilitares, en un editorial sobre el tema⁵⁴. Al menos, como inconveniente, debería verse esa similitud entre la opinión del presidente de la CNRR y los paramilitares.

En otro claro proceso de neutralización, Jaime Jaramillo Panesso, también miembro de la CNRR, manifestó su opinión en una columna del periódico *El Mundo*⁵⁵. Jaramillo determina que los fines de algunas organizaciones de víctimas que critican el proceso que se adelanta con los grupos paramilitares “no son la reparación y reconciliación, sino la filiación partidaria y la agitación vindicativa y sectaria”. En contraste con esas acusaciones contra las asociaciones de víctimas, en el mismo artículo asevera que las relaciones de la CNRR con lo que él denomina el Movimiento Nacional de Autodefensas Desmovilizadas son “positivas”, “de respeto mutuo”, con “niveles de civilidad y de esperanza”. Y para cerrar, plantea que los paramilitares determinarán los toques de la “reparación factible”.

Las opiniones de los dos miembros de la CNRR reflejan el mundo al revés: los paramilitares de la esperanza determinarán cuál es la reparación que darán a las víctimas y ellas han de portarse bien y dejar tanta agitación.

Los ejemplos dados son evidentes e ilustrativos: se promueve un proceso de neutralización contra las víctimas. Si la verdadera intención del arreglo oficial de justicia transicional es hacer frente al paramilitarismo, también deben enfrentarse los procesos de neutralización, justificación y normalización, y dejar de lado los clichés de autoperdón. La aplicación de herramientas de justicia transicional en Colombia, por tanto, acarrea el reto de volver a dar a las víctimas el lugar central que deben tener en la disposición de las medidas y en su implementación.

Colombia no se puede dar el lujo de ignorar a las víctimas y sus reivindicaciones. Elie Wiesel, sobreviviente de los campos de concentración nazis, al recibir en 1986

⁵³ Pizarro Leongómez, Eduardo, El caso de Uganda renueva la discusión del tema de la justicia y la paz o La ceguera del fundamentalismo, *El Tiempo*, 17 de julio de 2006, disponible en: www.eltiempo.com.

⁵⁴ Comandantes de las AUC, *Las víctimas de Estado: un capítulo más de la novela del fundamentalismo humanitario*, 13 de julio de 2006, consultado en http://www.colombialibre.net/detalle_col.php?banner=Editorial&id=15006.

⁵⁵ Jaramillo Panesso, Jaime, La CNRR en marcha, *El Mundo*, Opinión, 13 de agosto de 2006, disponible en www.elmundo.com.

el premio Nobel de Paz, manifestó “lo que todas las víctimas necesitan, sobre todo, es saber que no están solas; que no las estamos olvidando, que cuando sus voces sean ahogadas debemos prestarles las nuestras, que mientras su libertad dependa de la nuestra, la calidad de nuestra libertad depende de la suya”⁵⁶.

Este es un llamado sincero a la reflexión: ¿qué lugar tienen las víctimas en la sociedad colombiana y qué lugar material se les ha dado en la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación en el marco del arreglo oficial de justicia transicional que actualmente se implementa?

Conclusión: en un panorama sombrío hay algunas señales positivas

En este contexto oscuro, hay algunas señales de desarrollos positivos, sobre todo en relación con el proceso social que ha significado hablar de paramilitarismo (con distintos grados de soltura) y el lugar que las víctimas (tanto independientes como asociadas) han asumido para exigir el respeto de sus derechos.

En la actualidad existe mayor visibilidad de los reclamos y las reivindicaciones de las víctimas, tanto a través de movimientos nacionales como por medio de expresiones locales. Asimismo, se da un reconocimiento al trabajo de las organizaciones sociales y organizaciones de derechos humanos que han denunciado durante años el paramilitarismo en Colombia. Tampoco puede menospreciarse el importante apoyo de la comunidad internacional por hacer valer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tanto a través de iniciativas oficiales como no oficiales.

También se han presentado algunas manifestaciones locales de rechazo a los nexos entre la fuerza pública y los paramilitares. Y, más importante aún, se ha dado inicio a procesos penales contra políticos que han auspiciado el paramilitarismo; a través de estos se empiezan a revelar los múltiples niveles de la estructura paramilitar en Colombia y sus vínculos con las elites políticas y económicas.

Los debates alrededor de la Ley de Justicia y Paz condujeron al reconocimiento explícito del valor constitucional de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y a la incorporación de los derechos de las víctimas en las agendas institucionales del Estado. No obstante, el camino por delante es adverso y el campo de la justicia transicional enfrenta uno de los mayores retos en la consecución de los fines deseados: el reconocimiento de las víctimas y de su sufrimiento, y la contención al régimen de negación que se ha instalado.

⁵⁶ Wiesel, Elie, *Night*. Discurso al recibir el Premio Nobel de Paz en Oslo en 1986. New York, Hill and Wang, 2006, pp.117-20. Traducción libre.

Capítulo 4

Excepcionalidad permanente: un ensayo de comprensión histórica de la justicia penal de excepción y la justicia transicional en Colombia

*Camilo Ernesto Bernal Sarmiento**

Quizás no es la primera vez que se reconoce que uno de los rasgos más importantes de la sociedad colombiana es su permanente relación con la violencia. Luego de 200 años de historia como nación independiente, el sino trágico de la guerra parece haber colonizado definitivamente su sistema político y, de contera, penetrado de manera capilar en las distintas formas jurídicas que se han utilizado para tramitar la violencia.

Este eclipsamiento total de la violencia sobre las formas jurídicas y políticas tuvo diferentes manifestaciones a lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI, siendo las más características el uso recurrente de los estados de excepción constitucional para garantizar el control de la gobernabilidad de la nación y la creación de un sinnúmero de figuras y legislaciones penales de excepción, a través de las cuales se buscaba la reconversión política de los enemigos internos del Estado.

Este permanente recurso a la emergencia política y jurídica siempre se justificó ante la opinión pública como el único mecanismo eficaz para conjurar la violencia sociopolítica, y alcanzar el anhelo nacional de paz y el cese definitivo de la guerra, bien a través de la concesión de amnistías o indultos, o bien a través del establecimiento de mecanismos de sometimiento a la justicia y rebaja de penas. Esta suerte de políticas de gobernabilidad, paz y control de la criminalidad poco a poco se fue instalando de forma definitiva en nuestro régimen jurídico, y con el tiempo, dio lugar a una fusión de regímenes de emergencia, cuya versión más acabada es la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) y sus normas complementarias.

Utilizando la propuesta de reconstrucción arqueológica de las prácticas sociales de Michel Foucault denominada “historia del presente”¹, este trabajo busca identificar las principales orientaciones político-criminales en el pasado reciente de Colombia que permiten explicar por qué algunos sectores de la sociedad colombiana

* Deseo agradecer a Iván González Amado, Michael Reed, Gabriel Arias y Diana Salcedo por sus pertinentes comentarios a las versiones iniciales de este texto. Paola Rosero y Catalina Uprimny fueron eficaces en la búsqueda de información para este trabajo, gracias a ellas también.

¹ “Hacer la historia del pasado en los términos del presente”. Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (trad. A. Garzón del Camino). México, Siglo XXI, 1990, p. 37.

concibieron la estructura de la Ley 975 de 2005 como una forma de penalidad² idónea para enfrentar el legado de violaciones de los derechos humanos cometidas por varios grupos armados al margen de la ley, principalmente paramilitares, en los últimos 30 años.

La hipótesis principal sostiene que la Ley 975 de 2005, como instrumento jurídico de justicia transicional³, es un mecanismo excepcional de justicia penal que tiene una vocación de permanencia dentro del sistema penal nacional. Esta vocación de permanencia se deriva del análisis de dos tipos de tradiciones político-criminales del sistema penal colombiano que la influyen directamente: la tradición pactista que se refleja en el otorgamiento de las amnistías y los indultos a los delincuentes políticos durante buena parte de la historia republicana, que será abordada en la parte I de este capítulo, y la tradición de incorporar la lógica del derecho penal de excepción o emergencia en el sistema de administración de justicia para la persecución penal del narcotráfico y el terrorismo en las dos últimas décadas del siglo pasado, tema que será abordado en la parte II. Como se verá más adelante, estas dos orientaciones, con el paso del tiempo, se convirtieron en parte de la estructura regular del sistema penal como consecuencia de: 1) su progresiva legitimación como instrumentos de gobernabilidad de la nación, a través de los discursos de varios sectores políticos que promovían la excepcionalidad constitucional, y 2) del efecto de transustanciación de los sistemas penales de excepción a través de la ampliación legislativa del derecho penal ordinario y de su aplicación generalizada por los operadores judiciales.

Teniendo en cuenta estos antecedentes históricos, se abordará en detalle, en la parte III de este capítulo, el mecanismo político-criminal de la Ley 975 de 2005,

² Por penalidad deberá entenderse el conjunto de leyes, procedimientos, discursos, representaciones e instituciones que integran el ámbito penal. Garland, David, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. México, Siglo XXI Editores, 1999, p. 33.

³ La justicia transicional o 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”. Estos mecanismos “pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”. Secretario General de Naciones Unidas, *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, UN. Doc. S/2004/616, p. 6. Otras definiciones entienden la justicia transicional “como el proceso por medio del cual las sociedades que históricamente han experimentado situaciones de guerra, dictadura, conflicto armado interno y otras situaciones de violencia generadoras de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, enfrentan ese doloroso legado del pasado buscando la reconstrucción de la sociedad a través de la renovación de la confianza cívica, la garantía de los derechos de las víctimas, la reconciliación de las personas y las comunidades, y la prevención de abusos futuros”. International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Ensayos sobre la justicia transicional*. New York, International Center for Transitional Justice, 2003; Bickford, Louis, Transitional Justice, en *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, vol. 3. Detroit, USA, Macmillan Reference, 2004, pp. 1045-47.

así como sus normas complementarias y las reformas que se han derivado de su implementación práctica, las cuales permiten advertir la futura normalización de este tipo de justicia penal excepcional.

I. Primera tradición: pactar la paz para desarmar la guerra, o la impunidad como medio para alcanzarla

La historia republicana de Colombia está marcada por el sino trágico de una guerra permanente⁴. Desde la conquista española, la consolidación de la nación y la construcción del Estado se han visto envueltas en una dinámica de belicismo militar entre diferentes sectores de la sociedad, por diferentes luchas: territoriales y partidistas (partidos liberal y conservador) durante el siglo XIX y la primera parte del XX; y de guerrilla ideológica, contrainsurgentes (paramilitar), o narcotraficante, o de seguridad nacional del Estado durante los últimos 30 años.

El pasado de guerra y violencia tiene una constante permanente: la utilización del derecho como mecanismo de apaciguamiento de los enfrentamientos militares y como cláusula de cierre de las enemistades producidas por la violencia.

A lo largo del siglo XIX, Colombia tuvo quince constituciones generales o nacionales, cada una de las cuales representaba la consecuencia de una guerra civil y la causa de la próxima⁵. Por esta razón, en nuestra historia constitucional cada una de estas cartas políticas representa una “carta de batalla”, una conquista más de los vencedores que reconducían la guerra al escenario de los grandes acuerdos jurídicos de la nación. De este modo, el derecho no era la paz sino la guerra⁶ llevada a cabo por otros medios.

En estas condiciones, una vez concluían las hostilidades militares se hacía necesario garantizar la estabilidad de la paz nacional. Ante la imposibilidad de que un Estado debilitado acudiera al castigo penal como respuesta a los vencidos, se hizo imprescindible recurrir a la amnistía, a fin de generar, a través de una ficción jurídica, la reconversión política de los antiguos enemigos:

⁴ Sánchez Gómez, Gonzalo, De amnistias, guerras y negociaciones, en Sánchez Gómez, Gonzalo y Mario Aguilera P. (eds.), *Memorias de un país en guerra. Los mil días (1899-1902)*. Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 329.

⁵ Como recuerda Valencia, a lo largo de este siglo rigieron las siguientes constituciones: “Dos (en 1811) durante la guerra de independencia (1810-1819); cinco (en 1819, 1821, 1828 y 1830) durante la Gran Colombia (1819-1830); cuatro (en 1831, 1832, 1843 y 1853) durante la Nueva Granada (1830-1858); tres (en 1858, 1861 y 1863) durante la federación (1858-1886), y la última de 1886”, la cual rigió hasta la nueva Constitución de 1991. Valencia Villa, Hernando, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*, segunda edición. Bogotá, Universidad Nacional y Cerec, 1997, pp. 106-07.

⁶ *Ibíd.*, p. 171. Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia*. Segunda edición. Bogotá, Temis, 2006.

La amnistía pone de manifiesto un hecho anterior, la represión, pero al mismo tiempo obedece en Colombia a una permanente necesidad de relegitimación de la democracia formal, mediante la reincorporación subordinada de los disidentes al cuerpo político de la nación. Desde luego, tras esta activación inercial de la amnistía, se pueden adivinar factores estructurales, como la crónica debilidad del aparato estatal y en particular del aparato judicial. Ante las opciones para castigar a los ejércitos derrotados y sus apoyos sociales, al Estado sólo le quedaba como opción realista la incorporación formal y jurídica de aquellos mediante el recurso sustitutivo de la amnistía⁷.

De este modo, la concesión de amnistías y posteriormente de indultos, se convirtió en un mecanismo del sistema político por medio del cual se generaba una especie de recomienzo, en el sentido de momento inaugural del pacto social y político, a través del cual se hacía como que la guerra no hubiera existido⁸, aplazando de forma indefinida su verdadera resolución. El uso generalizado y permanente de estos mecanismos de extinción de la acción penal y del castigo estatal se observa claramente a lo largo de la historia: según relata Sánchez, durante el siglo XIX se concedieron 17 amnistías generales, mientras que en el siglo XX se otorgaron nueve. En cuanto a los indultos, en 63 oportunidades se crearon mecanismos jurídicos que los otorgaban⁹. Al parecer, el sentido común político que orientaba estas decisiones, se dirigía a atender el reclamo de importantes intelectuales del siglo XIX como Florentino González y José María Samper quienes alegaban que para prevenir la repetición de las guerras “había que perdonar y olvidar”¹⁰.

Esta tradición continuó a lo largo del siglo XX, donde los enfrentamientos entre los miembros de los partidos tradicionales liberal y conservador abocaron al país a un baño de sangre que se extiende hasta nuestros días. Desde la Guerra de los Mil Días a comienzos de siglo¹¹, pasando por el periodo de La Violencia

⁷ Sánchez Gómez, Gonzalo, *Guerras, memoria e historia*. Segunda edición. Bogotá, La Carreta, Universidad Nacional de Colombia, IEPRI, 2006, pp. 35 y 36.

⁸ *Ibíd.*, p. 35.

⁹ *Ibíd.*, p. 99.

¹⁰ Orozco Abad, Iván, *Justicia transicional en tiempos de memoria*. Bogotá, Temis, 2009, p. 26.

¹¹ La “Guerra de los Mil Días” fue un conflicto civil generado entre los simpatizantes de los partidos conservador y liberal por el control del Estado, que tuvo su ocurrencia entre 1899 y 1902. Es recordada en la historia nacional como uno de los conflictos bélicos de más larga duración de este periodo, y como el antecedente principal de la pérdida del territorio insular de Panamá que por entonces pertenecía al país (venta de Panamá a los Estados Unidos). La culminación de esta guerra fue sellada con los tratados de paz de la hacienda *Neerlandia* el 24 de octubre de 1902, y del acorazado estadounidense *Wisconsin* el 21 de noviembre de 1902. Naturalmente, la salida jurídica del Estado frente a los excombatientes estuvo marcada por la impunidad, ya que como recuerda Guerrero, “[...] en la fase declinante de la guerra, se dispuso el otorgamiento de indultos a cambio de la entrega de armas acompañada del retiro de las filas insurreccionales –Decreto 933 del 12 de junio de 1902–. La concesión de los indultos estipulaba diversos plazos de acuerdo con las distintas zonas geográficas del país y exigía la declaración de la voluntad, ante la respectiva autoridad legítima, de vivir sometido a las leyes y no volver a tomar las armas contra el gobierno”. En 1908, seis años después de

(1948-1958)¹², que culminó con la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla y con la materialización del Frente Nacional¹³, se adoptaron varios instrumentos jurídicos que otorgaban amnistía plena y perdones a quienes habían estado comprometidos con la alteración del orden público, ya fueran estos servidores públicos o ciudadanos insurrectos¹⁴.

Quizás el aspecto más relevante de esta práctica de la amnistía a mediados del siglo pasado es la creación de varios decretos que pretendían la desmovilización de movimientos de insurrectos que disputaban el poder político del Estado en algunas regiones de la geografía nacional como parte de los acuerdos políticos con estos grupos insurgentes¹⁵, a cambio de amnistías totales. Su particularidad radica, como advierte Sánchez, en el hecho de que no se producen para “dar término a una rebelión en curso, sino para mitigar algunos de los efectos de una insurrección ya derrotada, y en este

finalizada la guerra, de acuerdo con las investigaciones de Aguilera, “[...] se promulgó la Ley 4 del 10 de agosto, de acuerdo con la cual se declaró prescrita la pena y la acción penal para los militares que al servicio del gobierno o de la revolución hubieran incurrido en delitos políticos o comunes en las últimas guerras civiles. Para alcanzar esa gracia sólo fue indispensable que se acreditara con documentos o testimonios el carácter militar del reo”. Al respecto, véase Guerrero Apraéz, Víctor, Breve historia de las amnistías e indultos en Colombia, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, vol. 6. Madrid, Universidad Castilla La Mancha, 2004, disponible en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-06art-col2.htm>; Aguilera Peña, Mario, El delincuente político y la legislación irregular, en Sánchez G., Gonzalo y Aguilera P. Mario (eds.), *Memorias de un país en guerra...* ob. cit., p. 318.

¹² Hace referencia al período comprendido entre 1948 y 1958 (aproximadamente) que se inició tras el asesinato del entonces candidato presidencial del partido liberal Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948. Este periodo de guerra civil tuvo su causa principal en la ya histórica rivalidad partidista entre los liberales y conservadores. Al respecto, véase Guzmán Campos, Germán, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña Luna, *La violencia en Colombia*, tomos I y II. Bogotá, Taurus [1962], 2005; Bushnell, David, *Colombia una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*. Bogotá, Planeta Editores, 1996, pp. 277 y ss.

¹³ El “Frente Nacional” es el nombre del periodo histórico que refleja el acuerdo suscrito entre el representante del partido liberal Alberto Lleras Camargo y el representante del partido conservador Laureano Gómez, por medio del cual se garantizaba que estos partidos se turnarían la presidencia y se repartirían la burocracia a los diferentes niveles de gobierno en partes iguales, cada cuatro años desde 1958 hasta 1974, con el fin de calmar los odios, terminar con la violencia y apaciguar el país. Este pacto se materializó a través del acuerdo de Benidorm, España, firmado el 24 de julio de 1956, y la declaración de Sitges, España, firmada el 20 de julio de 1957. Como consecuencia del Frente Nacional, se excluyeron del manejo de los asuntos públicos terceras fuerzas políticas, hecho que es considerado hoy por hoy como una de las causas efectivas del conflicto armado contemporáneo en Colombia. Sobre este punto, véase Guzmán, Fals, Umaña, ob. cit.; Bushnell, ob. cit., pp. 277 y ss.; y Villarraga Sarmiento, Álvaro, Procesos de paz, desarme y reinserción en Colombia, en *Desmovilización: un camino hacia la paz*. Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Corporación Unificada Nacional de Educación Superior, Hogares de paso “La Maloka”, 2005, pp. 156 y ss.

¹⁴ Una semana después del golpe militar que instauró la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla, el entonces comandante general de las Fuerzas Militares, mediante una circular interna, dispuso el perdón a “todos los individuos que en una u otra forma se hayan comprometido en hechos subversivos contra el orden público y que se presenten voluntariamente ante las autoridades haciendo entrega de sus armas, los dejen en completa libertad, les protejan la vida y les ayuden a reiniciar sus actividades de trabajo”. Guerrero, ob. cit.

¹⁵ Algunos de los cuales fueron la semilla de los actuales grupos insurgentes, como en el caso del Ejército de Liberación Nacional (ELN), y de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Al respecto, véase Guzmán, Fals, Umaña, ob. cit.

sentido sus objetivos no son militares sino fundamentalmente político ideológicos”, esto es de legitimación del régimen político (del régimen militar de la dictadura de Rojas Pinilla, primero, y del régimen bipartidista del Frente Nacional, después)¹⁶.

Así, se cita como ejemplo el Decreto 1823 del 13 de junio de 1954 que extendía sus efectos no sólo a los guerrilleros sino también “a los agentes encargados de la represión y a los grupos paramilitares denominados ‘guerrilleros de paz’ organizados al servicio de las fuerzas militares”¹⁷. En su artículo primero se concedía la amnistía por los delitos políticos cometidos con anterioridad al 10 de enero de ese año, en los siguientes términos: “[P]ara los efectos del presente decreto, se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo político”¹⁸.

Por su parte, durante el gobierno de Alberto Lleras Camargo, primer presidente del Frente Nacional, se expidió la comúnmente denominada “Ley de Amnistía”, bajo la forma del Decreto 328 del 28 de noviembre de 1958. Esta disposición previó la suspensión de la pena o del proceso penal a quienes hubieran cometido delitos políticos en algunos departamentos (Caldas, Cauca, Huila, Tolima y Valle del Cauca), en los cuales era notoria la concentración de grupos alzados en armas al margen de la ley¹⁹. Como advierte Guerrero,

[...] El decreto intentó formular un acotamiento del término “delito político”, entendiendo por éste, aquellas conductas cuya motivación fuera: a. “el atacar o defender al gobierno o las autoridades”; b. “la animadversión política”; c. “las pugnas partidistas”. Expedido bajo el régimen de estado de sitio que contemplaba el artículo 121 de la Constitución de 1886, en el supuesto de que se trataba de un asunto de orden público, la adopción de la medida operó a iniciativa de los detenidos o condenados que se dirigían a cualquier juez o tribunal penal civil o militar para solicitar la aplicación individual de la suspensión. Su solicitud se amparaba en la amplia laxitud motivacional de sus hechos delictivos que bajo el indefinido concepto de animadversión o pugnacidad de carácter político o partidista podía incluir cualquier clase de crimen. La concesión de la suspensión de la medida penal podía ir acompañada de una medida de “extrañamiento” para individuos considerados “peligrosos”, la cual consistía en la prohibición de residir o visitar una región o municipio donde el sujeto de la medida hubiera ejercido liderazgo o donde hubieran tenido lugar los hechos por los cuales había sido juzgado o se encontraba procesado²⁰.

¹⁶ Sánchez, ob. cit., pp. 331-33.

¹⁷ Villar Borda, Luis, *Oposición, insurgencia y amnistía. Estudio jurídico y político sobre las posibilidades de la paz*. Bogotá, Editorial Dintel, 1982, p. 12, citado en Sánchez, ob. cit.

¹⁸ Ibid., p. 333.

¹⁹ Guerrero, ob. cit.

²⁰ Ídem.

Estos dos ejemplos muestran cómo los sectores hegemónicos del sistema político nacional, en su afán por buscar la legitimación política de los grandes acuerdos nacionales, tendieron a confundir las amnistías y los indultos como mecanismos para poner fin a la confrontación armada entre sectores partidistas, con la solución a las causas que habían originado la guerra, hecho que generó —como advierte Sánchez— “que amnistía y paz fueran vistas una como implicación de la otra”²¹.

Continuando en este recorrido histórico de la tradición pactista del país, y acercándonos a la historia reciente, puede afirmarse que, en las últimas dos décadas del siglo pasado, Colombia fue testigo y partícipe de varios procesos de desmovilización, desarme y reinserción (DDR) con grupos guerrilleros que, en el marco de acuerdos de paz, decidieron dejar las armas y reinsertarse a la vida civil.

La década de los ochenta es un fiel reflejo de esta comprensión de los dilemas que enfrenta una sociedad cuando decide intervenir la violencia del conflicto armado. Buena parte de las discusiones nacionales acerca de cómo podían hacerse acuerdos de paz con las guerrillas que tenían la intención de desmovilizarse estaba restringida a las diferentes propuestas de cambio social y de reformas políticas que los distintos actores sometían a discusión en la mesa de negociación (reforma agraria, política de empleo, apertura del sistema democrático, retiro de la intervención militar extranjera, nuevo pacto constituyente, entre otras), así como al debate de los posibles beneficios jurídicos que las partes en conflicto podrían obtener en la negociación y que les garantizarían un ingreso “seguro” al debate democrático, protegiéndolos a futuro de cualquier tipo de retaliación judicial.

Esta forma de “pactar” la paz para “desarmar” la guerra tuvo siempre como centro de discusión la necesidad de amnistiar e indultar a los delincuentes políticos, sin que se examinara si esta decisión política afectaba o no la judicialización de violaciones de los derechos humanos o de las posibles infracciones al derecho internacional humanitario que se cometieron en este periodo histórico.

A pesar de que hoy es posible comprender que la preocupación en torno a la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación no eran tan relevantes en el panorama político ni humanitario de los años ochenta, como lo fueron en la década siguiente, también es posible advertir, analizando los textos normativos de estas negociaciones, que dichos asuntos simplemente fueron ignorados. Así puede verse en las distintas finalidades con las cuales fueron creados muchos de los instrumentos normativos de ese periodo:

“declarar una amnistía condicional”; procurar “el pronto restablecimiento del orden público”; lograr el “restablecimiento y preservación de la paz”; procurar la “búsqueda de la convivencia [y] la eficacia de la justicia”;

²¹ Sánchez, ob. cit., p. 332.

establecer “concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas”; tomar “medidas de orden público”, crear “unos empleos”; crear una “comisión de consulta para el orden público”; crear “el consejo nacional de normalización”; crear “la comisión asesora de reinserción”; crear “la dirección del programa presidencial para la reinserción”, “asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política”; adoptar “medidas en materia sanitaria para facilitar el proceso de reinserción”; dictar “disposiciones en materia penal” [...] etc.²²

Adicionalmente, es necesario advertir que el ámbito de lo amniable e indultable dentro de ese periodo histórico fue bastante amplio e incluso poco estricto, gracias, entre otros factores, a que la configuración del régimen penal permitía eximir de responsabilidad penal a los rebeldes o sediciosos por los hechos punibles cometidos en combate²³. Por otro lado, y como consecuencia de la incorporación del derecho de gentes en la Constitución de 1886, siempre fueron excluidos los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, a pesar de lo cual no es posible rastrear un antecedente claro en la justicia penal nacional de judicialización de esas conductas.

A finales de los años ochenta, las guerrillas extendieron sus frentes y desarrollaron acciones militares importantes, con frecuencia de manera unificada. En represalia, aumentaron las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, la utilización de métodos ilegales de represión y la proliferación de los grupos paramilitares²⁴. Por su parte, las guerrillas atacaron a ganaderos, al sector agrícola y a comerciantes, y aumentaron las acciones de secuestro y extorsión en ciertas zonas del territorio nacional. Se desató igualmente, como rechazo a la extradición, una reacción violenta del narcotráfico con frecuentes acciones terroristas en Bogotá, Medellín y otras ciudades.

Ante la gravedad de la situación, surgieron presiones desde los partidos políticos y las organizaciones sociales para que el Gobierno asumiera diálogos de paz con la insurgencia. Se desarrollaron, en consecuencia, procesos de acercamiento por iniciativa de actores políticos, miembros de corporaciones públicas y organizaciones sociales en Tolima y Cauca. El presidente de entonces, Virgilio Barco, propuso la llamada “Iniciativa de Paz”, dirigida a conseguir la desmovilización de las guerrillas.

²² Las normas consultadas por Pérez son, entre otras: Ley 37/81, Decreto 2761/81; Decreto 2711/82; Decreto legislativo 474/82; Ley 35/82; Decreto 240/83; Ley 49/85; Decreto 3030/85; Decreto 2577/86; Ley 77/89; Decreto 0206/90; y Decreto 0314/90. Al respecto véase Pérez Toro, William F., Orden jurídico, negociación, paz, reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia, en *Estudios Políticos*, vol. 27, julio-diciembre. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Antioquia, 2005.

²³ Artículo 127, Código Penal de 1980 (Decreto Ley 100 de 1980).

²⁴ El entonces ministro de Gobierno del presidente Virgilio Barco, César Gaviria, informó en 1989 en el Congreso de la República que existían 140 grupos paramilitares y aceptó el compromiso de erradicarlos, hecho que no se cumplió.

Sobre esta base, el grupo guerrillero M-19 decidió iniciar negociaciones en forma directa con el Gobierno nacional, apartándose de la Coordinadora Guerrillera²⁵. Tras varios acuerdos parciales, la concentración de efectivos en el poblado indígena de Santo Domingo, Cauca, y los consensos conseguidos en las Mesas de Análisis y Concertación²⁶, suscribieron un pacto político y luego un acuerdo final de paz²⁷. Unos 800 combatientes del M-19 se desmovilizaron y pronto irrumpieron en el escenario político y electoral con importantes resultados, a pesar del asesinato de su comandante y candidato presidencial, Carlos Pizarro, comandante de esa organización²⁸. La transición a la vida política de los integrantes de ese grupo armado se facilitó a través de la expedición de la Ley 77 de 1989, reglamentada a través del Decreto 213 del 22 de enero de 1991²⁹. Esta ley consagró la posibilidad de conceder de manera individual el indulto, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio (cesación de la investigación) en relación con hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley. Los delitos susceptibles de beneficios jurídicos se limitaban a los delitos políticos tipificados en el Código Penal, tales como rebelión, sedición y asonada, y los delitos conexos con los anteriores. Se excluyeron expresamente los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, y los actos de ferocidad o barbarie.

Durante el mandato del presidente Barco (1986-1990) se abrió la posibilidad de la Asamblea Nacional Constituyente. También se iniciaron los primeros acuerdos entre el Gobierno nacional y las guerrillas del Ejército Popular de Liberación (EPL), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) y el Movimiento Quintín Lame (MQL). Al asumir la presidencia César Gaviria (1990-1994), y ante el histórico fallo de la Corte Suprema de Justicia que aceptó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, se avanzó en las negociaciones y en el logro de nuevos pactos de paz con estos movimientos insurgentes. Este momento de apreciada apertura del sistema democrático que terminaría en la Constitución Política de 1991, incentivó varios de los procesos de desmovilización³⁰.

Los acuerdos de paz y los actos de desarme ocurrieron de manera escalonada durante 1991. El PRT arrojó sus armas al mar Caribe; el EPL las entregó simbólicamente a la Asamblea Constituyente, y el Quintín Lame lo hizo ante las comunidades indígenas. Así, se produjo un nuevo proceso de desmovilización y desarme³¹ que posibilitó que estos tres movimientos tuvieran participación en la Constituyente. Los

²⁵ La Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar surgió en octubre de 1987, con participación de las FARC, el ELN, el EPL, el PRT, el MQL y el MIR Patria Libre.

²⁶ Espacios de participación de voceros gubernamentales, del M-19, partidos políticos, organizaciones sociales e instituciones. A partir de éstos se entregaron propuestas sobre distintos temas como aportes al pacto político que sustentó el acuerdo de paz.

²⁷ Villarraga, ob. cit., p. 160.

²⁸ Ídem.

²⁹ Guerrero, ob. cit.; Villarraga, ob. cit., p. 160.

³⁰ Villarraga, ob. cit., p. 150.

³¹ Del EPL se desmovilizaron 2.100 guerrilleros, del PRT 200 y el MQL 157.

integrantes del M-19, el EPL y el PRT, junto a otros sectores políticos de izquierda y de la dirigencia social, conformaron la Alianza Democrática M-19. Por su parte, el MQL contribuyó a la conformación de la Alianza Social Indígena (ASI)³².

Con estos acuerdos se implementaron nuevos compromisos con la reinserción, los cuales contemplaron la expedición de decretos de indulto, el apoyo a inversiones regionales en las áreas afectadas, el desarrollo de programas en beneficio de los ex combatientes, y compromisos relativos a los derechos humanos y a la promoción del proceso de paz. Con el EPL y el MQL, se conformó la Comisión de Superación de la Violencia que entregó un informe con recomendaciones orientadas a resolver la problemática humanitaria en las regiones afectadas por el conflicto armado³³. Con el PRT se organizó la Comisión de Derechos Humanos de la Costa Atlántica.

En un hecho casi desconocido, en 1991 se produjo la desmovilización unilateral de aproximadamente dos centenares de miembros de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio, sin que por parte del gobierno del Presidente Gaviria se reconociera interlocución directa ni inclusión de los desmovilizados en los programas de reinserción. Estos grupos paramilitares se habían impuesto en esa región, con epicentro en Puerto Boyacá, departamento de Boyacá. En la desmovilización parcial de paramilitares incidieron, como facilitadores ante funcionarios del Gobierno nacional, algunos dirigentes del M-19 que concebían que el proceso de paz pudiera estimular la desmovilización del paramilitarismo³⁴.

A pesar de que a instancias del proceso Constituyente se adelantaron diálogos de paz con las FARC y el ELN, no se obtuvieron resultados y, a partir de 1992, se intensificaron las hostilidades. En 1992, un sector del ELN, denominado Corriente de Renovación Socialista (CRS), se separó de este movimiento e inició conversaciones directas con el gobierno nacional que culminaron en 1994 con un acuerdo final de paz³⁵. En 1993, los diálogos fueron suspendidos tras el asesinato de sus negociadores Enrique Buendía y Ricardo González. En varias ciudades y regiones sus militantes fueron perseguidos y en ocasiones asesinados o desaparecidos. Dentro de los compromisos pactados se otorgó a la CRS dos curules en el Congreso de la República, indultos a sus ex combatientes³⁶, la vinculación a los programas de reinserción y la conformación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual realizó una valiosa labor de intercambio y promoción de iniciativas de paz³⁷.

³² Villarraga, ob. cit., p. 160.

³³ Informe de la Comisión de Superación de la Violencia, *Pacificar la paz, lo que no se ha negociado en los acuerdos de paz*. Bogotá, IEPRI-UN, Cinep, Comisión Andina de Juristas, Cecoin, 1992.

³⁴ Villarraga, ob. cit., pp. 161 y 162.

³⁵ En esa oportunidad se desmovilizaron 433 guerrilleros de la CRS.

³⁶ “En relación con las negociaciones adelantadas con la Corriente de Renovación Socialista se expidió una nueva ley de indulto –Ley 104 de 1993– que contemplaba el otorgamiento de otras medidas como auto inhibitorio, preclusión de investigación y cesación de procedimiento cuando se tratara de delitos políticos y conexos”, Guerrero, ob. cit.

³⁷ La Comisión Nacional de Derechos Humanos se instaló el 23 de agosto de 1994 con participación permanente del ministro de gobierno Horacio Serpa, del consejero presidencial para los derechos

Finalmente, durante la administración de Ernesto Samper (1994-1998), se estableció un mecanismo para estimular de manera permanente la deserción en los grupos guerrilleros, posibilitando el otorgamiento de indultos individuales y la participación de los beneficios establecidos en los programas de reinserción, a través del Decreto 1385 de 1994³⁸.

Igualmente, se promulgó la Ley 418 de diciembre de 1997 –prorrogada en años posteriores y hasta la actualidad mediante las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006–, por medio de la cual se estableció el otorgamiento de indultos individuales para miembros de las guerrillas que manifestaran su voluntad de desmovilización, cuando se tratara de delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con éstos, excluyendo actos directamente atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate, o colocando a la víctima en estado de indefensión. La Ley 782 de 2002 estableció por primera vez la posibilidad de beneficiar a miembros de grupos armados al margen de la ley, sin que dichas organizaciones tuvieran un reconocimiento político.

Es necesario advertir que durante este periodo se produjo la primera estocada al que fuera el “sentido común” de las interpretaciones jurídicas sobre los hechos delictivos de los grupos armados al margen de la ley: la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-456 de 1997, declaró la inexecutable de la norma del Código Penal de 1980 que establecía la conexidad de los homicidios producidos en combate con el delito político, hecho que fue interpretado por Orozco como la desaparición en el ámbito jurídico-penal de la figura del “combatiente-rebelde” con todas su inmunidades³⁹.

En esta breve cronología que desarrolla la primera de las tradiciones político-criminales que han influenciado las políticas de tratamiento de la violencia producida por el conflicto armado, es posible advertir un objetivo explícito de pactar la paz para desarmar la guerra en todos los actores del escenario político y con independencia de su posición fortalecida (Estado) o debilitada (guerrilla) en la negociación. Asimismo, es posible observar que la realización de las negociaciones y los acuerdos de paz con grupos insurgentes siempre estuvo mediada por la concesión de indultos o amnistías por delitos políticos a los desmovilizados, sin que se considerara la posibilidad de dar lugar a procesos penales por la comisión

humanos Carlos Vicente de Roux, de otros delegados gubernamentales, de oficiales de alto rango de todas las ramas de la Fuerza Pública, de los organismos de control, la Defensoría del Pueblo, la Iglesia Católica, el CICR, la Cruz Roja Colombiana, las entidades de derechos humanos más reconocidas y los delegados de la Corriente de Renovación Socialista, quienes en conjunto con el ministro y el consejero conformaron el Comité Ejecutivo. Posteriormente, se aprobó el ingreso de otras entidades como el Departamento Nacional de Planeación, la CUT, Fundación Progresar, Cedavida y la Corporación Región. Al respecto véase Villarraga Sarmiento, Álvaro, Posibilidades de una comisión de la verdad, s. f. Tomado de: http://www.cejamericas.org/doc/documentos/03_Posibilidades_Comision_Verdad_ALVARO_VILLARRAGA.pdf.

³⁸ Villarraga, ob. cit., p. 166.

³⁹ Orozco, ob. cit., pp. 188.

de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. En estas discusiones, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación brillaron por su ausencia.

De este modo, y sin solución de continuidad con nuestra tradición histórica, la impunidad fue el mecanismo privilegiado que la nación ofreció para caminar hacia el futuro, dando “borrón y cuenta nueva” a las atrocidades cometidas por los actores armados del conflicto, y haciendo una negación consciente del pasado en aras de la paz⁴⁰.

II. Segunda tradición: amedrentar y negociar, o la consolidación de la excepcionalidad constitucional y el derecho penal de excepción

La segunda de las tradiciones históricas que debe ser examinada para analizar el carácter excepcional de la justicia penal en Colombia es aquella que tiene que ver con la utilización reiterada en el pasado reciente del estado de excepción constitucional (también llamado estado de sitio)⁴¹ en el manejo del orden público y en el tratamiento de las consecuencias del conflicto armado interno, desde 1949 hasta nuestros días. A través de estos 36 años de alteración permanente del orden constitucional y de anormalidad política severa, sucesivos gobiernos han adoptado distintas formas de derecho penal de la emergencia, que poco a poco se han ido incorporando en el sistema penal nacional con la pretendida finalidad de luchar contra las crisis sociales y políticas, y luego contra el narcotráfico, el terrorismo y la subversión.

La fundamentación que los sucesivos gobiernos han esgrimido para promover constantemente la excepcionalidad política, y de su mano la excepcionalidad penal desde la segunda mitad del siglo XX y durante las dos primeras del siglo XXI, puede sintetizarse en un dilema clásico de la teoría política de la democracia y de la soberanía⁴². Este es: si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades durante un periodo de crisis, se corre el riesgo de que el Estado sucumba, o que

⁴⁰ Cohen, Stanley, *Estado de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2005; Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto y Michael Reed Hurtado, ¿Justicia penal transicional?: negación, reconocimiento y castigo de las atrocidades perpetradas en Colombia, en *Nueva doctrina penal*, 2007-b. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

⁴¹ García Villegas, Mauricio, Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997), en García Villegas, Mauricio y Boaventura de Sousa Santos (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo I. Bogotá, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Universidad de Coimbra, Centro de Estudios Sociales (CES), Uniandes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, 2001, p. 317.

⁴² Inspirado en el pensamiento político de Thomas Hobbes y Carl Schmitt. Al respecto véase: Agamben, Giorgio, *Estado de Excepción. Homo sacer II*, 1 (trad. Antonio Gimeno Cuspinera). Valencia, Pre-Textos, 2004; Aponte Cardona, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión y crítica sobre el eficientismo penal enemigo*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 113 y ss.

los gobernantes, desprovistos de la posibilidad de invocar poderes extraordinarios, decidan romper de forma abierta el régimen constitucional⁴³.

El dilema expuesto advierte una crisis de legitimación del poder político que se tramita por los causes de la concentración del poder y de la capacidad de decisión sobre la crisis, basado en el supuesto interés superior de los fines del Estado⁴⁴. Dicha razón de Estado⁴⁵ se configura entonces como un principio de legitimación histórica de tipo adicional y, de ser necesario, antijurídico, “en el sentido en que permite la ruptura de la legalidad y la alteración de las reglas del juego ordinarias cada vez que éstas, por la emergencia o la excepcionalidad, valorables siempre y sólo por los gobernantes, entran en conflicto y no son funcionales al ‘supremo’ interés del Estado”⁴⁶.

Esta nueva fuente de poder renovado facilitó que el poder ejecutivo colombiano interviniera más allá de lo permitido en condiciones normales por las reglas de distribución de competencias entre los poderes públicos, admitiendo una concentración temporal de los mismos, y permitiendo además la limitación de algunos derechos y libertades públicas, con el objetivo de restablecer la normalidad en el sistema social y proteger los derechos humanos más fundamentales⁴⁷. Había surgido entonces una tensión entre la razón de Estado que instrumentalizaba la violencia para garantizar la gobernabilidad, alterando la legalidad, y los límites que la estructura del Estado de derecho le trazaba a ese ejercicio desbordado del poder político. El Estado de derecho debía ser defendido entonces mediante su propia negación⁴⁸.

De la mano de esta tensión, que acompaña hasta nuestros días al sistema jurídico nacional, surgió un nuevo modelo de justicia penal basado en la razón de Estado: el derecho penal de excepción. Desde el punto de vista técnico, su carácter excepcional se advierte en dos aspectos: en alteración de las reglas constitucionales que establecen la legalidad de los delitos y de las penas, y en la modificación de la jurisdicción que debía aplicar este esquema de legalidad alterada⁴⁹. Desde el punto de vista político, este nuevo régimen de penalidad fue presentado por los distintos gobiernos como necesario políticamente y legítimo constitucionalmente, enviando el mensaje a la sociedad de que en materia de justicia el fin justifica los medios,

⁴³ García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny, El control judicial de los estados de excepción en Colombia, en García Villegas, Mauricio, César A. Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006, p. 534.

⁴⁴ Serrano-Piedecabras, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona, Editorial PPU, 1988, pp. 52 y ss.

⁴⁵ Bergalli, Roberto, Presentación. Emergencia: una cultura específica, en Serrano-Piedecabras, ob. cit.

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés). Madrid, Trotta, 1997, p. 814.

⁴⁷ García y Uprimny, ob. cit., p. 534; Orozco, ob. cit., p. 303.

⁴⁸ Ferrajoli, ob. cit., p. 814.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 808.

porque los medios no cuentan y pueden cambiarse o sustituirse a conveniencia del soberano⁵⁰.

Excepcionalidad política y derecho penal de emergencia son entonces las dos características de este modelo político criminal que va a marcar de forma definitiva la historia del país en los últimos cincuenta años. A continuación se estudian algunos de los rasgos principales que permitieron el nacimiento, auge y consolidación de dicho modelo, tomando en cuenta tres periodos históricos de utilización del régimen de excepción constitucional⁵¹ que explican por qué Colombia puede ser considerada como una democracia en permanente emergencia⁵².

El primer periodo tiene lugar desde 1957 cuando se establece el Frente Nacional y hasta 1978 cuando finaliza el gobierno de Alfonso López Michelsen⁵³. Durante este periodo se restringen los derechos de las personas en las ciudades con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas de inconformismo contra los gobiernos (criminalización de la protesta social), mientras en el campo se mataba a las personas para reprimir a las nacientes expresiones de las guerrillas armadas.

Durante estos 21 años se crea una de las tendencias históricas de la excepcionalidad penal en el país: el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar. En efecto, a través del Decreto legislativo 54 de 1954, promulgado durante un estado de sitio, el gobierno del dictador Rojas Pinilla creó la “justicia sumaria de excepción”, cuyo responsable principal era el Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC), con el fin de perseguir líderes y activistas de izquierda⁵⁴.

Esta tendencia continuó durante el gobierno de Guillermo León Valencia (1962-1966), quién fortaleció las facultades de los militares para investigar y juzgar a civiles sospechosos de haber cometido delitos que alteraban gravemente el orden público. Por medio del Decreto legislativo 1290 de 1965, autorizó la judicialización por parte de cortes marciales de los delitos de rebelión, secuestro, extorsión, sabotaje y concierto para delinquir, aumentando además las penas para estos delitos. De acuerdo con su justificación, sólo la justicia militar era capaz de procesar y sentenciar a criminales peligrosos, aunque en realidad tales criminales sólo eran estudiantes y sindicalistas sin vínculos ilegales⁵⁵.

El segundo periodo tiene lugar entre el gobierno de Julio César Turbay Ayala en 1978 y el gobierno de Virgilio Barco en 1990⁵⁶. En este periodo se hace palpable que los pilares del proyecto político del Frente Nacional –combinación de democracia constitucional formal, militarización del Estado y exclusión

⁵⁰ Ibíd., p. 814.

⁵¹ Esta periodicidad es propuesta en García y Uprimny, ob. cit., pp. 540-41.

⁵² Pécaut, Daniel, *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*. Bogotá, Norma, 2006; Bushnell, ob. cit.

⁵³ García y Uprimny, ob. cit., p. 539.

⁵⁴ Camargo, Pedro Pablo, citado por Iturralde Sánchez, Manuel Alejandro, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Uniandes, Pensar, 2010, p. 60.

⁵⁵ Iturralde, ob. cit., p. 65.

⁵⁶ García y Uprimny, ob. cit., p. 540.

social– producen la transformación de una cultura de la excepción en una cultura de la guerra sucia contra los enemigos del Estado. El estado de excepción pierde fuerza como instrumento de control social y se potencia como mecanismo para la represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión.

Durante este periodo se produce el auge del sistema penal de excepción que se consolidará durante la década siguiente. Su inicio se marca con la expedición de uno de los instrumentos represivos más draconianos de la historia reciente de Colombia: el Estatuto de Seguridad del gobierno de Julio César Turbay Ayala (Decreto legislativo 1923 de 1978). Inspirado en la doctrina de seguridad nacional y en el Plan Cóndor, este instrumento normativo utilizó, por primera vez, la necesidad de enfrentar al terrorismo producido por los grupos subversivos y sus colaboradores como una de sus justificaciones. A través de sus varios artículos, este estatuto le atribuyó poderes a los tribunales militares para procesar a los civiles que hubieran incurrido en los delitos de secuestro con fines políticos, concierto para delinquir, alteración del orden público, perturbación de actividades sociales y económicas, lanzamiento de sustancias peligrosas, lesiones, uso de explosivos e incendio, entre otros. Asimismo, le entregó la competencia a los comandantes de brigadas militares para reprimir las protestas sociales y el activismo político a través de su facultad para privar durante un año de su libertad a los ciudadanos que cometieran alguno de los siguientes delitos menores: ocupación ilegal de espacios públicos como medio para la protesta, distribución de propaganda subversiva, hacer grafitis subversivos u ofensivos, exhortación a la rebelión e incitación a desobedecer las leyes, entre varios más. El estatuto aumentó las penas de estos delitos más allá del máximo legal establecido en el Código Penal para los delitos más graves⁵⁷.

Con la llegada al poder del presidente conservador Belisario Betancur Cuartas (1982-1986) se va a dar un viraje en las políticas de la justicia penal con el fin de asumir la presión política del gobierno de los Estados Unidos en torno al fenómeno del tráfico de estupefacientes. Entre 1975 y 1984 se produce el mayor auge del narcotráfico en el país, que en sus inicios comenzó con la marihuana, y más tarde se disparó con la cocaína. Estos años son claves pues, como recuerda López, Colombia dejó de ser uno de los países que traficaba y contrabandeaba droga, para convertirse en el centro del narcotráfico del mundo⁵⁸. La capacidad de penetración del narco produjo importantes transformaciones en las jerarquías sociales, el destino de las inversiones y el régimen político, convirtiendo a los nuevos ricos en una amenaza social latente.

⁵⁷ Iturralde, ob. cit., p. 65.

⁵⁸ López Restrepo, Andrés, *Narcotráfico, ilegalidad y conflicto en Colombia*, en *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá, Editorial Norma, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI), 2006, p. 408.

Hasta ese momento, los diferentes gobiernos de turno habían tenido posiciones ambiguas frente al fenómeno del narcotráfico⁵⁹, llegando incluso a otorgar amnistías patrimoniales⁶⁰ que les permitieron a algunos de ellos (como a Carlos Lehder) legalizar parcialmente los dineros obtenidos de esta actividad ilícita⁶¹. Asimismo, los políticos no veían problema en que les financiaran sus campañas políticas, siempre y cuando no se vincularan directamente a ellas. Pero esto no ocurrió.

En 1982, Pablo Escobar fue elegido representante suplente a la Cámara por la lista que impulsó el parlamentario antioqueño Jairo Ortega. Sin embargo, en 1983, fue obligado a renunciar a raíz de una investigación por el homicidio de unos agentes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que en 1976 lo capturaron con un cargamento de 39 libras de cocaína⁶². Ese mismo año, Carlos Lehder creó el Movimiento Latino Nacional (MLN). Sus principales propuestas consistían en el rechazo absoluto al tratado de extradición, respaldo a la creación de grupos de autodefensas para enfrentar a las guerrillas, y oposición a la intervención extranjera, entre otros⁶³. En octubre de ese año, Lehder pasa a la clandestinidad y se conoce su requerimiento en extradición por parte del gobierno de los Estados Unidos⁶⁴. Poco a poco el rechazo formal a los narcotraficantes se hace explícito, y con él llegan las retaliaciones.

El 30 de abril de 1984 es asesinado el ministro Rodrigo Lara Bonilla por orden de Pablo Escobar, dando inicio al periodo del narcoterrorismo. En respuesta a esta situación, el gobierno declaró el estado de sitio, ordenó que los delitos que tuvieran que ver con el tráfico de drogas fueran conocidos por la justicia penal militar⁶⁵, y abrió las puertas a la extradición a Estados Unidos. Además, las fuerzas militares recibieron autorización para detener, interrogar y obtener pruebas contra los sospechosos acusados de participar en el narcotráfico, el secuestro, la extorsión y las actividades relacionadas con el tráfico de armas (Decretos legislativos 1042, 1209 y 2829 de 1984)⁶⁶.

Tras la actitud del gobierno, varios narcotraficantes tuvieron que partir al exilio. Entre ellos, Pablo Escobar, Gustavo Gaviria, el clan de los Ochoa,

⁵⁹ Melo, Jorge Orlando, *Narcotráfico y democracia: la experiencia colombiana*, en Joyce, Elizabeth y Carlos Malamud (eds.), *Latin America and the Multinational Drug Trade*. New York, St. Martin's Press, 1998, pp. 63-96, disponible en: <http://www.jorgeorlandomelo.com/narcotrafico.htm>.

⁶⁰ La más famosa fue la llamada "ventanilla secreta" del Banco de la República, que canalizaba millones de dólares de la bonanza de la marihuana, confundidos con los de la bonanza cafetera, del contrabando, y otras fuentes de ingresos. Al respecto véase Correa, Eugenia y Alicia Girón, *Economía Financiera Contemporánea*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 294.

⁶¹ López, ob. cit., pp. 418-19.

⁶² Salazar, Alonso, *La parábola de Pablo: auge y caída de un gran capo del narcotráfico*. Bogotá, Planeta, 2001, p. 120.

⁶³ López, ob. cit., pp. 418-19.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Orjuela, Luis Javier, *Narcotráfico y política en la década de los ochenta: entre la represión y el diálogo*. Bogotá, Universidad de los Andes, Editorial Uniandes, 1990, pp. 66-68.

⁶⁶ Iturralde, ob. cit., p. 82.

Gonzalo Rodríguez Gacha y Carlos Lehder. Acorralados, se pusieron de acuerdo para hacerle una propuesta al gobierno. A través del Procurador General de la Nación y del ex presidente Alfonso López, adelantaron algunas conversaciones en Panamá⁶⁷. Al final, y luego de mucha controversia, el primer mandatario dejó en claro que el gobierno no negociaría con los narcotraficantes⁶⁸. Como era de esperarse, el narcotráfico respondió. A comienzos de diciembre de 1984, el grupo había amenazado de muerte al Presidente de la República, a varios ministros, y a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, con el fin de impedir la extradición. De ahí en más adoptaron como lema: “preferimos una tumba en Colombia, que una cárcel en los Estados Unidos”.

El gobierno Betancur termina, para el interés de este relato, con la expedición de dos decisiones históricas de la Corte Suprema de Justicia en marzo de 1986, en las que declaró la inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por militares por vulneración del debido proceso.

Los siguientes cinco años (1986-1991) estuvieron marcados por un periodo de violencia inexpugnable promovido por los narcotraficantes, caracterizado por innumerables ataques terroristas con bombas en las principales capitales del país, y por una larga lista de muertes violentas a manos de sicarios entre las que se incluyen varios líderes sociales, parlamentarios y cuatro precandidatos presidenciales. En este marco de crisis profunda del orden público, el gobierno de Virgilio Barco revivió una norma del gobierno anterior (Ley 2 de 1984) y creó la justicia especializada con el fin de ocuparse de los casos de terrorismo, secuestro y extorsión, por un periodo máximo de seis años⁶⁹. Posteriormente, se les encargó el juzgamiento de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes (Ley 30 de 1986) y del porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

Este instrumento normativo establecerá por primera vez, y de ahí en adelante, los beneficios por colaboración eficaz con la justicia como un mecanismo de desarticulación del crimen organizado que, con el correr de los años, va a adquirir una mayor aceptación entre distintos gobiernos y se naturalizará entre los operadores judiciales. En efecto, esta normatividad estableció en su artículo 34 una disminución de la tercera parte a la mitad de la pena para el partícipe del ilícito que primero aportara prueba sobre la responsabilidad de otros autores⁷⁰.

La expansión de este tipo de incentivo penal para los “testigos de la corona”⁷¹ continúa con la Ley 30 de 1986 que estableció la posibilidad de otorgar una rebaja

⁶⁷ Un análisis detallado puede verse en Orozco, ob.cit., p. 268-70.

⁶⁸ Salazar, ob. cit., p. 129.

⁶⁹ Iturralde, ob. cit., p. 82; Melo, ob. cit.

⁷⁰ Nemogá Soto, Gabriel Ricardo (dir.), *Justicia sin rostro. Estudio sobre justicia regional*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales “Gerardo Molina”, 1996, p. 56.

⁷¹ Martínez Sánchez, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

de penas para el sindicado que presentara prueba idónea de incriminación contra partícipes o encubridores, y con el Decreto extraordinario 1199 de 1987 que abrió la posibilidad de otorgar beneficios a los condenados que aportaran información para permitir la captura de prófugos⁷².

Como último aspecto relevante de este periodo debe mencionarse la transustanciación de la justicia especializada en los jueces de orden público que, en lapso de dos años (1987-1989), fueron revestidos de amplias competencias para tratar, entre otros delitos, los de rebelión, sedición, asonada, proselitismo armado y enriquecimiento ilícito. En 1990, el Estatuto para la Defensa de la Justicia les agregó más facultades relacionadas con los delitos de secuestro, concierto para cometerlo, extorsión, porte de armas, formación de escuadrones de justicia privada y otros adicionales⁷³. Paralelamente, se crearon las salas especiales de juzgamiento para conocer en segunda instancia los delitos atribuidos a los jueces de orden público. Estas salas fueron reemplazadas tres meses después de su creación por el Tribunal Superior de Orden Público, con jurisdicción nacional y sede en Bogotá (Decretos 181 y 474 de 1988)⁷⁴.

Finalmente, el tercer periodo acontece entre la promulgación de la Constitución de 1991, durante el gobierno de César Gaviria, y el primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006)⁷⁵. Durante este periodo se limita normativamente el estado de excepción a situaciones graves y excepcionales, estableciendo un baremo estricto de temporalidad para su concesión, y restringiendo además las facultades presidenciales en materia de suspensión o limitación de los derechos fundamentales. No obstante, es un período de abuso del estado de excepción y el periodo de máxima expansión del derecho penal de excepción, cuyo máximo icono será la justicia sin rostro, y de desarrollo de la política de sometimiento a la justicia que benefició a los grandes capos del narcotráfico.

Durante el gobierno de César Gaviria se promulgó la Constitución de 1991 que consagró una carta de derechos y libertades públicas propias del constitucionalismo social de la segunda posguerra mundial, pero que a su vez permitió la consolidación de toda la legislación de excepción que había sido expedida durante la década inmediatamente anterior.

En efecto, tras la aprobación del texto constitucional, el llamado “Congresito”, órgano legislativo temporal que sesionó por 4 meses, aprovechó el artículo 8 transitorio de la nueva Constitución para convertir en legislación permanente una parte importante de la legislación de excepción. Como recuerda García, de los 237

⁷² Nemogá, ob. cit., p. 56.

⁷³ Pérez Toro, William Fredy, Alba Lucía Vanegas Yepes y Carlos Mario Álvarez Martínez, *Estado de derecho penal y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, 1997, pp. 140-41.

⁷⁴ Pérez, Vanegas y Álvarez, ob. cit., pp. 141-42.

⁷⁵ García y Uprimny, ob. cit., pp. 541-43.

decretos aprobados entre 1984 y 1991, 45 fueron convertidos en leyes permanentes (es decir, el 18,9 por ciento)⁷⁶. Así, por ejemplo, a través del Decreto legislativo 2271 de 1991, se convirtió en legislación permanente el artículo 1 del Decreto 1199 de 1987 que, como se estableció, concedía beneficios por colaboración para delatores y soplones.

Durante la administración de Gaviria se va a producir una nueva legislación de corte antiterrorista inspirada en las legislaciones más reaccionarias de Europa, las cuales se habían expedido para enfrentar principalmente las expresiones del terrorismo y de las mafias de la droga. Para ello, el gobierno nacional creó comisiones de analistas de legislación comparada inspirándose en las normas antiterroristas de Italia, España, Reino Unido, Francia y Alemania⁷⁷.

En cuanto a sus características, puede decirse que este derecho penal de emergencia:

a) se funda en un hecho nuevo, pretendidamente nuevo o extraordinario de violencia; b) la opinión pública reclama una solución a los problemas generados por tal hecho; c) la ley penal no resuelve el problema, pero tiene por objeto proporcionar a la opinión pública la sensación de que tiende a resolverlo o a reducirlo; d) adopta reglas que resultan diferentes de las tradicionales en el derecho penal liberal, sea porque lo modifican o porque crean un derecho penal especial sustantivo o procesal⁷⁸.

Así surgió el Estatuto para la Defensa de la Justicia, una versión “a la colombiana” de esta legislación importada de forma acrítica⁷⁹, que pretendía integrar de manera gradual el sistema penal de excepción con la justicia penal ordinaria para garantizar su permanencia. En consecuencia, integró la jurisdicción especializada en la jurisdicción de orden público, abarcando en su competencia todas las actividades criminales atribuidas a los narcotraficantes y otras formas de crimen organizado, al igual que los delitos de las guerrillas, los paramilitares y sus colaboradores,

⁷⁶ García, ob. cit., p. 335; Iturralde, ob. cit., p. 120; Aponte, ob. cit., pp. 378 y ss.

⁷⁷ Análisis detallados de los problemas que generó este tipo de legislación pueden verse en: Baratta, Alessandro y Michael Silvernagl, La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista, en *Doctrina Penal*, Año 8, Buenos Aires, Depalma, 1985; Baratta, Alessandro, Violencia social y legislación de emergencia en Europa. Una aproximación a la situación de Italia, en *Democracia y leyes antiterroristas en Europa*. Pamplona, Instituto de Promoción de Estudios Sociales, 1985; Ferrajoli, Luigi, ob. cit.; Serrano-Piedecabras, ob. cit.

⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 613-20.

⁷⁹ Sobre esta interpretación véase Martínez Sánchez, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995; Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998; Uprimny Yepes, Rodrigo, El “laboratorio” colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia, en García Villegas y De Sousa Santos, ob. cit.; Aponte, ob. cit., pp. 378 y ss; Iturralde, ob. cit., p. 120.

delitos perpetrados contra servidores públicos o por razones políticas, entre los más relevantes. Además, continuó con los parámetros del antiguo estatuto antiterrorista: restricción de derechos de los detenidos, justicia secreta y participación de las fuerzas armadas en la investigación de delitos en circunstancias excepcionales⁸⁰.

En este mismo gobierno se crea la política de sometimiento a la justicia para los narcotraficantes, la cual estuvo precedida de varios procesos de negociación con los grandes barones de la droga, proceso que permitió que algunos de ellos se entregaran. En términos generales este proceso presentó las siguientes características:

- a. Es posible identificar que en el proceso de desarticulación del narcotráfico a través de la entrega de beneficios jurídicos se presentaba una posición de desigualdad en relación con la capacidad de transacción de los actores, sólo que a diferencia de la negociación con las guerrillas, ésta se había invertido. En la mayoría de los casos, un Estado derrotado por la incapacidad de reducir militar o judicialmente a los narcos⁸¹ decidía negociar el sometimiento a la justicia de dichos actores. En este escenario se presenta una aparente paradoja por la noción de sometimiento, permitiendo una interpretación de los narcos como parte débil de la negociación. Sin embargo, más allá de la retórica, es claro que, más que someterse, los narcos impusieron las condiciones de su “salida” de la ilegalidad.

Un claro ejemplo de lo dicho anteriormente es el proceso de entrega y sometimiento a la justicia de Pablo Escobar. Luego de una negociación con el Gobierno nacional, Escobar decide entregarse a la justicia el 19 de junio de 1991, con el compromiso de recibir una rebaja considerable de penas y su no extradición a los Estados Unidos⁸², además de un sitio de reclusión especial, la tristemente célebre “Catedral”, cerca de Medellín. En esa cárcel de supuesta alta seguridad y estricta vigilancia, su principal recluso disfrutaba de las máximas comodidades a las que podía acceder la clase alta colombiana y, hasta donde se sabe, del máximo nivel de impunidad. Esta situación le permitió secuestrar, torturar y eliminar físicamente a varias personas que tenían problemas con el capo, en las propias instalaciones de la cárcel⁸³. Su aparente sometimiento a la justicia concluyó con una espectacular fuga el 22 de julio de 1992, la cual fue registrada por los distintos medios de comunicación del país. Estuvo recluido durante un año y un mes.

- b. En materia penal, el Estado le ofrece a los narcotraficantes la aplicación de los beneficios jurídicos de rebaja de penas en el marco de una justicia

⁸⁰ Iturralde, ob. cit., pp. 122-23.

⁸¹ Melo, ob. cit.

⁸² Ese mismo día, la Asamblea Nacional Constituyente decidió no incluir la extradición de nacionales en la nueva Constitución, con una votación de 51 constituyentes en contra y sólo 13 a favor. Al respecto véase: La Rotta, Santiago y Natalia Morales, *Los Pepes. Desde Pablo Escobar hasta Don Berna, Macaco y Don Mario*. Bogotá, Planeta, 2009, p. 19; López, ob. cit., p. 426.

⁸³ *Ibíd.*, p. 18.

penal de excepción fundada en el sometimiento y la colaboración con la justicia. Para ello, el Estado modificó (temporalmente en su concepción) las normas sustantivas y procesales, creando figuras penales de aceptación de la responsabilidad (*plea bargaining*) para garantizar la aplicación de los beneficios a los que deciden someterse⁸⁴. Los beneficios eran, entre otros: de garantía de no investigación ni acusación, libertad provisional, detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena, condena de ejecución condicional, libertad condicional, y sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social.

- c. Al igual que en el escenario anterior, la aplicación estricta de la justicia penal se flexibiliza con el fin de intentar reducir la violencia de los narcotraficantes y salir al paso a las presiones internacionales de los Estados Unidos y de los demás países que participaban en la lucha antidrogas.

Algunos de los instrumentos normativos que hicieron parte de esta política de sometimiento fueron los siguientes: el Decreto 180 de 1988, que introdujo la posibilidad de otorgar una rebaja de pena por colaboración con la justicia e incluso, de negociar la extinción de la acción penal (una suerte de aplicación del principio de oportunidad no reglado), cuando el hecho fuera de ejecución colectiva; el Decreto 2047 de 1990, pilar de esta política, por medio del cual se estableció el derecho a rebaja de la pena o a condena de ejecución condicional para las personas que comparecieran voluntariamente ante la justicia y confesaran de manera libre y espontánea cualquiera de los delitos de competencia de los jueces de orden público o especializados en que hubieran intervenido como autores o partícipes, siempre y cuando dicha confesión pudiera servir de base para dictar sentencia condenatoria (art. 1)⁸⁵; y finalmente, el Decreto 3030 de 1990 que consagró la posibilidad de aplicar rebajas de penas y la aplicación de subrogados penales para quien, estando en libertad, confesara y aportara prueba para dictar una sentencia condenatoria identificando bienes utilizados o producto de ilícitos relacionados con el narcotráfico. Sin embargo, la característica más relevante de este último decreto es que consagraba el compromiso del Gobierno nacional de no extraditar durante el periodo de la detención por ningún delito, confesado o no, salvo que los que se acogieran a estos mecanismos se fugaran o intentaran fugarse, se retractaran o la confesión fuera desvirtuada (art. 6)⁸⁶.

⁸⁴ Al respecto véase Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998; Martínez Sánchez, Mauricio, *Estado de derecho y política criminal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

⁸⁵ Este tipo de medidas fueron consideradas por Orozco como un “indulto venido a menos” desde el punto de vista de la criminalización de las conductas y de la disminución del tiempo de la privación de la libertad. Orozco, ob. cit., p. 293.

⁸⁶ García recuerda que esta normatividad fue negociada y acordada entre los abogados del cartel de Medellín y los agentes del gobierno de César Gaviria. García, ob. cit., pp. 297-98; López, ob. cit., p. 425.

La aplicación de esta normatividad permitió, por ejemplo, que los hermanos Ochoa, jefes de un cartel de Medellín, recibieran penas efectivas de aproximadamente 4 años, siendo ésta una sanción característica del resto de procesos adelantados durante su vigencia. Esto generó, en la opinión pública, la sensación de que se había creado una estrategia para “legalizar” a los grandes capos del narcotráfico luego de algunos años de prisión⁸⁷.

Con algunas dificultades, y en medio de la aparente participación de los abogados del Cartel de Cali en su diseño⁸⁸, esta política fue normalizada a través de una reforma al Código de Procedimiento Penal (Ley 81 de 1993), con la cual se introdujeron las figuras de sentencia anticipada y de audiencia especial en la justicia ordinaria. La sentencia anticipada (art. 37) consagraba la posibilidad de aceptar los cargos imputados por la Fiscalía con el fin de beneficiarse de una disminución de una tercera parte de la pena imponible, que luego haría parte de una sentencia proferida por un juez. Por su parte, la audiencia especial hacía referencia a la posibilidad que tenía el procesado de solicitar una audiencia de negociación con la Fiscalía –una especie de audiencia de preacuerdo y negociación de culpabilidad– acerca de la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando existiera duda probatoria sobre su existencia. El acuerdo alcanzado debía ser aprobado en su integridad por el juez, con especial observancia de los derechos del procesado.

Los efectos negativos que la aplicación de esta normatividad produjo en la justicia ordinaria son relatados por Nemogá, en los siguientes términos:

la normatividad que convirtió en permanente tales mecanismos, constituye la prueba más fehaciente de que la administración de justicia permanente era incapaz de llevar adelante la investigación y el juzgamiento de autores de hechos delictivos. Pretendiendo subsanar esta deficiencia, el Estado hace extensivo el canje de información y pruebas por rebajas de pena y subrogados penales, imprimiéndole un carácter mercantil a su función sancionatoria. Siendo incapaz de arribar a investigaciones concluyentes, las pruebas sobre la responsabilidad de los autores se buscan en delaciones conmutadas por rebajas de penas, dinero y otros beneficios⁸⁹.

En síntesis, puede afirmarse que esta tradición político criminal demuestra que la emergencia, como modelo de respuesta penal, indisolublemente ligada a la crisis, “no admite la posibilidad cierta de hablar de *un tiempo en el que no existía*

⁸⁷ Uprimny, ob. cit., p. 385.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Nemogá, ob. cit., pp. 59-60; Martínez, ob. cit., pp. 10-114.

la excepcionalidad), de un pasado esencialmente distinto, es decir de una *estado de normalidad*⁹⁰. Como pudo observarse, después de un período en el que los sucesivos gobiernos nacionales extendieron la utilización de la amnistía y el indulto como mecanismos para alcanzar el logro de una paz, los gobiernos siguientes construyeron y después normalizaron un régimen de justicia penal de emergencia que, por un lado, negociaba con los máximos capos del narcotráfico la reducción de sus condenas e incluso su no extradición a cambio de su información y entrega a la justicia y, por el otro, establecía un sistema de justicia secreto que endurecía las penas de forma draconiana y que permitió la violación de las garantías constitucionales de muchos procesados.

III. El pasado en presente: excepcionalidad política y pena alternativa en los procesos de la Ley de Justicia y Paz

Nuestro recorrido histórico se acerca ahora al tiempo presente y se focaliza en una nueva expresión del derecho penal de emergencia: la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz que, luego de cinco años de vigencia, empieza a mostrar signos de normalización y de permanencia en el tiempo.

Como se ha mencionado, el conflicto armado interno que sufre Colombia propicia una grave situación de violación de derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario por parte de los actores armados al margen de la ley y de un sector de servidores públicos obstinados en imponerse por la vía del ejercicio ilegítimo de la fuerza, alentados, quizás, por los beneficios particulares que les puede significar el ejercicio de la guerra⁹¹.

Masacres, desplazamientos forzados, violencia sexual, desapariciones forzadas y torturas son algunas de las conductas que registraron una frecuencia preocupante durante las tres últimas décadas, y que generaron alarma en la comunidad nacional e internacional por los escasos resultados de la administración de justicia y el alto riesgo de impunidad para los responsables de estos graves hechos de violencia. Esta situación ha motivado la condena al Estado colombiano en distintos escenarios internacionales y en reiteradas oportunidades⁹², exigiéndole una respuesta adecuada para enfrentar de una vez por todas el preocupante crecimiento de la violencia de los atentados a la dignidad humana en el territorio nacional.

Los últimos gobiernos intentaron solucionar el conflicto armado a través de diversas estrategias en relación con el poder político y militar de los grupos armados ilegales: durante la administración de Andrés Pastrana (1998-2002) se dio

⁹⁰ Pérez, Vanegas y Álvarez, ob. cit., p. 64.

⁹¹ El índice de homicidios por cien mil personas asciende a 39, según reconoce el propio gobierno nacional.

⁹² A título de ejemplo pueden citarse las condenas al Estado colombiano proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos Caballero Delgado y Santana (8 de diciembre de 1995), y Palmeras (6 de diciembre de 2001), y los reiterados informes sobre la situación de derechos humanos en Colombia del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

lugar a un proceso de negociación con las FARC que incluía una zona de distensión de 42.000 kilómetros cuadrados del territorio nacional⁹³, con el fin de avanzar en unos diálogos de paz que nunca pudieron concretarse, pero que sí permitieron la consolidación táctica y militar de esa guerrilla durante algún tiempo. En cuanto a los grupos paramilitares, el gobierno mantuvo un discurso público de persecución a estos, sin mayores resultados militares. Por su parte, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), influenciado por el fracaso del gobierno anterior con las FARC, y respaldado por un importante sector de la sociedad, invirtió el esquema del gobierno anterior, impulsando una persecución militar sin precedentes a las FARC en todo el territorio nacional, y promoviendo un proceso de negociación con los grupos paramilitares.

En efecto, dos meses después de su posesión como presidente constitucional (octubre de 2002) Uribe estableció un proceso de paz con los miembros de grupos paramilitares, aglomerados en una federación artificial denominada Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)⁹⁴. Luego de varios meses de discusión a puerta cerrada en una zona de concentración habilitada para los diálogos, se logró la firma del acuerdo de Santa Fe de Ralito⁹⁵, que según las estadísticas oficiales, permitió la realización de 39 ceremonias de desmovilización colectiva, la presentación de 31.671 personas y la entrega de 18.051 armas⁹⁶, en el periodo comprendido entre noviembre de 2003 y agosto de 2006⁹⁷. Este proceso estuvo marcado por múltiples

⁹³ López, ob. cit., p. 429.

⁹⁴ El origen de los grupos paramilitares (pretendidos “grupos de autodefensa” de derecha) puede ubicarse en la década de los setenta, a través de la conjunción de múltiples factores políticos, económicos y sociales del orden regional y nacional. Sin embargo, puede afirmarse que su nacimiento está relacionado principalmente con 1) una respuesta contrainsurgente del Estado colombiano, y 2) una respuesta del narcotráfico frente al auge de los movimientos guerrilleros. En cuanto al primer punto, a través del Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965 “Por el cual se organiza la defensa nacional”, convertido en legislación permanente en 1968 mediante la Ley 48 de 1968, los “grupos de autodefensa” se conformaron al amparo de estas normas, con el patrocinio de la Fuerza Pública. En su artículo 33, parágrafo 3, el decreto indicaba que “el Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Por su parte, en lo tocante al segundo aspecto, es de triste recordación el movimiento “MAS” (Muerte a Secuestradores), surgido el 2 de diciembre de 1981, a raíz del secuestro de Marta Nieves Ochoa, hermana de un conocido narcotraficante, por parte del M-19. A través del movimiento, 223 “jefes mafiosos” destinaban dos millones de pesos cada uno y 10 de sus mejores hombres para dar muerte a los secuestradores. La reconfiguración de dichos grupos a lo largo de la década de los noventa, producto de su maridaje con ganaderos, industriales, políticos y narcotraficantes, les permitió convertirse en un ejército de más de 30.000 hombres, financieramente sostenible y con el poder militar suficiente para controlar varios departamentos del país. Al respecto véase Medina Gallego, Carlos, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia*. Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990; Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Bogotá, Planeta, 2003.

⁹⁵ Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia, 15 de Julio de 2003, disponible en: http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/publicaciones/auc/AUC_TOMO_1_verificado_final.pdf.

⁹⁶ Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Presidencia de la República de Colombia. Avances en el Proceso de Justicia y Paz. Datos a febrero de 2010. Disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/index.asp>. (Visitada el 13 de marzo de 2010).

⁹⁷ Incluida la última ceremonia de desmovilización colectiva del Bloque Elmer Cárdenas.

crisis e improvisación, viciado por la falta de transparencia y deteriorado como resultado de acusaciones entre gobierno y paramilitares de traición sobre lo acordado en la mesa de negociación.

De todos los problemas que el Estado ha debido enfrentar en el proceso de reinserción social de los ex combatientes, las dificultades para resolver de forma definitiva la situación jurídica de los desmovilizados son quizás las más acuciantes. Esto se debe a la conjunción de varios factores: 1) la necesidad de otorgarle seguridad jurídica a los acuerdos alcanzados con los miembros representantes de los grupos paramilitares, quienes exigían del gobierno certeza acerca de los beneficios jurídicos que obtendrían a cambio de su desmovilización; 2) las enormes presiones políticas que el gobierno nacional tenía que enfrentar para evitar que el proceso de paz se deshiciera con el correr de los días, evitando un fracaso similar al del gobierno anterior con las FARC, y 3) la transformación del escenario jurídico internacional en el que Colombia se encontraba desde hacía varios años⁹⁸ y que tenía que ver con la progresiva consolidación de un consenso en el ámbito del derecho internacional acerca de la imperiosa necesidad de luchar contra la impunidad en casos de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y, como consecuencia de ello, impedir que los gobiernos de los países que experimentaban una transición política, concedieran amnistías e indultos a sus responsables, ya fueran estos agentes del Estado o grupos irregulares, ratificando la ilegitimidad e ilegalidad de las que se habían concedido en el pasado reciente (Argentina, Chile y Perú)⁹⁹.

En respuesta a este desafío, el gobierno de Uribe continuó con el esquema de beneficios jurídicos del gobierno anterior, y propuso un nuevo proyecto de ley para tratar los delitos atroces cometidos por los paramilitares.

Acogió el esquema de amnistías e indultos para los delitos políticos y conexos de la administración anterior (Ley 418 de 1997), lo modificó (Ley 782 de 2002) y prolongó su vigencia en el tiempo (Ley 1102 de 2006), con el fin de garantizar que la gran mayoría de los paramilitares desmovilizados durante el proceso de paz pudieran resolver de forma definitiva su situación frente a la justicia. Para tal efecto creó la Ley 782 de 2002 por medio de la cual se facultaba al gobierno nacional para solicitar y conceder dos tipos de beneficios jurídicos: 1) amnistía impropia¹⁰⁰ (resolución

⁹⁸ Para la fecha, Colombia había ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto del ámbito del sistema de Naciones Unidas como del sistema regional de la Organización de Estados Americanos; así como los principales instrumentos del derecho internacional humanitario, y finalmente había modificado la Constitución Política de 1991 (Acto Legislativo 2/2001) para adherirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En la sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional colombiana declaró la exequibilidad en el orden interno del Estatuto de Roma, y en la sentencia C-801 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la exequibilidad de las reglas de procedimiento y prueba y de los elementos de crímenes.

⁹⁹ En el ámbito de América Latina esta tendencia se consolidó a partir del caso *Barrios Altos vs. Perú* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una visión muy crítica sobre este consenso global puede verse en Orozco, ob. cit.

¹⁰⁰ Extinción de la acción penal o pretensión punitiva estatal a través de mecanismos procesales ordinarios. Al respecto véase García Ramírez, Sergio, Dos temas de la jurisprudencia interamericana:

inhibitoria, resolución de preclusión de la instrucción o resolución de cesación de procedimiento)¹⁰¹ a quienes confesaran y hubieren sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos políticos (rebelión, sedición, asonada, conspiración), o conexos (utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal, y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones), y no hubieren sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada, y 2) indulto¹⁰² a los nacionales que estuvieren siendo investigados o hayan sido condenados mediante sentencia ejecutoriada por hechos constitutivos de delitos políticos o conexos siempre y cuando la organización a la cual pertenecían haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. Igualmente, se estableció la posibilidad de que desmovilizados individuales pudieran recibir este beneficio cuando así lo solicitaran y hubieren demostrado su voluntad de reincorporación.

Otra característica importante de esta regulación es que consagró de forma explícita que no podían ser beneficiarios de amnistía ni de indulto quienes hubieran realizado conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión¹⁰³.

La existencia de esta limitante ya había sido advertida por los miembros representantes de los grupos paramilitares en la mesa de negociación de Santa Fe de Ralito, quienes exigían mayores incentivos y garantías jurídicas para su desmovilización y la de sus hombres. Como consecuencia de ello, y ante la necesidad de contar con un marco jurídico que permitiera resolver definitivamente la situación jurídica de miembros de estos grupos responsables de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, el gobierno nacional decide presentar al Congreso un proyecto de ley denominado de “alternatividad penal”, por medio del cual “se proponía alcanzar la paz mediante el otorgamiento de ciertos beneficios jurídicos extraordinarios para aquellos individuos o grupos, excluidos de la Ley 782, que manifestaran su decisión de reincorporarse a la vida civil dentro de un marco de negociaciones con el Gobierno colombiano”¹⁰⁴.

De una manera sorprendente, e instrumentalizando el discurso de la justicia restaurativa y del fracaso de los fines de la pena privativa de la libertad, el proyecto ofrecía un serie de penas alternativas a la pena de prisión: a) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas; b) la inhabilitación para el acceso a cargos de elección popular; c) la prohibición del derecho a la tenencia o porte de armas; d) la prohibición del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos; e) la

“proyecto de vida” y amnistía, en *Estudios Jurídicos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

¹⁰¹ Artículo 24, que modifica el artículo 60 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999.

¹⁰² Artículo 19, que modifica el artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Palau van Hissenhoven, Nicolás, *Trámite de la Ley de Justicia y Paz. Elementos para el control ciudadano al ejercicio del poder político*. Bogotá, Fundación Social, 2006, p. 23.

expulsión del territorio nacional para los extranjeros; f) la prohibición de aproximarse a las víctimas o comunicarse con ellas, y g) la restricción geográfica de la libertad¹⁰⁵. Esta propuesta, en términos prácticos, convertía en penas principales aquellas que el Código Penal (Ley 599 de 200) ya consideraba como penas accesorias a la pena privativa de la libertad, hecho que motivó su rechazo por distintos sectores del sistema político y de la sociedad colombiana, que veían en el proyecto un mecanismo para concesión de una nueva amnistía velada a los paramilitares¹⁰⁶.

Luego de un debate público muy polarizado que contó con una presencia constante de la comunidad internacional¹⁰⁷, y en el que se examinaron varias propuestas de marco normativo¹⁰⁸, el 25 de julio de 2005, se promulgó la Ley 975, instrumento que consolidó los ofrecimientos del gobierno nacional a los paramilitares que estaban en la mesa de negociación. Los principales rasgos técnicos de este nuevo marco normativo son los siguientes:

1. Su incentivo jurídico principal es el beneficio de alternatividad, que consiste en la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria y, en su lugar, la aplicación de una pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años de privación de la libertad, a cambio de la confesión completa y veraz de todos los delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado al margen de la ley. El otorgamiento de este beneficio depende directamente del cumplimiento de ciertos requisitos de elegibilidad establecidos en la ley tanto para los desmovilizados colectivos¹⁰⁹ como para los individuales¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ El recorrido del trámite legislativo de este proyecto puede verse en detalle en Palau, ob. cit., pp. 23 y ss.

¹⁰⁷ En especial, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos y el gobierno de Estados Unidos.

¹⁰⁸ Palau, ob. cit., pp. 101 y ss.

¹⁰⁹ Congreso de Colombia, Ley 975 de 2005, Diario Oficial 45.980, 25 de julio de 2005. El artículo 10 de la Ley de Justicia y Paz señala lo siguiente:

Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones.

^{10.1} Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

^{10.2} Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

^{10.3} Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

^{10.4} Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

^{10.5} Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

^{10.6} Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

¹¹⁰ Ley 975 de 2005, ibíd., art. 11.

2. En su estructura, la llamada Ley de Justicia y Paz establece un procedimiento judicial penal que se organiza en torno a la investigación que la Fiscalía General de la Nación adelanta con respecto a todos los delitos cometidos por el desmovilizado. Los posibles beneficiarios de la pena alternativa deben ser postulados por el Ministerio del Interior y de Justicia ante la Fiscalía General de la Nación. Una vez la persona ha sido postulada deberá confesar, de forma completa y veraz, todos los delitos en los que incurrió en una diligencia especial (versión libre). Posteriormente, tales delitos le serán comunicados en la audiencia de imputación y deberá aceptarlos en la diligencia de formulación de cargos que la Fiscalía adelantará ante el magistrado de control de garantías. La aceptación de los cargos será controlada por los magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, quienes verificarán que ésta haya sido libre, voluntaria, espontánea y asistida por un abogado, que los delitos hayan sido correctamente imputados en relación con los hechos, y que las víctimas de los hechos fueron correctamente representadas a lo largo del procedimiento judicial. Posteriormente, se realizará un incidente de reparación donde se presentarán las pretensiones de reparación de los daños sufridos por las víctimas y se buscará una conciliación entre víctima y victimario; si ésta fracasa, la Sala de Justicia y Paz ordenará las pruebas que considere necesarias y concederá las reparaciones. Finalmente, el tribunal proferirá la sentencia contra el desmovilizado en la que incluirá las penas principales y accesorias adjudicables al postulado, el monto de la pena alternativa, los compromisos de comportamiento y las obligaciones de reparación en cabeza del desmovilizado¹¹¹.
3. Su carácter temporal y excepcional como mecanismo de justicia fue establecido de manera clara en el texto normativo: en su artículo 72 se advierte que esta normatividad se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia (25 de julio de 2005). Se excluyen los delitos cometidos con posterioridad a esta fecha.

Un análisis detallado de su estructura permite advertir que la Ley de Justicia y Paz incorporó explícitamente el lenguaje y los mecanismos de la justicia transicional.

Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

^{11.1} Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

^{11.2} Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

^{11.3} Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

^{11.4} Que cese toda actividad ilícita.

^{11.5} Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima.

^{11.6} Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

Solamente podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, las personas cuyos nombres e identidades presente el Gobierno Nacional ante la Fiscalía General de la Nación.

¹¹¹ Ley 975 de 2005, ibíd, art. 16 al 28.

Por ejemplo, el examen de los objetivos manifiestos ilustra este hecho: “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”, “garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en la búsqueda de la paz y la reconciliación nacional” y “facilitar los acuerdos humanitarios”. Estas declaraciones se hacen a pesar de que la continuidad de las hostilidades del conflicto armado no permite hablar de una situación de transición política o posconflicto (sin importar lo que ello signifique en abstracto)¹¹².

Por otro lado, el lenguaje de la excepcionalidad de este marco jurídico ha sido apropiado por todos los operadores de Justicia y Paz¹¹³ y sirve de argumento principal en las discusiones técnicas sobre el alcance de las disposiciones de la ley, especialmente la tensión entre los valores de la justicia y la paz, incluso para extender de manera inadecuada su ámbito de aplicación y el alcance de sus normas.

Por otra parte, es inevitable advertir, en el diseño de este incentivo penal, una línea de continuidad entre la pena alternativa y los mecanismos judiciales del derecho penal de excepción de las dos décadas anteriores: confesiones y aceptaciones de responsabilidad a cambio de reducciones en el monto de la pena. Incluso los beneficiarios parecen ser los mismos: los narcotraficantes y terroristas de los años ochenta y noventa, y los paramilitares de estos mismos años y la primera década del siglo XXI (*vid supra* negociando y persiguiendo a los narcos)¹¹⁴. No obstante lo anterior, es necesario reconocer que este incentivo también fue influenciado por la experiencia de otros procesos de transición política, particularmente de Sudáfrica, que ya habían intentado este tipo de mecanismo de amnistías o penas reducidas a cambio de verdad¹¹⁵, en la mayoría de los casos, con resultados ambiguos¹¹⁶.

Luego de cinco años de aplicación de la Ley de Justicia y Paz en Colombia existe un fuerte debate nacional sobre los logros y los fracasos alcanzados por

¹¹² Uprimny Yepes, Rodrigo (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2006.

¹¹³ Un ejemplo puede verse en las palabras de la Corte Constitucional colombiana:

(la justicia de transición es) 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 de 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 período 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.

Corte Constitucional, Sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, Expediente D-6032.

¹¹⁴ En un sentido similar, véase Iturralde, ob. cit., p. 284.

¹¹⁵ Kenya, Nepal, Indonesia, Timor Leste y Uganda son citados como otros ejemplos de este tipo de modelo. Véase el capítulo de Howard Varney en este volumen: Justicia transicional, justicia penal y excepcionalismo en Sudáfrica.

¹¹⁶ Sin lugar a dudas puede afirmarse que, en la discusión colombiana, el modelo sudafricano de incentivos para alcanzar la verdad que promovió la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (TRC) ha sido endiosado, entre otras razones, por la falta de conocimiento acerca de sus limitaciones y fracasos. En detalle sobre esta experiencia véase el capítulo de Howard Varney en este volumen.

ese marco normativo. Este oscila entre el reconocimiento del éxito de esta inédita experiencia de justicia transicional en medio del conflicto y la decepción por sus pobres avances en relación con la satisfacción de los derechos de las víctimas¹¹⁷. En cuanto a las estadísticas, la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, principal agente del proceso hasta este momento, cuenta con un registro de 280.420 víctimas de hechos atribuibles a los grupos armados al margen de la ley. Asimismo, el gobierno nacional ha postulado un total de 3.957 personas¹¹⁸. En cuanto a la información derivada del procedimiento, puede decirse que hasta la fecha se registra un total de 273.779 hechos atribuidos a los desmovilizados. Se han iniciado 1.952 versiones libres, de las cuales han terminado 1.226¹¹⁹; otras 726 están en curso y se han programado 48 diligencias más. Actualmente hay 165 postulados que cuentan con formulación de imputación, a los cuales se les ha imputado un total de 9.422 conductas delictivas. Por otra parte, a 73 postulados se les han formulado cargos, acusándolos de haber cometido 4.471 conductas¹²⁰. La Sala de Conocimiento de Justicia y Paz solamente ha proferido una sentencia condenatoria, contra Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, la cual fue anulada por la Corte Suprema de Justicia como consecuencia de fallas insubsanables en el procedimiento.

Estos años de ensayo y error no han sido suficientes, como era predecible, para investigar, juzgar y sancionar toda la violencia paramilitar cometida en las últimas décadas. Como ya es acostumbrado en nuestro sistema de administración de justicia, el eterno retorno de las políticas de normalización de los regímenes de excepción parece advertirse a través de dos señales inequívocas, derivadas ambas de la implementación de esta ley: la extensión ilegítima del ámbito temporal de aplicación de la Ley 975 y la reforma al principio de oportunidad para beneficiar a los miembros de grupos armados al margen de la ley. Esta primera señal tiene su origen en un dilema de carácter práctico surgido de la forma como sucedieron las desmovilizaciones colectivas de los grupos paramilitares. Como se recordará, el proceso de negociación tenía como precondition la garantía de un marco jurídico estable que amparara la desmovilización de los máximos comandantes y sus estructuras armadas. Dicho marco –la Ley 975

¹¹⁷ Un solo ejemplo puede verse en los ensayos de Pizarro, Eduardo, *Reparar el bote en alta mar, y de Valencia, León, Ni justicia ni Paz*, publicados en el libro *Justicia y paz. Cara y sello*. Bogotá, Semana y Norma, 2009.

¹¹⁸ Distribuidos así: 3.729 miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), y 228 miembros de grupos subversivos.

¹¹⁹ Esta cifra, aunque es oficial, conduce a varios equívocos. Por la naturaleza de la presentación de la información de la Fiscalía General de la Nación es difícil saber si solamente se cuentan el número de postulados que han iniciado la versión libre, o si por el contrario, lo que parece más viable, es que refleje el número de veces que los fiscales han iniciado esta diligencia, con independencia de que se trate de un mismo postulado o no. Adicionalmente, parece incluir el número de veces que se inició la diligencia pero que no pudo continuar porque el postulado no ratificó su decisión de someterse voluntariamente al proceso penal de la Ley 975.

¹²⁰ Matriz del Comité Interinstitucional de Justicia y Paz, 31 de diciembre de 2009. En materia de desaparición forzada de personas investigada en Justicia y Paz, la Fiscalía reporta un total de 2.388 fosas comunes encontradas, 2.901 cadáveres encontrados, 606 cadáveres con identificación preliminar, 900 cadáveres con identidad plena, y 786 cuerpos entregados a sus familiares.

de 2005— estableció en su artículo 72, que solamente cobijaría los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, es decir, antes del 25 de julio de 2005.

En condiciones normales, esta regla de temporalidad no tendría mayor inconveniente, ya que es usual en la técnica legislativa incorporar este tipo de normas. Incluso durante su trámite en el Congreso, el propio gobierno reconoció la necesidad de enviar un mensaje a los paramilitares en el sentido de que a partir de la fecha de promulgación de la ley, estos no podían volver a delinquir, so pena de quedar por fuera de sus efectos¹²¹. Así se expresó el antiguo ministro del Interior y de Justicia Sabas Pretelt de la Vega durante el debate parlamentario de este tema:

[...] no se puede dejar abierta la vigencia de esta ley o la aplicación de esta ley hacia el futuro sin poner una fecha cierta por lo que yo mencionaba, todas las personas que deseen cometer los delitos más espantosos contra la humanidad, delito de lesa humanidad los cometerían con la tranquilidad de que los vamos a llevar a una pena alternativa, deben entender que hasta aquí la sociedad estableció una meta. Estableció una línea, tienen plazo para reconsiderar su posición hasta el mes de mayo o junio cuando ustedes den la aprobación final¹²².

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, su carácter problemático se deriva de una realidad incontestable: un número importante de estructuras paramilitares continuaron su actividad criminal hasta la fecha de su desmovilización, la cual se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz¹²³. De este modo, las conductas cometidas por los desmovilizados después de la entrada en vigencia de la ley y hasta la fecha de la desmovilización no serían susceptibles de ser amparadas por el beneficio de pena alternativa, debiendo ser juzgadas por la justicia ordinaria. En idéntico sentido, las víctimas de esos hechos no podrían reivindicar su reparación dentro de Justicia y Paz, debiendo canalizar sus reclamos ante los jueces ordinarios o el mecanismo de indemnización solidaria ofrecido en el marco del Decreto 1290 de 2008.

¹²¹ *Gaceta del Congreso*, 43, Bogotá, Imprenta Nacional, 11 de febrero de 2005.

¹²² *Gaceta del Congreso*, 356, Bogotá, Imprenta Nacional, 13 de junio de 2005.

¹²³ De acuerdo con la información del Alto Comisionado para la Paz, los desmovilizados que se encontrarían en esa situación corresponden a las siguientes estructuras paramilitares: Bloque Libertadores del Sur, Bloque Héroes de Granada, Autodefensas Campesinas de Meta y Vichada, Bloque Pacífico, Bloque Centauros, Bloque Noroccidente Antioqueño, Frente Vichada del Bloque Central Bolívar, Bloque Tolima, Frentes Nordeste Antioqueño, Bajo Cauca y Magdalena Medio, Frente Mártires de Guática, Bloque Vencedores de Arauca, Bloque Mineros, Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá, Bloque Central Bolívar - Santa Rosa del Sur, Frente Resistencia Tayrona, Autodefensas Campesinas de Magdalena Medio, Frentes Próceres del Caguán, Héroes de los Andaquíes y Héroes de Florencia, Frente Sur del Putumayo, Frente Julio Peinado Becerra, Bloque Norte (El Copey - Chimila), Bloque Norte (La Mesa - Valledupar), Frentes Héroes del Llano y Héroes del Guaviare, Frente Costanero, Frentes Pavarandó y Dabeiba, y Frente Norte Medio Salaquí. Al respecto véase Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Proceso de Paz con las Autodefensas*. Informe Ejecutivo. Bogotá, Presidencia de la República, 2006, p. 99, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/libro/Libro.pdf>.

Este asunto ha generado varios problemas prácticos: algunos desmovilizados que estaban cumpliendo con el mandato de confesar de manera completa y veraz todos los hechos delictivos en los que participaron, por falta de información clara o asesoría legal incorrecta se autoincriminaron confesando hechos no cobijados por Justicia y Paz. Esto en el entendido de que, siguiendo la lógica del procedimiento, el postulado había renunciado a la garantía procesal de no autoincriminación de forma voluntaria y, en consecuencia, estaba obligado a entregar una confesión sin límites temporales. Teniendo en cuenta la vocación probatoria que tiene la confesión con respecto a otros procesos adelantados por la justicia ordinaria, estos desmovilizados manifestaron su preocupación por las consecuencias que les acarrearían en el futuro dichas aceptaciones de responsabilidad.

Como efecto de lo anterior, otros paramilitares decidieron “controlar” su aceptación de responsabilidad, evitando autoincriminarse en conductas cometidas con posterioridad al 25 de julio de 2005¹²⁴, afectando de este modo su compromiso de colaborar con la justicia de forma eficaz, e imposibilitando la materialización del derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad en general a través de estos procesos judiciales. Por otra parte, empezaron a presionar a los operadores judiciales y al gobierno nacional con el fin de que se incluyeran todas las conductas delictivas en las que habían incurrido, amenazando con retirarse del proceso y suspender su participación en las diligencias judiciales.

Es clara, entonces, la situación que generó el establecimiento de un lapso flexible para las desmovilizaciones y un plazo perentorio para la ley: obligar –aparentemente– al desmovilizado a autoincriminarse, sin entregar ningún beneficio jurídico a cambio de su verdad, o permitirle que mintiera para que pudiera ejercer su derecho a la no autoincriminación. En realidad es imposible que el sistema jurídico obligue a cualquier persona a autoincriminarse, máxime si como en el caso presente, aún se encuentra amparado por la presunción de inocencia, a pesar de haber aceptado su responsabilidad en algunos hechos puntuales, y su sometimiento a la justicia fue estrictamente voluntario.

La compleja situación fue objeto de análisis por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual ratificó que los hechos cobijados por la alternatividad penal deben haber tenido ocurrencia antes del 25 de julio de 2005, so pena de quedar excluidos, insistiendo además en que:

la reconciliación entre los colombianos, la reincorporación a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley y la convivencia pacífica, en tanto derecho y deber de obligatorio cumplimiento para todos, no son logros

¹²⁴ Al respecto véase Amaya Martínez Clark, Mauricio, Temporalidad de la Ley 975 de 2005 y los delitos susceptibles de alternatividad penal, en Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto (comp.), *El proceso penal de justicia y paz desde la intervención del Ministerio Público*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, pp. 129 y 130, disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>.

realizables a cualquier costo, pues pretender que las condiciones del proceso de Justicia y Paz las fije el desmovilizado bajo el chantaje de la renuncia masiva a la justicia transicional o el rechazo a futuras desmovilizaciones entraña una claudicación intolerable de la justicia frente a quienes desconocieron la dignidad humana, demostraron que la imaginación del hombre no tiene límites a la hora de infligir dolor a sus semejantes y sumieron el país en un baño de sangre del que aún no se repone¹²⁵.

A pesar de la contundencia de la decisión de la Corte, el gobierno nacional presentó el Proyecto de Ley 288 de 2009 por medio del cual busca modificar el artículo 72 de la Ley 975 relativo a la vigencia, así: “el procedimiento y los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005 se aplicarán únicamente a hechos delictivos ocurridos con anterioridad a la fecha de la desmovilización del respectivo miembro del grupo armado organizado”¹²⁶.

De acuerdo con la posición actual del Ejecutivo, el límite temporal dispuesto inicialmente en la ley pone un obstáculo a la materialización de un valor fundamental de la sociedad, de una prioridad del gobierno y de una finalidad mediata de la Ley 975 de 2005: la realización de la paz. Por otro lado, advierte ahora que la concepción político-jurídica global e integral de la ley es incompatible con un límite temporal de aplicación, teniendo en cuenta que aún subsisten grupos armados organizados al margen de la ley que no han demostrado una voluntad colectiva de desarme y desmovilización, pero sí han presentado desmovilizaciones individuales de integrantes de base con importante información para contribuir a su desmantelamiento o de mandos medios cuya deserción ha minado la moral del grupo y ha contribuido de forma esencial a la prevención de importantes atentados contra bienes y personas¹²⁷.

Como es posible advertir, esta decisión gubernamental, que va en perfecta contravía de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, rompe la lógica del incentivo penal con el que fue diseñada esta ley, aparentemente temporal y transicional. En efecto, la ruptura del límite de vigencia de esta normatividad pulveriza las garantías de seriedad que el Estado colombiano debería exigir de los miembros de grupos armados al margen de la ley y de su voluntad de desmovilización efectiva, mostrando un rostro de debilidad imperdonable frente a la criminalidad organizada que agobia al país, y desdibujando aún más esta política de sometimiento a la

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 24 de febrero de 2009, radicado 30999, M. P. Alfredo Gómez Quintero, publicado en Corte Suprema de Justicia, *El proceso penal de justicia y paz. Compilación de autos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, p. 102, disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>.

¹²⁶ Proyecto de Ley 288 de 2009, autor: Ministro del Interior y de Justicia, Fabio Valencia Cossio. Ponente: Senador Juan Carlos Vélez Uribe. Proyecto radicado el 2 de abril de 2009 (publicado en la Gaceta 189 de 2009 del 3 de abril de 2009).

¹²⁷ Ídem.

justicia, ya de por sí bastante laxa y poco clara. Esto ratifica que “en democracias débiles, donde la administración de sanciones y castigos puede provocar agudos dilemas sobre el estado de derecho, las contradicciones generadas por el uso de la ley pueden volverse demasiado grandes”¹²⁸.

Por otra parte, crea un incentivo perverso para que los integrantes de los grupos organizados al margen de la ley continúen delinquiendo, hasta el momento en el cual decidan desmovilizarse, limpiar sus carreras delictivas y gozar de la pena alternativa. Esta iniciativa de modificación, a un régimen que debió ser temporal sin miramientos de ningún tipo, promueve entonces una “patente de corso” judicial a favor de los criminales de guerra y de lesa humanidad del país, que toma las características de un verdadero derecho penal para el amigo¹²⁹, de un derecho penal diseñado a la talla del delincuente.

Igualmente, envía a la sociedad un mensaje de incertidumbre e impunidad sobre los graves crímenes cometidos por estos grupos, ahondando más la desconfianza en las instituciones en general, y en el sistema de justicia penal en particular. Abre así las puertas a la normalización de un régimen penal transicional que debería ser temporal por su propia concepción.

La segunda señal advierte acerca de una modificación del régimen penal ordinario de carácter permanente con el fin de permitir la aplicación del principio de oportunidad a más de 19.000 paramilitares desmovilizados, sin una investigación judicial previa y rigurosa de sus historiales delictivos.

Como en el caso anterior, este asunto tuvo su origen en la aplicación dinámica de la Ley de Justicia y Paz. En su versión original la Ley 975 adicionó un nuevo inciso al tipo penal de sedición del Código Penal del 2000 (art. 468)¹³⁰, por medio del cual se establecía que también incurrían en el delito de sedición quienes conformaran o hicieran parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiriera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal.

Con esta modificación normativa el gobierno nacional pretendía equiparar a delito político la conducta de concierto para delinquir agravado (inciso 2 del artículo 340 del Código Penal), en la que incurrían los grupos paramilitares, con el fin de permitirles el acceso a los beneficios de amnistía impropia e indulto consagrados en la Ley 782 de 2002 y por contera, evitar su extradición¹³¹.

¹²⁸ Teitel, Ruti, Genealogía de la justicia transicional, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, p. 9.

¹²⁹ Poveda Perdomo, Alberto, *Derecho penal para el amigo*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010.

¹³⁰ Código Penal, Ley 599 de 2000: “Artículo 468. Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹³¹ Como se ha visto en la sección anterior, la extradición ha sido uno de los temas álgidos en las negociaciones con los narcotraficantes y demás grupos armados al margen de la ley. Luego de su restablecimiento en 1997, la Constitución la prohibió para los delitos políticos. Esta también ha sido una de las preocupaciones de los paramilitares, como puede verse en las palabras que Iván Roberto

El artículo 71 de la ley fue demandado ante la Corte Constitucional, tribunal que lo declaró inexecutable por vicios de procedimiento en su trámite legislativo debido a que no se trató conforme a la Constitución y a la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso de la República)¹³². Como consecuencia de lo anterior, el gobierno nacional debió suspender los trámites para el otorgamiento de los beneficios de amnistía e indulto, y resurgió de nuevo la opción jurídica de extraditar a los paramilitares pedidos por otros países, en especial por Estados Unidos, que por un espacio de tiempo pareció estar en discusión.

A pesar de lo anterior, algunos desmovilizados plantearon incidentes ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de que ese alto tribunal concediera la aplicación del artículo 71 por favorabilidad, durante el corto lapso en que dicha norma estuvo vigente en el sistema jurídico nacional. En respuesta a esta pretensión de los desmovilizados, el 11 de julio de 2007, la Corte Suprema produjo una decisión en la que estableció la imposibilidad de equiparar los delitos comunes con los delitos políticos, esto es, de identificar el concierto para delinquir de los paramilitares con el delito de sedición, cerrando para siempre las puertas para la aplicación de los beneficios de amnistía e indulto. Así se pronunció la Corte:

Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión¹³³.

Duque, alias “Ernesto Báez”, antiguo comandante político del Bloque Central Bolívar, entregó a un diario nacional: “ni un minuto en la cárcel, ni aquí ni en el extranjero”. Véase al respecto Iturralde, ob. cit., p. 284.

¹³² Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, ob. cit.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 11 de julio de 2007, radicado 26945, M. P. Yesid Ramírez Bastidas y Julio E. Socha Salamanca, publicado en: Corte Suprema de Justicia, ob. cit., pp. 429 y 430, disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>.

Esta decisión ponderada de la Corte fue recibida por el alto gobierno como un revés político y como un obstáculo prácticamente insalvable para continuar con el proceso con los paramilitares. En una reacción desesperada frente al fallo, el Alto Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo, publicó un documento que minimizaba los efectos de la decisión y reiteraba la posibilidad de aplicar la sedición a los paramilitares, anunciando un nuevo proyecto de ley para revivir la norma excluida¹³⁴. Luego de varios intentos fracasaron todas las iniciativas legislativas impulsadas por el gobierno que estaban destinadas a promover la aplicación del delito de sedición para los paramilitares desmovilizados.

Como respuesta a los intentos infructuosos por vía legislativa, un año más tarde, la Fiscalía General de la Nación expidió una resolución por medio de la cual reglamentaba la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley¹³⁵. A través de este instrumento normativo administrativo, que excedía en mucho las facultades reglamentarias del Fiscal General, y que contrariaba las reglas del Código de Procedimiento Penal, se facultaba a los fiscales delegados para la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados (art. 2), permitiéndoles suspender el procedimiento a prueba por el término de tres años, con el fin de que estos contribuyeran efectivamente a la consecución de la paz (art. 3). Al parecer, la propia Fiscalía abandonó la intención de utilizar esta figura, ante la debilidad de su fundamentación normativa.

Entre tanto, el gobierno nacional comenzó a promover un debate público acerca de la supuesta sin salida en la que se encontraban los desmovilizados que aparentemente no habían cometido crímenes atroces y, por tanto, no podían ser postulados a la Ley de Justicia y Paz, pero que tampoco podían ser beneficiarios de amnistía e indulto, describiendo su estado como un “limbo jurídico”, sin solución aparente. Y es que en realidad un acatamiento estricto de lo manifestado por la Corte Suprema implicaría someter a estos individuos a una estricta investigación previa por parte de

¹³⁴

Teniendo claro que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sólo aplica para el caso singular y aceptando su fallo en cuanto a la imposibilidad de aplicar la tipificación de delito político al concierto para delinquir agravado, se hace necesario reiterar que los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley de que trata el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 782 de 2002, prorrogada por la Ley 1106 de 2006, y el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 975 de 2005, pueden recibir los beneficios consignados en los artículos 19 y 24 de la Ley 782 de 2002, prorrogada por la Ley 1106 de 2006, así como los beneficios de que trata el artículo 69 de la Ley 975 de 2005. Al tramitar de nuevo ante el honorable Congreso de la República una modificación del artículo 468 del Código Penal se pretende dejar claro que incurrir en delito contra el régimen constitucional y legal los miembros de grupos de autodefensas que con su accionar interfieren de manera transitoria con el cabal cumplimiento de dicho orden.

Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Fundamentos Normativos de la aplicación del delito de sedición a las autodefensas*. Bogotá, Presidencia de la República, 2007, pp. 21 y 22, disponible en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/publicaciones/fundamentos%20normativos/Fundamento%20normativo.pdf>.

¹³⁵

Fiscalía General de la Nación, Resolución 6618 de 2008, 27 de octubre.

la justicia ordinaria o de Justicia y Paz, para poder precisar con claridad su verdadero grado de compromiso con el accionar delictivo de las estructuras paramilitares. Sin embargo, y hasta la fecha, no existe ninguna voluntad política de someter a estos desmovilizados a la justicia, promoviendo por el contrario que se asuma de manera tácita una presunción de derecho, casi incontestable, en relación con el no involucramiento de estos antiguos actores armados en los crímenes de guerra y de lesa humanidad que realizaron las estructuras armadas a las que pertenecían.

Según el Ejecutivo este “limbo” afectaba aproximadamente a 19.000 paramilitares. Dicha cifra se obtenía con un cálculo matemático simple: estaban registrados 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales solamente 10.749 desmovilizados fueron beneficiarios de amnistía impropia e indulto (34 por ciento)¹³⁶. Otros 3.538 fueron postulados al beneficio de pena alternativa de la Ley de Justicia y Paz por el gobierno nacional (11 por ciento). El restante 55 por ciento estaba conformado por 17.517 desmovilizados¹³⁷.

Para hacer frente a esta situación, el viceministro de Justicia, el Alto Comisionado para la Paz y el Fiscal General de la Nación, con el apoyo de varios representantes a la Cámara¹³⁸, promovieron un proyecto de reforma al principio de oportunidad previsto en el Código de Procedimiento Penal¹³⁹. Este proyecto dio lugar a la Ley 1312 de 2009 que consagró la posibilidad de aplicar esta figura a los desmovilizados en los siguientes términos:

Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

[...]

¹³⁶ El Ministerio Público apeló 205 resoluciones inhibitorias proferidas por la Fiscalía General de la Nación. Al respecto véase García Dueñas, Hernando Aníbal, Proceso de justicia y paz y principio de oportunidad, en Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto (comp.), *El proceso penal de justicia y paz desde la intervención del Ministerio Público*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010, pp. 129 y 130, disponible en: <http://www.ictj.org/es/news/pubs/index.html>.

¹³⁷ Cifras tomadas del “Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley No. 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008 Senado”.

¹³⁸ Nicolás Uribe Rueda, Germán A. Olano Becerra, Roy Barreras Montealegre, William Vélez Mesa, Heriberto Sanabria Astudillo y Odín Sánchez Montes de Oca. Dos de estos parlamentarios son investigados actualmente por la Corte Suprema de Justicia por sus aparentes vínculos con grupos paramilitares.

¹³⁹ Proyecto de Ley 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008 Senado “por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

Sobre esta nueva normalización de la excepcionalidad penal es necesario coincidir con Guerrero Peralta cuando afirma que el legislador no puede desconocer los contenidos del Estado de derecho en la realización de la administración de justicia penal, utilizando, por ejemplo, el principio de oportunidad para evitar la persecución de crímenes de lesa humanidad o de guerra, debido a las dificultades políticas que traería una ley de amnistía o indulto¹⁴⁰.

En el mismo sentido, y en el marco de los fines del Estado, debe insistirse en la obligatoriedad de los deberes de investigación, enjuiciamiento y sanción de todos los autores de graves violaciones de los derechos humanos, así como los relacionados con la garantía a las víctimas y a sus familiares de sus derechos a un recurso judicial efectivo, a la reparación y a la verdad. Dicho estándar debe materializarse, como lo reiteró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Rochela Vs. Colombia*, en una investigación completa de la criminalidad de sistema, analizando el tipo de la responsabilidad en el que pudieron incurrir todas las personas que participaron en su realización:

[...] es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, *son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción* de los responsables de estas graves violaciones¹⁴¹.

[...]

La Corte resalta que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye *la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades*. Dicha investigación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (énfasis agregado)¹⁴².

¹⁴⁰ Guerrero Peralta, Óscar Julián, *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, 2005, pp. 144 y 145.

¹⁴¹ Corte IDH, *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C n°. 108, párr. 84; *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n°. 101, párr. 276; y *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, n°. 75, párr. 41.

¹⁴² Corte IDH, *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C, n°. 163, párr. 194 y 195.

La información con la que cuenta hoy la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, la cual fue reseñada algunos párrafos arriba, muestra a las claras que todavía falta mucha investigación acerca de las responsabilidades reales de los 19.000 desmovilizados en la barbarie paramilitar, situación que no puede obviarse, como pretende la reforma legislativa, con una simple declaración del posible beneficiario. Por ello es oportuno advertir que, si la aplicación de esta figura no está precedida de una investigación judicial rigurosa del historial delictivo de los desmovilizados a los cuales pretende beneficiarse con la suspensión de los procedimientos, ésta puede convertirse en una forma encubierta de indultar crímenes graves y de promover la impunidad.

Sintetizando, las dos señales estudiadas muestran que la nueva política criminal de excepción del país ha venido para quedarse, cubierta ahora bajo el ropaje de mecanismos de justicia transicional, y sin que el escenario político de la guerra parezca alterarse en el corto plazo.

Para concluir, si bien nuestro recorrido histórico parece mostrar que este tipo de traslapes y de normalización de la legislación de excepción es particularmente propio de nuestro sistema jurídico, la experiencia comparada nos permite observar que otras naciones en transición, como Argentina y Sudáfrica, han vivido situaciones problemáticas similares y han debido regresar a la investigación oficiosa de los crímenes de lesa humanidad y al respeto del principio de legalidad.

En el caso argentino, la estrategia de judicialización a los integrantes de las tres juntas militares (1976-1983) que sometieron a ese país a uno de los peores periodos de criminalidad de Estado que haya conocido la historia, le sirve a Marchisio para identificar un caso paradigmático de aplicación pretoriana (judicial) del principio de oportunidad¹⁴³. Como se sabe, el 9 de octubre de 1984 la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal decidió abocar el conocimiento del proceso seguido contra los jefes de las juntas por un conjunto de numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales que, hasta esa fecha, estaba “investigando” el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. Motivados por la inestabilidad política del país, y ante la imposibilidad de juzgar todas las conductas cometidas por las fuerzas armadas durante el tiempo de la dictadura, la Fiscalía—en cabeza de Julio César Strassera y Luis Moreno Ocampo—decidió judicializar a los comandantes por una lista de 709 casos “que, en principio, serían representativos del accionar ordenado por los procesados a las tropas a su mando”¹⁴⁴. A pesar de que tanto la Fiscalía como los jueces de la Cámara eran conscientes de que este limitado número de casos no abarcaba la totalidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura, decidieron concederle su aval jurídico, llegando incluso, en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cerrar de forma definitiva la posibilidad de renovar la persecución penal contra los nueve acusados por los “hechos susceptibles de serles atribuidos en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas”¹⁴⁵.

¹⁴³ Marchisio, Adrián Omar, *Principio de oportunidad, ministerio público y política criminal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2008, pp. 115-23.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 118.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 122.

Como una lección más de que el pasado no perdona, fueron necesarios más de 20 años para que la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el 14 de junio de 2005, declarara la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final (23.492) y de Obediencia Debida (23.521) en el caso Simón (Poblete)¹⁴⁶, y amparara la reapertura de los juicios seguidos contra los jefes de las juntas y sus subordinados. Luego de la anulación de estas normas se ha juzgado a 73 personas, de las cuales 7 fueron absueltas y 66 fueron condenadas, incluyendo entre los condenados a Emilio Eduardo Massera y Jorge Rafael Videla, antiguos presidentes de las juntas¹⁴⁷.

El otro ejemplo en que se ve reflejada la tendencia en Colombia es una dimensión no tan conocida del caso de Sudáfrica. Como recuerda Varney, el 1 de diciembre de 2005, el Fiscal Nacional (NDPP) efectuó cambios en la política de persecución penal de ese país, con el fin de hacer uso de los mismos criterios de amnistía utilizados por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (TRC) a la hora de decidir si perseguía penalmente o no a los perpetradores involucrados en los crímenes del *apartheid*. Este hecho fue interpretado por las víctimas y los grupos de la sociedad civil como una extensión del régimen de amnistía de la TRC, bajo la apariencia de la discreción de persecución penal con la que cuenta la autoridad fiscal (*prosecutorial discretion*), un mecanismo procesal similar al principio de oportunidad¹⁴⁸. Los criterios se referían a si el perpetrador había revelado toda la verdad, su actitud hacia la reconciliación, el grado de adoctrinamiento al cual había sido sometido, una muestra de arrepentimiento y una voluntad de “respetar la Constitución”¹⁴⁹. El problema surgió por el marco temporal en el cual se extendían nuevamente los beneficios: años después del proceso de transición sudafricano.

En 2007, algunas víctimas de la policía de seguridad sudafricana y tres organizaciones de la sociedad civil interpusieron una acción de inconstitucionalidad frente a la medida. Durante el trámite, el arzobispo Desmond Tutu presentó una declaración jurada en la que afirmó que los intentos por parte del Estado para

¹⁴⁶ CSN, recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. —causa 17.768—, S. 1767. XXXVIII (14/6/2005). Este recurso tuvo su origen en la sentencia del 6 de marzo de 2001 del juez federal Gabriel Cavallo que declaró inválidas estas leyes.

¹⁴⁷ Procuración General de la Nación / Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las Causas por Violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante el Terrorismo de Estado, Informe sobre el estado de las causas por violaciones de los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar. Buenos Aires, el autor, diciembre de 2009, pp. 1 y 2, disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Docs/Estado_Causas_Diciembre_2009.pdf. Además, véase el listado de personas condenadas en: http://www.mpf.gov.ar/Accesos/DDHH/Docs/Lista_Condenados_Diciembre_2009.pdf.

¹⁴⁸ En los sistemas procesales penales anglosajones, la Fiscalía tiene un alto grado de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal que la faculta incluso para tomar la decisión de desestimar una persecución ya iniciada aun frente a una situación manifiesta de suficiencia probatoria para obtener una condena. En estos sistemas la disponibilidad de la acción penal es la regla por oposición a los sistemas de tradición continental europea que se rigen por el principio de legalidad y la obligatoriedad de acción penal pública. Al respecto véase Bovino, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón. Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005; Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 25.

¹⁴⁹ Véase el capítulo de Varney en este volumen.

promover la impunidad “representaban una traición a todos los que participaron de buena fe en el proceso de la TRC”.

En diciembre de 2008, el Tribunal Superior de Pretoria declaró que las enmiendas eran inconstitucionales y constituían “una receta para el conflicto y lo absurdo”, ratificando que cuando hay pruebas suficientes para llevar a cabo una acción judicial, la Fiscalía debe cumplir con su obligación constitucional: “los delitos no son investigados por las víctimas. Es responsabilidad de la policía y la Fiscalía garantizar que los casos sean debidamente investigados y procesados”¹⁵⁰.

Estas dos experiencias, disímiles entre sí, nos muestran que la necesidad de justicia de las víctimas y de la sociedad no se suspende ni se apacigua con el tiempo, y que por el contrario, la necesidad de judicializar las atrocidades del pasado de forma completa y acabada, evitando los atajos, es la manera correcta de avanzar hacia la reconciliación de las sociedades fracturadas por la violencia. Una lección, en definitiva, de que el pasado no perdona.

Conclusión: La excepción que confirma la regla –la permanencia de los regímenes penales excepcionales en Colombia

Las líneas históricas advertidas a lo largo del presente ensayo permiten concluir que en el sistema penal colombiano no hay nada más permanente que las medidas que los distintos gobiernos de los últimos cuarenta años adoptaron para conjurar supuestas emergencias temporales. Se verifica una perpetuidad hacia el pasado de una respuesta penal para la crisis que no parece evolucionar de la barbarie a la civilidad¹⁵¹, sino que involucre con el tiempo.

Desde los inicios de la consolidación de las instituciones republicanas, la tradición pactista del país se abrió paso a través de la creación de nuevas cartas constitucionales que plasmaban los anhelos de la unidad del país, y de la generación de innumerables instrumentos normativos que otorgaban amnistías e indultos para beneficiar a los antiguos combatientes. Esta línea de continuidad se manifestó hasta tiempos recientes en los que se concedieron beneficios jurídicos a los delincuentes políticos, llegando incluso a equiparar a la delincuencia del paramilitarismo con los actos propios de la sedición.

En todo este recorrido histórico se observó que el castigo a los responsables de actos de ferocidad y barbarie nunca estuvo en la agenda política nacional, a pesar de no haber sido cobijados dichos crímenes por beneficios jurídicos, fenómeno que se explica solamente por una intencional omisión de todos los actores involucrados en la rendición de cuentas sobre el pasado, que siempre apostaron por una perspectiva de paz, casi perpetua.

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Pérez, Vanegas y Álvarez, ob. cit., p. 64.

En idéntico sentido, los derechos de las víctimas tampoco fueron considerados en las negociaciones de los actores armados, profundizando el carácter precario de los acuerdos de paz que fueron alcanzados¹⁵².

Paralela a esta forma de pactar la paz para desarmar la guerra, se dio paso en la segunda mitad del siglo XX al uso indiscriminado del estado de sitio o de excepción, por medio del cual se instaló, de forma definitiva, un esquema de derecho penal de excepción que alteró para siempre el sistema de justicia penal nacional, pervirtiendo de manera desproporcionada el régimen de garantías constitucionales plasmado en las constituciones de 1886 y de 1991. Este régimen ya normalizado de excepción política y jurídica ha servido a lo largo de la historia como mecanismo de gobierno de la sociedad y de gestión diferencial de los ilegalismos¹⁵³ del conflicto social y político que padece el país.

Observando ahora el presente, es claro que la Ley de Justicia y Paz parece no escapar de ese carácter permanente de los regímenes penales excepcionales. En efecto, bajo el paradigma de un derecho penal de emergencia, que caracteriza en términos generales el funcionamiento empírico del aparato penal colombiano, el marco jurídico aplicable a los procesos de desmovilización y sometimiento de los grupos paramilitares abre grandes interrogantes en torno a la capacidad del sistema de justicia penal colombiano para tramitar un pasado de atrocidades masivas en un contexto no transicional de guerra interior que aún continúa. Por otra parte, y en una línea de continuidad histórica con la ya centenaria tradición de amnistías e indultos de Colombia¹⁵⁴, es claro que el citado marco normativo ha dado lugar a una refundación de la política de sometimiento a la justicia que, a lo largo de las décadas de los ochenta y noventa, se impuso como respuesta político criminal para lograr el sometimiento a la justicia de los grandes capos de los carteles del narcotráfico en Colombia, como Carlos Lehder, Pablo Escobar o los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, hoy, extraditados, juzgados y condenados por los poderes públicos de los Estados Unidos de América.

Finalmente, en este nuevo capítulo de las relaciones entre guerra, impunidad y sistema penal en Colombia que se lleva a cabo con la implementación de la Ley 975, es posible identificar a través de la propuesta de ampliación de su ámbito temporal, y la reforma al principio de oportunidad, que lejos de las intenciones de algunos de sus creadores, este régimen temporal de justicia transicional llegó para quedarse. Quizás tengamos que esperar otros veinte años más para darle un adiós definitivo.

¹⁵² En un sentido similar García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo, Sistema judicial y conflicto armado en Colombia, en García Villegas, Mauricio, Rodríguez Garavito, César A. y Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma, 2006, p. 260.

¹⁵³ En el sentido de Foucault, esta forma de penalidad ha permitido trazar límites de tolerancia; de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros; de excluir a una parte y hacer útil a otra; y de neutralizar a algunos actores para sacar provecho de otros. Foucault, ob. cit., p. 277.

¹⁵⁴ En un sentido similar, García Villegas, Mauricio, Tradición pactista y Ley de Justicia y Paz, en *Pensamiento jurídico, 17, Cometarios sobre la Ley de Justicia y Paz*, noviembre. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 298.

Capítulo 5

Justicia transicional, género y actores no estatales*

Fionnuala Ní Aoláin y Catherine O'Rourke

Hasta la fecha, las intervenciones feministas orientadas a moldear el ámbito y alcance de la justicia transicional se han concentrado en ampliar la gama, la variedad y el tipo de daños visibles en el proceso de transformación de la sociedad. Con este fin, se dio desde un principio prioridad a la activación de mecanismos internacionales de justicia y a la profundización de un tipo penal dentro del ordenamiento nacional para la violencia sexual en contextos de conflicto y represión social¹. Asimismo, la agenda feminista ha asignado importancia a la relación entre género y esclarecimiento de la verdad, amnistías y construcción de paz.

Recientes esfuerzos por crear programas de reparación a las víctimas han despertado conciencia sobre una serie de daños contra las mujeres que fueron ignorados por programas anteriores, incluyendo la incapacidad de reproducción o los costos de dar a luz hijos producto de una violación². Entre el universo de daños previstos en el ámbito de la justicia transicional se intenta incluir los no físicos, como la separación familiar y la desnudez forzada³.

Otro aspecto del análisis contemporáneo es la creciente atención que se da a la categoría de daños socioeconómicos y su impacto desproporcionado sobre las mujeres⁴. La crítica feminista se centra de manera sistemática en la tendencia de las categorías jurídicas a “privatizar” aquellos daños, es decir, a considerarlos apolíticos y no conexos con los actos de violencia política generalizada que son foco de las medidas de justicia transicional; por consiguiente, dejando por fuera de su

* Nota de los editores. En este texto los actores no estatales son entendidos, de cara al contexto colombiano, como los grupos armados al margen de la ley aunque en general el término pueda incluir a otro tipo de actores no necesariamente armados o ilegales.

¹ Véase Askin, Kelly Dawn, *War Crimes Against Women Prosecution in International War Crimes*. La Haya, Kluwer Law International, p. 997; Krill, Françoise, The Protection of Women in International Humanitarian Law, en *International Review of the Red Cross*, n.º 49, 1985, pp. 337-63.

² Rubio-Marín, Ruth, The Gender of Reparations in Transitional Societies, en Rubio-Marín, Ruth (ed.), *The Gender of Reparations: Unsettling Sexual Hierarchies While Redressing Human Rights Violations*. Cambridge University Press, 2009, p. 63; véase también Duggan, Colleen, Claudia Paz Bailey y Julie Guillerot, Reparations for Sexual and Reproductive Violence: Prospects for Achieving Gender Justice in Guatemala and Peru, en *International Journal for Transitional Justice*, vol. 2(2), 2008, pp. 200-01.

³ Ní Aoláin, Fionnuala, Sex-based Violence and the Holocaust—A Reevaluation of Harms and Rights in International Law, en *Yale Journal of Law & Feminism*, n.º. 12, 2000, pp. 43-84.

⁴ Chinkin, Christine, *The Protection of Economic, Social, and Cultural Rights Post-conflict*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, área de Derechos de las mujeres y género, 2008.

ámbito una amplia gama de daños que recaen de manera desproporcionada sobre las mujeres. Una de las contribuciones centrales del análisis feminista al tema ha sido la identificación de patrones de género para determinar cuáles daños han sido visibles a la justicia transicional y cuáles han quedado por fuera de este ámbito.

En contraste, las intervenciones feministas han partido de una gama notablemente estrecha de la responsabilidad de actores e instituciones. Varias figuras comunes al campo de la justicia transicional –amnistías, esclarecimiento de la verdad, justicia penal internacional, reconstrucción, reformas institucionales y del sector de seguridad, y reparaciones– proponen que el Estado es el espacio y el conducto para efectuar una transición. Según esta tipología, la justicia transicional es un proceso mediante el cual el Estado adquiere coherencia y legitimidad. Por tanto, también las intervenciones con enfoque de género en el ámbito de la justicia transicional tienden a suponer que el Estado es el centro (*locus*) de la reforma y la entidad más capaz y necesaria para generar una transformación a favor de las mujeres.

Entre estas intervenciones tenemos ejemplos como la promoción de medidas penales más severas para los perpetradores de actos de violencia sexual, la incorporación del enfoque de género en comisiones de la verdad, recomendaciones políticas para la implementación de programas de reparación a las víctimas, e incidencia para que poner fin a las violaciones de género sea una prioridad en la reforma del sector de seguridad. Sugerimos que muchas de estas intervenciones parten de suponer a un Estado funcional como requisito *sine qua non* para una transición exitosa en lo concerniente a las mujeres.

Proponemos que este enfoque unidimensional del Estado puede ocultar toda una gama de otros actores importantes para asegurar una transición y sobrestimar el papel del Estado para cumplir con las expectativas en materia de género. En el contexto colombiano, entre otros, este enfoque estatal de la justicia transicional no logra responder a la realidad práctica de la existencia de un Estado fracturado y dividido, y no considera que los actores no estatales desempeñan un papel tan importante como el del Estado en la continuidad o fin del conflicto. En muchos contextos, entre estos el colombiano, hay actores ilegales que pueden ejercer el “control efectivo” de ciertos territorios, asumir funciones cuasi-estatales, e incluso detentar una autonomía *de facto*; por tanto, pueden formar parte de las negociaciones de paz o de procesos que tienen por objeto ponerle fin al conflicto. La imposición de normas jurídicas en estas situaciones puede depender de la aplicación de una matriz estatal inconsistente o disminuida en competencia con (o paralela a) la apropiación del derecho y las normas vinculantes por parte de los actores no estatales en sus esferas de influencia. Por consiguiente, no se debe suponer, antes de la transición, que el Estado es capaz de hacer cumplir el derecho en su territorio soberano pues puede suceder todo lo contrario.

Sugerimos que la *calidad* y la *extensión* de la capacidad del Estado para hacer cumplir las normas antes de una transición, así como el *grado* y el *alcance* del control que ejercen los actores no estatales, son importantes dimensiones subyacentes que apuntalan las dificultades para asegurar la atribución de responsabilidades

jurídicas en contextos transicionales, en general, y para las mujeres en particular. En concreto, afirmamos que se le debe prestar gran atención a la labor de asegurar e implementar mecanismos de rendición de cuentas por las violaciones basadas en género cometidas por actores no estatales.

Este capítulo examina el marco que ofrece el derecho internacional⁵ para tratar la violencia de género de los actores no estatales y busca ser un aporte constructivo para aumentar la atribución de responsabilidad penal en los casos de violencia contra la mujer. A fin de lograr que las innovaciones jurídicas de las dos últimas décadas tengan mayor relevancia en situaciones actuales de violencia, debemos prestar más atención a los límites del alcance del Estado y considerar soluciones novedosas para definir mejor los daños causados por los actores no estatales. Con este fin, recurrimos al caso paradigmático de Colombia para ilustrar los vacíos de responsabilidad que surgen respecto de la violencia contra la mujer por parte de los actores no estatales en el conflicto armado.

En la parte I ofreceremos una introducción breve sobre la falta de un enfoque de género en las transiciones que surgen de una negociación con actores no estatales, presentando el caso colombiano como ejemplo. En la parte II consideramos el régimen general de responsabilidad bajo el marco del derecho internacional humanitario y nos centramos en cómo el compromiso con unos criterios humanitarios mínimos puede generar más y mejores medidas de rendición de cuentas y establecimiento de responsabilidades en actos de violencia continuada perpetrados contra las mujeres por grupos guerrilleros en casos en los que la aplicación del derecho internacional humanitario está en entredicho. En la parte III tratamos el establecimiento de responsabilidad del Estado por la violencia generada por actores no estatales. Nos centramos en la violencia persistente de grupos no estatales en situaciones de conflicto armado interno, en particular aquella violencia que afecta principalmente a las mujeres, e identificamos la complejidad inherente en la asignación de responsabilidad a estos grupos e individuos en el transcurso de una transición. Esta sección concluye con un estudio de cómo la aplicación horizontal de las obligaciones de derechos humanos se puede emplear de manera más eficaz para asegurar la responsabilidad del Estado por las múltiples formas de violencia contra las mujeres en zonas de desmilitarización.

I. Dimensiones de género en una transición negociada

Para una comprensión más completa de la capacidad y las limitaciones del Estado es importante centrarnos en un aspecto fundacional del Estado liberal (democrático) y en una visión que apoya el origen y el objetivo de muchos contextos transicionales: la distinción entre lo público y lo privado. La definición de

⁵ Nos centramos, por lo tanto, en la naturaleza de las obligaciones del Estado en el ámbito del derecho internacional en vez de en la implementación doméstica del derecho internacional en Colombia.

daños públicos y privados en el discurso de la justicia transicional recurre a una genealogía extensa de esferas públicas y privadas del discurso político liberal, y es fundamental para estructurar una transformación política. Esta distinción ha tenido implicaciones importantes en cuanto a los tipos de daños identificados retrospectivamente por la justicia transicional. En contextos en los que la justicia transicional se implementa en pleno conflicto, las distinciones de género entre daños públicos y privados están incrustadas en los pactos y las concesiones que sostienen la justicia de transición. Estos pactos dan forma a los arreglos jurídicos y políticos que luego se introducen y se normalizan en la justicia transicional, mientras el Estado se encamina hacia su “nueva” situación de normalidad.

La transición se define como el paso de una situación de violencia a la consolidación de un Estado (liberal) democrático. Esta violencia ocurre en una gama estrecha de daños públicos; por tanto, la transición suele partir de la premisa de que hay un fin de la violencia pública entre combatientes hombres (usualmente)⁶. Con frecuencia, las transiciones han empezado, de forma paradigmática, en el acuerdo logrado entre el Estado y los actores no estatales. Los acuerdos de paz, así como los pactos políticos que anteceden los procesos de justicia transicional, identifican y privilegian inevitablemente a un grupo distinto de actores de los campos estatal y no estatal. Con frecuencia, la primera prueba de las negociaciones de paz radica en la efectividad del proceso para lograr que los actores violentos acudan a la mesa de negociaciones y, después, suscriban un pacto. Los actores al margen de la ley que estaban entrañablemente involucrados en actividades violentas son premiados con la posibilidad de restaurar el Estado y sus estructuras; ya que su apoyo se considera indispensable, los actores no estatales son legitimados por la política institucional. Por supuesto, la violencia implica invariablemente daños contra mujeres. Así las cosas, el “acuerdo” es para hombres y no para mujeres, tanto en fundamento como en representación.

Se combinan estas dos realidades –la categorización de género de los daños públicos-privados y la injerencia persistente de los actores no estatales en la transición– para crear una situación de seguridad particularmente precaria para las mujeres en contextos en los que el Estado tiene una capacidad limitada o fracturada. Aunque los acuerdos de paz pueden transformar las relaciones entre los actores violentos (generalmente hombres), probablemente aportan muy poco a la transformación de las relaciones sociales en las zonas controladas geográfica y políticamente por los actores violentos no estatales. Además, el compromiso político que subyace al acuerdo de paz se fundamenta en una jerarquía en la que los daños públicos priman sobre los daños privados.

Estas observaciones revelan la necesidad de cuestionar la composición, capacidad y responsabilidad del Estado en transición. En vista de la influencia persistente del actor ilegal, el restablecimiento del monopolio de la fuerza por parte del Estado

⁶ Cockburn, Cynthia, *The Space Between Us: Negotiating Gender and National Identities in Conflict*. Londres-Nueva York, Zed Books, 2003.

se logra, en la práctica, al incorporar ese actor dentro de la estructura del Estado. Los límites del Estado son, por tanto, negociados y negociables. En principio y en práctica, las fronteras maleables del Estado crean vacíos de responsabilidad en el derecho internacional, el cual propone, en gran medida, al Estado como espacio y medio para la rendición de cuentas. En general, entre los dos marcos de derecho internacional más relevantes a los contextos de transición – el régimen de derechos humanos y el de derecho internacional humanitario (DIH)⁷ – hay un vacío regulatorio o, al menos, una normatividad menos completa para actores ilegales que para actores estatales. En la mayoría de las sociedades funcionales, este vacío de responsabilidad entre el Estado y el actor no estatal, aunque no es irrelevante para la eficiencia general del Estado de derecho (y con consecuencias sustanciales para las mujeres), no crea un gran vacío en la regulación jurídica. No se puede hacer la misma afirmación respecto de las sociedades en transición. En estas sociedades es precisamente en virtud de las limitaciones del Estado de derecho y de la aplicación de normas “ordinarias” que se recurre a la normativa jurídica internacional para llenar esos vacíos. De igual manera, el papel y la injerencia del actor irregular (en particular con respecto al uso de la fuerza) serán notablemente mayores. Por tanto, la presencia, la centralidad y la falta de judicialización de las acciones de los actores ilegales son enormemente significativas y, a nuestro juicio, subvaloradas.

El caso colombiano es paradigmático en cuanto a estos dilemas y vacíos. El telón de fondo del proceso de justicia transicional en Colombia son las seis décadas de violencia generada por multiplicidad de actores y causas. Estos múltiples actores con capacidad militar y poder político, que operan de manera paralela o en oposición al Estado, han socavado cualquier intento por parte del Estado de obtener el monopolio de la fuerza. Las grandes diferencias entre las regiones del país en términos de riqueza, composición étnica, presencia estatal y densidad del conflicto erosionan la existencia misma de Colombia como Estado. Además, la institucionalidad se caracteriza por altos grados de corrupción y bajos niveles de confianza ciudadana. La violencia generada por el conflicto alimenta la sensación que tienen los colombianos de enajenación frente al Estado. La multiplicidad de actores violentos, tanto estatales como no estatales, genera ciertos desafíos para establecer responsabilidad jurídica por la violencia contra la mujer, una forma de violencia que tradicionalmente ha logrado escapar del ámbito de responsabilidad jurídica incluso en los Estados consolidados.

Colombia también es un ejemplo de las formas y las limitaciones del examen profundo del derecho internacional aplicable al ámbito de la justicia transicional. Este país suscribió los Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional a los convenios, y ha ratificado la mayoría de acuerdos internacionales sobre derechos

⁷ Colombia ratificó el Estatuto de Roma en 2002, pero mediante el ejercicio de su poder discrecional, previsto en el artículo 124 del Estatuto, pospuso por siete años la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos dentro del país. El conocimiento de los casos por parte de la CPI podría ofrecer una futura vía para la consideración de casos de violencia contra la mujer.

humanos. Además, los órganos regionales de derechos humanos suelen pronunciarse sobre la aplicabilidad de las normas de derechos humanos en el país, inclusive en el contexto de conflicto armado. Por lo tanto, Colombia es un ejemplo del control ejercido por los regímenes internacionales atinentes al ámbito de la justicia transicional. La incorporación de estas normas jurídicas trasciende la distinción entre lo estatal y lo no estatal. La naturaleza del conflicto y los compromisos legales internacionales del Estado, hacen que el caso colombiano sea de particular relevancia para evaluar y tratar los tipos de problemas relacionados con la justicia y la rendición de cuentas que surgen en un contexto de transición con presencia persistente de actores armados no estatales.

A continuación, discutimos la expansión y el aprovechamiento de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los actores armados no estatales, el primero de los dos temas que, a nuestro juicio, requieren mejorarse.

II. La rendición de cuentas en el derecho internacional humanitario y los criterios humanitarios mínimos: las violaciones por actores no estatales

En la sección A de este apartado describimos la naturaleza del trato que otorga el DIH a los actores no estatales que cometan violaciones de género, e identificamos los vacíos actuales en cuanto al establecimiento de responsabilidades y rendición de cuentas. En la sección B presentamos tres objetivos posibles para una intervención con enfoque de género.

A. El diagnóstico del estado actual del DIH y sus vacíos

El panorama trazado a continuación revela un sinnúmero de daños sufridos por mujeres a manos de actores no estatales en situaciones de conflicto. Aunque existe cierto fundamento en el DIH para tratar los daños cometidos por estos actores, incluso los daños de género, existen aún vacíos importantes en el marco normativo y de aplicación. Además, actores tanto estatales como no estatales demuestran cierta renuencia a aceptar o poner en práctica un nivel mínimo de compromiso con los criterios del DIH. Trataremos cada uno de estos problemas.

1. Violencia sufrida por mujeres en situaciones de conflicto

Se entiende, por lo general, que la experiencia y el caos generado por la violencia son abrumadores para muchas mujeres⁸. Hay numerosos daños causados por el conflicto que recaen de manera desproporcionada o exclusiva sobre las mujeres,

⁸ Meintjes, Sheila, Meredith Turshen y Anu Pillay (eds), *The Aftermath: Women in Post-conflict Transformation*, Londres-Nueva York, Zed Books, 2002.

incluyendo el desplazamiento forzado, violaciones sexuales, mutilación sexual, embarazo forzoso, enfermedades de transmisión sexual, disfunción sexual, así como la pérdida de estatus, la exclusión social o el castigo cultural como resultado de una supuesta pérdida de pureza. Pese a un amplio campo de investigación sobre los efectos de la violencia causada por el conflicto armado en general⁹, tenemos pocos datos confiables sobre la asignación de responsabilidades por daños a las mujeres entre fuerzas estatales y no estatales en general, y aún menos información en el contexto de conflictos internos específicos. También tenemos pocos datos empíricos sobre si las mujeres responden a los diferentes patrones de transgresión de manera distinta dependiendo de si la violencia en cuestión proviene de un actor estatal o no estatal. No obstante, una amplia muestra de pruebas periodísticas, no gubernamentales y anecdóticas confirma que cada vez más las mujeres sufren numerosas experiencias traumáticas y violaciones generalizadas perpetradas por actores no estatales a través de una gran variedad de tipos de conflicto y lugares¹⁰.

Algunas características particulares del conflicto colombiano generan una grave crisis en la población civil, sobre todo en las mujeres y las niñas¹¹. Rara vez ocurren en el país confrontaciones directas entre los diferentes grupos armados; por el contrario, estos grupos ajustan sus cuentas mediante ataques a poblaciones civiles que tildan de sospechosas o de supuestamente apoyar al bando opuesto. Aunque las víctimas más frecuentes de las ejecuciones sumarias y masacres son los hombres, la violencia contra la mujer, particularmente en forma de agresión sexual, se ha vuelto común dentro del contexto de un conflicto que se degrada paulatinamente y en el que se irrespetan las normas del derecho internacional humanitario¹².

Secuestro, detención en condiciones de esclavitud sexual y trabajo doméstico forzado son algunos tratos característicos dados por los paramilitares a las mujeres¹³. Las sobrevivientes explican cómo los paramilitares llegaban a un pueblo, tomaban el control absoluto, sembraban el terror entre la población y cometían abusos de derechos humanos con total impunidad¹⁴. Los grupos guerrilleros han sido autores

⁹ Vlachova, Marie y Lea Bason (eds.), *Women in an Insecure World: Violence Against Women. Facts, Figures and Analysis*. Ginebra, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2005.

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, Informe del Secretario General, U.N. Doc A/61/122/Add.1, Asamblea General de la ONU, sexagésimo primer periodo de sesiones, 6 de julio de 2006; Rehn, Elizabeth, y Ellen Johnson Sirleaf, *Women, War, Peace: The Independent Experts' Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-Building*, serie de documentos El progreso de las mujeres en el mundo, vol. 1, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem), 2002.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, Radhika Coomaraswamy, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer*, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos, adición misión a Colombia (1º a 7 de noviembre de 2001), U.N. Doc. E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002.

¹² *Ibid.*, p. 2.

¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴ *Idem.*

de secuestros, ataques indiscriminados que afectan a la población civil y matanzas arbitrarias y deliberadas contra aquellos a quienes acusan de ser aliados de sus enemigos. Estos grupos son los principales autores del secuestro y reclutamiento forzado de menores, vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres y el secuestro extorsivo¹⁵. Numerosas mujeres combatientes en las filas tanto de la guerrilla como de los paramilitares sufren abusos sexuales y la vulneración de sus derechos reproductivos. La anticoncepción, esterilización y el aborto forzados son tácticas asociadas a la guerrilla particularmente¹⁶. Ambos grupos son los responsables del desplazamiento forzoso de comunidades enteras de civiles. Con cifras actuales de más de tres millones y medio de desplazados, Colombia tiene la mayor población de desplazados internos en todo el hemisferio occidental. La mayoría de estas personas son mujeres y niñas expuestas a numerosas formas de violencia. Las mujeres desplazadas corren mayor riesgo de sufrir de abuso sexual, violación y de caer, por diversas circunstancias, en la prostitución, debido a su particular vulnerabilidad social y económica¹⁷.

2. La aproximación del derecho humanitario al actor no estatal y a la violencia de género

Pese a los numerosos actos de violencia de los que son víctimas las mujeres colombianas a manos de actores no estatales, existe un sesgo en las dimensiones de atribución de responsabilidades del sistema jurídico internacional cuyos mecanismos y normas no alcanzan a “cubrir” estos daños. Esta observación no es ni nueva ni sorprendente. En virtud de sus raíces westfalianas, el sistema internacional se estructura en torno a la centralidad del Estado y los actores estatales con una filtración evidente en materia de rendición de cuentas. Las normas jurídicas internacionales, específicamente en el campo de los derechos humanos, consagran un principio según el cual al Estado parte se le puede asignar responsabilidad legal por una gran variedad de violaciones que tienen que ver con la dignidad humana¹⁸. El derecho internacional humanitario también ofrece un fundamento claro para la implementación de normas humanitarias mediante el sistema de infracciones graves, régimen que se dirige, en

¹⁵ Ibid., p. 14.

¹⁶ Amnistía Internacional, *Cuerpos rotos, mentes destrozadas: tortura y malos tratos a mujeres*, Londres, 2001, pp. 27-28. Por ejemplo, Amnistía Internacional afirma que de un grupo de 65 niñas que habían abandonado las filas guerrilleras, a todas se les había insertado dispositivos intrauterinos, en algunos casos contra su voluntad y sin haber recibido información sobre el dispositivo.

¹⁷ Ibid., p. 29.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, Can. T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976); Convención Europea de Derechos Humanos, 213 U.N.T.S. 222, *entrada en vigor* 3 de septiembre de 1953; Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 143, O.A.S. T. S. No. 36 (entrada en vigor 18 de julio de 1978); Carta Africana de Derechos Humanos y de las Personas, 27 de junio de 1981, 1520 U.N.T.S. 217, 21 I.L.M. 58 (1982) (entrada en vigor el 21 de octubre de 1986).

general, a los Estados parte de los tratados¹⁹. Como resultado de ello, los mecanismos de rendición de cuentas se diseñaron para ser aplicados principalmente a las acciones de actores estatales, esto en concordancia con la noción tradicionalmente vertical de responsabilidad del Estado en virtud de la normatividad internacional²⁰. Con el auge del actor no estatal como amenaza particular, en especial en temas de terrorismo, aumenta la preocupación sobre este vacío normativo.

Los Convenios de Ginebra de 1949 se centraron principalmente en la protección de civiles y las personas que quedan fuera de combate, entendiéndose al Estado como la principal fuente de amenazas a la seguridad e integridad de estos grupos vulnerables²¹. En 1977, mediante los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, los Estados reconocieron que ciertos grupos no estatales, sobre todo los movimientos de liberación nacional junto con otras organizaciones con posturas similares, podrían ser incluidos en el ámbito de regulación de las reglas de la guerra²². Sin embargo, los grupos previstos en la nueva normatividad eran cuasi-estatales, que usualmente operaban en contextos (coloniales o de ocupación) en los que se aceptaba que las transiciones políticas darían lugar a una transferencia de poder hacia gobiernos formados por esos grupos no estatales. El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (1977) amplía el ámbito de responsabilidad mediante la regulación de una gama mayor de conflictos internos, pero bajo términos más limitados²³. Por consiguiente, el derecho internacional humanitario tiene la capacidad de asignar responsabilidad de manera directa e indirecta a algunos

¹⁹ Gross, Oren, *The Grave Breaches System and the Armed Conflict in the Former Yugoslavia*, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, p. 783, 1995.

²⁰ Véase Brierly, J. L., *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*. Oxford University Press, 6th ed., 1963, pp. 49-56.

²¹ Kahlshoven, Fritz y Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, tercera edición, 2001, disponible en <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/p0793>.

²² El Protocolo I, Artículo 1 sobre los principios generales y ámbito de aplicación se refiere a “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”. CICR, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977.

²³ El Protocolo II, Artículo 1(1) declara que aplica a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

El artículo 1(2) señala que el Protocolo “no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. CICR, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 1977.

actores no estatales. Esto se facilita por la capacidad de los entes judiciales para utilizar los criterios del derecho internacional humanitario relativos a la intensidad de las hostilidades, el nivel de organización y la pertenencia al grupo armados, a menudo en conjunto con la aplicación de normas de derechos humanos, a las acciones de actores no estatales que cumplan con los criterios de aplicabilidad del Protocolo II²⁴.

Si todas las partes del conflicto aceptaran la aplicabilidad del derecho humanitario, podría haber cierto acuerdo general entre los Estados y los actores no estatales sobre las normas que no se pueden violar y los mecanismos vigentes que podrían, en teoría, tratar la responsabilidad de los actores en las violaciones²⁵. Esto daría lugar a un contexto ético y jurídico acordado, dentro del cual los incumplimientos se entenderían como violaciones a la ley y potenciales de ser sancionados. Como afirma *The Roots of Behaviour in War*, un reconocido estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), un elemento central para evitar violaciones de las reglas de la guerra radica en enfocarse más en las normas jurídicas en vez de en los valores de fondo²⁶. Entonces, una primera medida para la prevención y reparación es el logro de un común acuerdo entre combatientes, sean estatales o no estatales, respecto de la aplicabilidad de las normas jurídicas acordadas.

Estamos de acuerdo con el principio de fortalecer el régimen que obliga a los Estados a afirmar la aplicabilidad del DIH como mecanismo sensato e importante para este fin. Asimismo, apoyamos mayores esfuerzos para instar a los grupos no estatales para que se adhieran a las normas de los Convenios de Ginebra (artículo 3 común), Protocolo I y Protocolo II, de acuerdo a los respectivos ámbitos de aplicación. Mayor compromiso por parte de los Estados, grupos no estatales y organizaciones internacionales con la implementación de estas normas sería un avance para la protección de civiles, en general, y de mujeres, en particular.

Pese a algunas disposiciones existentes, la normatividad actual no es completamente adecuada para enfrentar los daños que experimentan las mujeres en contextos de conflicto interno. En general, el DIH ha ignorado los daños contra las mujeres, lo cual refleja un profundo sesgo de género en la construcción de las reglas de la guerra²⁷. Se ha registrado, más recientemente, un aumento importante

²⁴ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), Prosecutor vs. Tadic, caso n°. IT-97-1-A, fallo 172-237, 15 de julio de 1999, (incluido, entre otras cosas, un análisis del estatus de conflicto, encontrando que el artículo 3 común era aplicable al conflicto que tuvo lugar en la antigua Yugoslavia al momento de las violaciones en cuestión).

²⁵ Esta especulación es principalmente teórica pues en pocas situaciones de conflicto armado interno se han aplicado esas normas y ha existido poco o nada en materia de rendición de cuentas en términos de procesos jurídicos tanto nacionales como internacionales.

²⁶ CICR, *The Roots of Behaviour in War Understanding and Preventing IHL Violations*, Ginebra, 2004.

²⁷ Véase Gardham, Judith, Women and Armed Conflict: The Response of International Humanitarian Law, en Durham, H. y T. Gurd (eds.), *Listening to Silences: Women and Armed Conflict*. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 109–25.

de normas²⁸. Sin embargo, las raíces de este fortalecimiento normativo provienen de nociones tradicionales sobre el vínculo entre la pureza de la mujer y su honor²⁹. Por consiguiente, el reconocimiento normativo de los abusos (principalmente sexuales) excluye o ignora un sinnúmero de daños de género que para las mismas mujeres podrían ser de igual o mayor gravedad.

Aunque el DIH prevé una amplia variedad de actores bajo su rúbrica, sus disposiciones de implementación son menos abarcadoras. Además, existen importantes obstáculos políticos y jurídicos que impiden que los actores estatales y no estatales tengan la voluntad de reconocer la aplicabilidad de las normas de DIH y acepten, en la práctica, los criterios correspondientes. A continuación, abordamos los obstáculos para la aplicación del DIH en general y en el contexto específico de Colombia.

3. Resistencia del Estado a la aplicación del DIH y su consecuencia para las mujeres

Por mucho tiempo, los Estados se han negado a permitir el uso del derecho internacional humanitario como mecanismo para reglamentar los conflictos armados internos en curso³⁰. Los Estados siempre se han sentido amenazados ante la posibilidad de darles el estatus de combatiente a personas que, a juicio de éste, deben ser catalogadas como criminales o terroristas. Esto implica que los Estados han reaccionado con cierta hostilidad ante los intentos de incluir a los grupos ilegales dentro del ámbito del derecho internacional humanitario. Sin embargo, creemos que hay posibilidades para aumentar el grado de cumplimiento de las normas existentes.

²⁸ Véase Organización de Naciones Unidas, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, U.N. Doc S/25704, Consejo de Seguridad, mayo 3 de 1993, p. 36; y *Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda*, Resolución 955 (1994) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 3453ª sesión, celebrada el 8 de noviembre de 1994. [Sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional para Ruanda y la adopción del Estatuto del Tribunal].

²⁹ En la Conferencia Diplomática de 1977 se amplió el ámbito de protección aplicable en conflictos no internacionales para cobijar preocupaciones particulares en relación con mujeres fértiles y embarazadas. La Conferencia reconoció que las mujeres deben recibir “protección especial” en virtud de su “situación especial”, incluyendo “mujeres embarazadas, casos de maternidad y mujeres a cargo de niños menores de siete años o en compañía de ellos”. El único cambio notable en el artículo sobre “medidas a favor de mujeres y niños” fue la inclusión de la frase “respeto especial” hacia las mujeres en vez de la palabra “honra”. Además, de acuerdo con el artículo 75 del Protocolo I, la violación se incluye bajo la categoría general de crímenes contra “la dignidad” en vez de contra “la honra”. Este artículo reconoció también la experiencia particular de la prostitución forzada al prohibirla de manera expresa y específica. La Conferencia Diplomática prestó poca atención a la violencia física que sufren las mujeres en situaciones de guerra.

³⁰ Entre los ejemplos están Gran Bretaña frente a Irlanda; México frente a la región de Chiapas; Rusia frente a Chechenia, y Turquía frente al noreste del mismo país, donde se encuentra una gran población kurda.

Esta dinámica aplica directamente al contexto colombiano, donde el Estado se ha resistido por mucho tiempo a la aplicación del DIH. Teniendo en cuenta las raíces históricas del conflicto³¹, que incluso preceden a la negociación de los Convenios de Ginebra y, quizás de manera más relevante, a los Protocolos Adicionales; la capacidad reguladora del DIH no enfrenta (o no ha abordado) los orígenes históricos del conflicto ni los métodos y medios de guerra que se han empleado. De manera similar a otros estados, Colombia ha buscado obviar la aplicación del derecho humanitario, supuestamente porque limitaría su capacidad (como Estado) de procesar a los insurgentes y actores no estatales como criminales en el marco del derecho penal. Pese a la persistencia del conflicto y a la existencia paralela de normas de emergencia y del derecho humanitario, el conflicto ha estado, en gran medida, inmune a la influencia y a la regulación del DIH.

Las iniciativas presidenciales de paz a comienzos de los años noventa condujeron a la ratificación en 1995 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra, como parte de un esquema para reconocer y tratar los reclamos políticos de la insurgencia guerrillera. En la práctica, el compromiso del Estado con la aplicación del Protocolo II a los grupos guerrilleros ha estado lleno de altibajos, de acuerdo al progreso vacilante de cada iniciativa de paz. El gobierno de Uribe insistió en que el conflicto no cumple con el umbral de violencia necesario para emplear el Protocolo II³² (lo cual coincide con las prácticas de otros Estados que han enfrentado insurgencias internas o violencia no estatal colectiva). Sin embargo, la incorporación del Protocolo II al marco internacional vigente resulta bastante útil. El reconocimiento abre paso a la interacción a través del discurso de responsabilidad que propone el DIH y ofrece un marco de referencia normativo para los abusos que se han cometido.

En cuanto a violencia sexual, la potencial aplicabilidad del Protocolo II es importante. Este Protocolo prohíbe de manera expresa la violación en su disposición sobre Garantías Fundamentales. También es relevante que en diciembre de 1992, el Comité Internacional de la Cruz Roja declarara que las disposiciones del artículo 147 de los Convenios de Ginebra incluyen la violación como infracción grave³³. Esto ofrece un punto de partida regulatorio para comenzar a tratar las violaciones sexuales sufridas por mujeres en Colombia desde la óptica jurídica del Protocolo II.

Sin embargo, la renuencia del Estado a reconocer la aplicabilidad del DIH lleva a la aplicación frecuente de un modelo de criminalización (si bien con bastantes tensiones) de cara a las acciones del actor no estatal. Este modelo difícilmente logra ser eficaz dada la lucha continua por el territorio, la legitimidad y el control

³¹ Los orígenes de conflicto actual se sitúan en la guerra civil llamada *La Violencia*, que duró entre 1948 y 1964.

³² Véase, en general, Mikro, Sossai, *The Internal Conflict in Colombia and the Fight Against Terrorism: UN Security Council Resolution 1465 (2003) and Further Developments*, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 253.

³³ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Aide-mémoire en disposition del artículo 147*, 3 de diciembre de 1992.

de espacios políticos. Un modelo de criminalización generalmente falla en crear una aceptación o solución política de los verdaderos problemas de fondo que dieron lugar a las disputas políticas y territoriales que alimentan la violencia interna.

Además, en el caso colombiano, la impotencia relativa de la justicia penal frente a los niveles endémicos de violencia contra la mujer se ve reflejada en los grados descomunales de impunidad³⁴. Aun con la disminución en los niveles de violencia en el conflicto en años recientes, ha sido muy difícil para la justicia penal demostrar que tiene la capacidad de hacerse cargo de la prevención, investigación, judicialización y sanción de la violencia contra la mujer. Las organizaciones locales de mujeres siguen identificando numerosas limitaciones sistémicas en el sistema penal, desde problemas en las actitudes del personal, que no logra reconocer que la violencia contra la mujer es un daño grave, hasta problemas técnicos en torno al manejo y uso de pruebas de violencia sexual por parte de la Fiscalía³⁵. Así el sistema penal tuviera la capacidad de atender de manera eficiente los casos de violencia contra la mujer, los casos individuales en la jurisdicción ordinaria no lograrían exponer necesariamente las características sistémicas y estructurales de los delitos contra las mujeres que se cometen en el marco del conflicto armado. Desde esta perspectiva, la criminalización oscurece, en vez de realzar, la necesidad de tratar las raíces del conflicto a través de una negociación política.

En varias ocasiones, los grupos guerrilleros han reconocido la aplicación del DIH al conflicto colombiano. En 1995, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) declaró que se consideraba sujeto de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II³⁶, momento en el que las FARC-EP manifestaron un compromiso similar³⁷. Este reconocimiento refleja una tendencia entre movimientos de liberación nacional de afirmar, de manera unilateral, que se adhieren a los criterios mínimos del derecho humanitario. Tanto el Congreso Nacional Africano (CNA) como la Organización para la Liberación Palestina (OLP) hicieron declaraciones similares en el pasado³⁸. El valor de estas afirmaciones no radica en sus efectos legales formales,

³⁴ El Relator Especial de la ONU dijo que la impunidad en casos de violencia contra la mujer es “prácticamente de un 100 por ciento”. Naciones Unidas, *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, ob. cit., párrafo 29.

³⁵ Véase, por ejemplo, Corporación Humanas, *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el Sistema Penal Acusatorio*, Serie Acceso a la Justicia, Bogotá, junio de 2008; Corporación Sisma Mujer, *Informe Justicia de Género: entre el conflicto armado y las reformas a la justicia, Colombia 2001-2004*, Bogotá, 2005.

³⁶ Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel: Colombia y el derecho internacional humanitario*, Nueva York, 1998 (declaración pública del comandante Manuel Pérez del 15 de julio de 1995).

³⁷ Ídem. Véase también, FARC Rebels say 3 Americans ‘Prisoners of War’, en *CNN*, 24 de febrero de 2003, disponible en <http://www.cnn.com/2003/WORLD/americas/02/24/colombia.us.hostages.reut/index.html> (explicando la postura oficial de las FARC en el sentido que los rehenes estadounidenses tomados durante el curso del conflicto con el gobierno colombiano eran considerados prisioneros de guerra según el derecho internacional).

³⁸ Véase, en general, Higgins, Noelle, *The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation*, en *Journal of Humanitarian Assistance*, 2004, disponible en <http://www.jha.ac/articles/a132.pdf>.

pues sólo los Estados pueden suscribir los convenios y ser miembros. No obstante, esta manifestación por parte de los actores no estatales tiene un valor simbólico importante. En primer lugar, podría tratarse de una declaración de reconocimiento como combatientes, buscando así invalidar su caracterización como criminales o terroristas. Al menos, podría sugerir que existe suficiente capacidad de mando y control dentro de la organización no estatal para implementar las disposiciones de los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales. En segundo orden, al menos en teoría, esta manifestación vincula al actor no estatal con una serie de obligaciones mínimas y sugiere que hay un acuerdo respecto de cuáles normas aplican a las hostilidades.

Existe, por supuesto, el peligro de que, pese a la aceptación aparente de la relevancia del DIH, bien sean los criterios mínimos o incluso las disposiciones del tratado, los actores estatales no pongan estas normas en práctica. Así, por ejemplo, pese a la postura de las FARC de cumplimiento unilateral del DIH, un vocero de esta organización le informó a *Human Rights Watch* que los guerrilleros “consideran que el Protocolo II y el artículo 3 común [a los Convenios de Ginebra] ‘son susceptibles de interpretación’”³⁹. Además, hay pruebas contundentes de incumplimiento del DIH por parte de este grupo armado⁴⁰. El peligro de esto, tanto en el contexto colombiano como en otros contextos, es que los actores no estatales que no han participado en las negociaciones de un tratado que limita los métodos y medios de guerra, y cuyas operaciones y formación no son influenciadas de manera sistemática por una necesidad de respetar el DIH, podrían hacer estas declaraciones de respeto por el DIH como una simple maniobra política sin restringir, en realidad, sus acciones en la práctica⁴¹. Esto implica que una manifestación voluntaria de respeto puede significar muy poco para establecer responsabilidad general y podría tener un efecto nulo o casi nulo en cuanto al proceder de los actores no estatales. Esta situación merece un estudio cuidadoso si, tal como indica el presente escrito, tenemos por objeto reducir el vacío en términos de rendición de cuentas por parte de los actores no estatales en situaciones de conflicto armado como medida para proteger mejor los derechos de las mujeres.

B. Áreas propuestas para una intervención

En vista del panorama descrito en la sección anterior, proseguimos a proponer tres áreas potenciales de intervención a fin de mejorar el uso de las normas de DIH para fortalecer la rendición de cuentas y la protección de daños contra las mujeres: 1) impulsar una concepción ampliada del análisis de la intensidad de la violencia de

³⁹ Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel*, ob. cit.

⁴⁰ Ídem; y Human Rights Watch, *Más allá de la negociación: el derecho internacional humanitario y su aplicación a la conducta de las FARC-EP*, Nueva York, 2001.

⁴¹ Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel*, ob. cit.

manera que refleje de forma más acertada la realidad de los conflictos contemporáneos; 2) colaborar con organismos de derechos humanos que hacen uso de las normas de DIH en su observación y resolución sobre temas de derechos humanos; y 3) promover la adopción de unos estándares humanitarios mínimos para todos los actores.

1. Definiendo el DIH: análisis de los niveles de violencia

Otro tema relevante y controversial es la definición del ámbito de aplicación del derecho humanitario. El derecho internacional humanitario requiere un nivel mínimo de violencia para su aplicabilidad⁴², requisitos de control de territorio, entre otras determinaciones relacionadas con el grado de organización (responsabilidad de mando y control suficiente para difundir el derecho internacional humanitario entre los miembros del grupo) suficientes para tener el privilegio de detentar el estatus de combatiente (y también de prisionero de guerra). Cuando se crearon estos análisis de nivel de violencia, tanto en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial como en el contexto poscolonial y de la Guerra Fría a finales de los años setenta, había concepciones particulares del conflicto. Concretamente, las normas respondían a los conflictos del momento. En muchos casos, la fragmentación del conflicto interno y la proliferación de grupos armados implican que los umbrales de violencia estipulados en el DIH no se ajustan a la realidad de la violencia y a la correspondiente desintegración del Estado. Además, los requisitos de poco sirven para tratar las formas de violencia contra las mujeres que constituyen un método y una táctica de guerra.

El conflicto armado colombiano se ha caracterizado por la proliferación de grupos armados: innumerables guerrillas que se traslapan, “autodefensas” paramilitares y grupos de narcotraficantes. Podría ser que el umbral de violencia suficiente para ameritar la aplicación del derecho internacional humanitario requiera de una descripción más detallada del contexto actual –por ejemplo, el agregado de los múltiples y difusos actores violentos en vez del cálculo del impacto de un grupo dentro de la violencia generalizada⁴³. Otra opción para calcular el umbral de violencia sería un análisis horizontal y de forma acumulativa a través del tiempo

⁴² Protocolo II, Artículo 1 (1):

El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

⁴³ Para una explicación más detallada de esta posición, véase Ní Aoláin, Fionnuala, *The Politics of the Force: Conflict Management and State Violence in Northern Ireland*. Belfast, The Blackstaff Press, 2000.

de, en vez de un análisis vertical en el que el conflicto tenga que cumplir con un umbral en un momento dado. Con respecto a la violencia que sufren las mujeres, lo que “cuenta” como violencia para efectos de medir la intensidad del conflicto, requiere una revisión fundamental en particular en la inclusión de un rango de acciones que actualmente se consideran parte de la esfera privada. La violencia de género se debe definir como violencia conexas al conflicto o causada por este. Si esto fuera el caso, una explicación más completa y profunda de la violencia de género se incluiría en la evaluación de lo que constituye un conflicto armado y, de igual importancia, lo que constituye su fin.

Señalamos que, en un contexto no judicial, una explicación más profunda de la violencia de género se ha expresado en el proceso de justicia transicional en Colombia. El Grupo de Memoria Histórica, de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación constituida bajo la Ley de Justicia y Paz, ha mostrado una voluntad sorprendente en emplear una perspectiva de género para desafiar los términos de su propia investigación; así, en su informe sobre las masacres en la población de Trujillo, reconoció que los términos “antes” y “después” de la masacre son confusos, si se tiene en cuenta que la violencia de género forma parte de la cotidianidad del pueblo⁴⁴. En la sección sobre los recuerdos de las mujeres sobrevivientes, el informe señala las experiencias de violencia y discriminación de género dentro de las familias de la zona, y concluye que:

Así, muchos de los relatos que fueron surgiendo sobre el ‘antes de la masacre’ y la vida cotidiana muestran cómo la vida de las mujeres estaba inserta en prácticas de dominio masculino violento (...) Para ellas, el ‘antes’ no parece haber sido un remanso de paz y respeto a sus derechos en el ámbito doméstico⁴⁵.

Esta sección también resalta el papel que desempeña la violencia en la definición de relaciones entre hombres y mujeres, y las construcciones negativas de lo masculino y lo femenino en la comunidad –la posición privilegiada de la masculinidad violenta y “el profundo desprecio de lo femenino” dentro del contexto violento de Trujillo⁴⁶.

Así las cosas, en aspectos de transición que no han sido tan claramente determinados por los imperativos del derecho internacional, ha surgido una narrativa alterna de la concepción de la violencia que incluye las experiencias de las mujeres. Se debe desafiar el marco jurídico internacional para que incluya este tipo de explicación probatoria de la experiencia de género con el fin de definir

⁴⁴ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Grupo de Memoria Histórica, *Trujillo: una tragedia que no cesa*, Primer informe del Grupo de Memoria Histórica de la CNRR. Bogotá, Editorial Planeta, 2008.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 229-30.

más acertadamente la violencia objeto de rendición de cuentas y los esfuerzos de reforma posteriores al conflicto.

2. Monitoreo y aplicación del DIH por parte de los organismos regionales de derechos humanos

Son complejas y desafiantes las prácticas internacionales y regionales con relación a la aplicabilidad y el efecto de las normas del derecho internacional humanitario sobre los actores no estatales. El sistema interamericano es reconocido, por lo general, como uno de los regímenes de derechos humanos más sofisticados en virtud de su reconocimiento de la relevancia del derecho internacional humanitario para la interpretación de los derechos humanos junto con su aceptación jurídica de que, en algunos países, el derecho internacional humanitario podría ser un punto de referencia más apto que los derechos humanos⁴⁷. La Comisión y la Corte Interamericana han intentado negociar el ejercicio apropiado de su mandato de derechos humanos dentro del contexto del conflicto armado colombiano. Los intentos agresivos de la Comisión de implementar normas de derecho internacional humanitario en los años noventa⁴⁸ fueron recogidos por la Corte en el fallo de *Las Palmeras*, en el cual este tribunal reconoció que carecía, a la par con la Comisión, de competencia para aplicar los Convenios de Ginebra⁴⁹. No obstante, la Corte concluyó que ambos organismos tienen competencia para hacer referencia a los Convenios cuando fuere necesario para interpretar una norma de la Convención Americana⁵⁰. La Corte ha reiterado mucho esta posición con respecto al conflicto colombiano⁵¹.

En este sentido, la Corte y la Comisión han logrado asegurar cierto grado de aplicación indirecta del derecho internacional humanitario al conflicto colombiano. Sin embargo, esta aplicación indirecta del DIH se dirige solamente al Estado y no cubre las violaciones de derecho humanitario cometidas por grupos no estatales involucrados en el conflicto. De acuerdo con lo anterior, la Comisión Interamericana decidió, en su Tercer Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia (1999)⁵², que no investigaría ni conocería las demandas individuales sobre las acciones de grupos armados irregulares, pues de estas el Estado colombiano no es jurídicamente responsable.

⁴⁷ Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, *Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-first Century: The Case of the Inter-American Court*, en *American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, p. 768.

⁴⁸ Esta es la categorización de la aproximación de la Comisión, que hace Lindsay Moir. Véase, Moir, Lindsay, *Decommissioned? International Humanitarian Law and the Inter-American Human Rights System*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, p. 205.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, parr. 155.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia 1999*, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, Washington, 26 de febrero de 1999.

En sus informes más generales sobre el país, la Comisión tiene una aproximación notablemente distinta a su metodología de revisión de peticiones individuales. Los informes de país se caracterizan por sus referencias al DIH y a los derechos humanos tanto para actores estatales como no estatales. Si bien esta metodología no insinúa un grado de igualdad en la rendición de cuentas y responsabilidad entre los entes bajo observación, sirve para llamar la atención sobre los actores no estatales y someterlos a un examen público. Sin embargo, frente a estos últimos actores, los informes no ofrecen ningún remedio jurídico para personas naturales por violaciones de normas humanitarias. El posicionamiento diferenciado de los diversos actores implica vacíos en la rendición de cuentas, por ejemplo, en la medida en que existen más foros en que las violaciones puedan ser litigadas de manera directa contra el Estado. A pesar de ello, y en respuesta a sus limitaciones, enfatizamos la importancia de la responsabilidad horizontal (ver la sección siguiente) y del uso del derecho internacional humanitario como mecanismos para determinar las responsabilidades en el contexto de los reportes sobre países.

3. La promesa de estándares humanitarios mínimos

En el contexto de los conflictos armados internos estamos convencidas de que la normatividad legal mejor posicionada para llenar los vacíos existentes en materia de responsabilidades y rendición de cuentas es el derecho internacional humanitario. A nuestro juicio, un mayor reconocimiento por parte de los Estados de que el artículo 3 común ofrece unos estándares mínimos a los que deberían adherir tanto actores estatales como no estatales, constituiría un avance importante y ofrecería muchas ventajas a las mujeres que han sufrido violencia en situaciones de conflicto armado interno. Entendemos que la falta de reconocimiento explícito a las violaciones de género en el artículo 3 común es una limitante; no obstante, la aproximación de los “estándares mínimos” y la capacidad de aplicación interpretativa le da un alcance potencialmente mayor al de cualquier otro instrumento aceptado. Dadas algunas dificultades regulatorias que tradicionalmente ha encontrado el DIH, recomendamos pensar de nuevo en el aporte que los estándares humanitarios mínimos podrían constituir, con miras a ser aplicados con un enfoque de género, para así evitar la duplicación de los sesgos existentes en el derecho penal nacional e internacional.

Cuando los Estados no han tenido la voluntad de aplicar los tratados y cuando los actores no estatales se ven excluidos de las disposiciones del DIH, los códigos de conducta que se aplican para los Estados que experimentan hostilidades son ofrecidos como una estrategia para asegurar que todas las partes cumplan unas obligaciones legales mínimas⁵³. Estos códigos tienen por objeto obviar los temas

⁵³ Gasser, Hans-Peter, A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct, en *International Review of the Red Cross*, n.º. 28, 1988, pp. 38-58. Gasser afirma que estas normas tienen por objeto reducir el sufrimiento humano, teniendo en cuenta que los códigos de conducta están dirigidos tanto a actores estatales como a actores no estatales.

políticos controversiales en torno al estatus del conflicto y permitir que todas las partes consideren relevantes las disposiciones regulatorias básicas. A nuestro juicio, estos estándares mínimos merecen mayor consideración como mecanismos para tratar temas de normatividad y responsabilidad, así como para centrar la atención en los abusos sufridos por las mujeres como vulneraciones de normas humanitarias. Con este fin, sin embargo, también reconocemos que estos códigos requieren de un aumento sustantivo para así evitar la duplicación de los vacíos que atribuimos al derecho penal nacional e internacional.

En sentido práctico, vale la pena preguntar cómo entrarían en vigor los códigos. Gasser ofrece tres observaciones sobre el umbral mínimo que se debe alcanzar para su entrada en vigor. Primero, el grado de violencia sobrepasa los niveles que se viven en épocas normales. Segundo, la violencia es manifiesta, no encubierta. Tercero, la situación se caracteriza por violaciones generales de los derechos fundamentales del individuo⁵⁴. Meron, al referirse a la conveniencia de una declaración humanitaria sobre conflictos internos, resalta la característica de violencia colectiva⁵⁵ como factor que distingue los disturbios y tensiones internas, de otras situaciones violentas⁵⁶. En este sentido, creemos que estos códigos pueden ser aplicables en aquellos contextos múltiples (de los cuales Colombia es representativo) en donde el Estado no reconoce o reconoce sólo parcialmente la aplicabilidad del derecho humanitario, y donde el sistema penal es insuficiente para resolver la naturaleza de los daños o, incluso, puede estar implicado en la disfunción a mayor escala de las instituciones del Estado.

Estos códigos de conducta pueden servir a un gran número de propósitos y, a nuestro juicio, ser una herramienta importante para los hacedores de políticas públicas y los gobiernos en contextos donde el Estado reconoce en la práctica (*de facto*) mas no en la ley (*de jure*), la existencia de un conflicto armado. Nuevamente,

⁵⁴ Ibid., p. 41.

⁵⁵ El CICR también hace referencia al tema de “violencia colectiva”. El Presidente del CICR declaró: esta organización siente una enorme preocupación por la situación de los individuos atrapados en medio de la violencia en un Estado, violencia que va desde meras tensiones internas hasta disturbios internos más graves. Hace poco se sugirió la redacción de una declaración de derechos básicos e inalienables que aplique a casos de violencia colectiva dentro de los Estados, situaciones que no hubieran sido susceptibles de aplicación de derecho humanitario.

Hay, Alexander, The ICRC and International Humanitarian Law, en *International Review of the Red Cross*, n° 23, 1983, p. 3.

⁵⁶ Meron, Theodor, Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife, en *American Journal of International Law*, vol. 78, p. 859, 1984. Un elemento establecido por estos códigos de conducta es la ausencia de un requisito fundamental, a diferencia de su homólogo que trata el conflicto armado. Es decir, no se exige cierto grado de organización por parte de terceros para la entrada en vigor de los códigos en cuestión. La única excepción es la Declaración de Turku/Abo que, si bien prohíbe el homicidio y violencia contra la persona, reza que “cuando el uso de la fuerza fuere inevitable, debe ser proporcional a la gravedad de la ofensa o a la importancia del objetivo a lograr”. Turku/Abo, *Declaración de Normas Humanitarias Mínimas*, art. 7, 1990.

haciendo referencia al estudio de *Roots of War*⁵⁷, respaldamos la posición según la cual los puntos de referencia normativos son críticos en la prevención de violaciones al derecho internacional humanitario. Además, el estudio da fe de que, en situaciones de conflicto armado, las infracciones al DIH conllevan “procesos particulares y sociales de distanciamiento moral” exacerbados por el conformismo colectivo y la obediencia ciega a la autoridad⁵⁸.

Cuando sea poco probable la aplicación formal del DIH por todos los grupos armados, un compromiso con unos criterios normativos de todas las partes podría, por sí mismo, ser una herramienta potente de disuasión (particularmente si son adoptados e implementados por las estructuras de autoridad de las organizaciones). En segundo orden, un elemento central en la prevención de violaciones está en la garantía de que los alzados en armas cuenten con un entrenamiento adecuado. A falta de normas internacionales aceptadas, los estándares mínimos podrían ser el telón de fondo para ese entrenamiento. Si los códigos están ligados a sanciones estrictas y eficaces, bien sea por las estructuras militares estatales o sus pares no estatales, se podría mitigar el uso de la violencia contra las mujeres como táctica de guerra. Tercero, en la medida en que las normas blandas gocen de mayor injerencia y valor dentro del ordenamiento jurídico, no deberíamos subestimar la posibilidad de que, a través del tiempo, los criterios mínimos se cristalicen, convirtiéndose en normas “duras”, es decir, vinculantes.

Incluso en el contexto de los estándares mínimos, es crucial identificar y llegar a un acuerdo sobre el grado de violencia que se requiere. No existe una fórmula matemática que establezca un límite previamente acordado del nivel de violencia aceptable en un Estado particular. Como es de suponerse, este tipo de evaluación es susceptible de enormes discrepancias en virtud de diferentes prácticas culturales, y capacidades financieras y de desarrollo. Un punto de partida lógico sería la determinación de la(s) fuente(s) de violencia. Esto requiere de la recopilación y atribución de las fuentes de actos violentos dentro de cada Estado. El punto de partida de la evaluación suelen ser los niveles normales de actividad delictiva según las estadísticas del país. De nuevo, hacemos hincapié en el evidente sesgo que hay en la recopilación de datos que excluyen los niveles “normales” de violencia contra las mujeres. Estas deficiencias estructurales deben ser tratadas con el fin de evitar que los criterios humanitarios dupliquen la exclusión de daños de género. Además, el asunto se vuelve más complejo a medida que los Estados ejercen su discreción respecto de lo que se puede catalogar como actividad delictiva.

No obstante, es significativo el hecho de que ha habido un avance hacia una definición lo suficientemente clara de “tensiones y disturbios internos” como para poder aplicarla a través de una amplia gama de conflictos. Resaltamos la importancia de incluir en este cálculo el alcance y la profundidad de la violencia contra las

⁵⁷ CICR, *The Roots of Behavior in War*, ob. cit., p. 4.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 2.

mujeres. El peligro es que las definiciones restrictivas, con base en las distinciones comunes entre lo público y lo privado, podrían indicar que las presunciones de género son simplemente trasladadas de un escenario a otro.

III. El establecimiento de responsabilidad del Estado por la violencia de actores no estatales

Los temas centrales tratados en este apartado se centran en los medios que permitirían que las acciones de actores no estatales puedan quedar amparadas en el marco de las obligaciones jurídicas que asume el Estado según el derecho internacional. Los conceptos y prácticas de establecimiento de responsabilidad del Estado son fundamentales para analizar hasta dónde sus obligaciones jurídicas aplican a los daños causados por un actor no estatal. Evaluamos este tema centrándonos nuevamente en la violencia contra las mujeres desde la óptica de los procesos de desarme, desmovilización y reinserción (DDR) que casi siempre acompañan el posconflicto.

A. DDR, el posconflicto y los resultados con enfoque de género

El proceso de Justicia y Paz en Colombia ha dado lugar a una serie de problemas que son familiares a aquellos que investigan y escriben sobre temas de violencia contra la mujer y la forma cómo ésta se manifiesta al final del conflicto. Los procesos de desarme, desmovilización y reinserción (DDR) de combatientes son cada vez más esenciales en la tarea de construir una paz sostenible tras el conflicto armado⁵⁹. A pesar de la presencia de mujeres en las fuerzas armadas o de la importancia de los hombres en las poblaciones civiles, suele haber un elemento tácito de género en el proceso de DDR: la reintegración de un grupo de (ex) combatientes, predominantemente hombres, a una población civil conformada, en su gran mayoría, por población femenina. En términos generales, los procesos de DDR están dirigidos a sociedades en las que ha habido importantes fuentes no estatales de violencia. Aunque los procesos de DDR tienen por objeto garantizar las condiciones para que los antiguos combatientes cesen los actos violentos y

⁵⁹ Véase, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de la ONU (UNDPKO), dependencia de Prácticas Recomendadas, *Disarmament, Demobilization and Reintegration of ex-Combatants in a Peacekeeping Environment: Principles and Guidelines*, 2000; Berdal, Mats R., *Disarmament and Demobilisation after Civil Wars: Arms, Soldiers and the Termination of Armed Conflicts*, en *International Institute for Strategic Studies*, serie Adelphi documento 303, p. 9, 1996; Clark, Kimberly Mahling, *Fostering a Farewell to Arms: Preliminary Lessons Learned in the Demobilization and Reintegration of Combatants*, United States Agency for International Development (Usaid), Washington D.C., marzo de 1996; Knight, Mark, *Combatants in Transitions from War to Peace*, en *Journal of Peace Research*, vol. 41, n° 4, 2004, p. 499.

regresen a sus comunidades de origen, también pueden generar una nueva serie de retos para la seguridad de las mujeres dentro de la comunidad.

A fin de ilustrar las “nuevas” dinámicas de género de la violencia que pueden acompañar los procesos de DDR, es instructivo referirnos a la investigación empírica realizada por organizaciones colombianas de mujeres que examinaron el impacto del proceso de DDR sobre las vidas de mujeres que viven en zonas de rehabilitación y consolidación. Con base en un análisis de impactos a corto y a largo plazo, esta investigación considera que el proceso de reintegración, dentro de los términos de la Ley de Justicia y Paz, constituye una amenaza contra la seguridad de las mujeres. Al comienzo de la desmovilización, las organizaciones de mujeres que observaban el proceso en Tierralta, Córdoba, identificaron un incremento en niveles de prostitución, enfermedades de transmisión sexual y embarazos entre adolescentes⁶⁰. Notaron aumentos alarmantes en los niveles de violencia doméstica como resultado de la formación o reanudación de relaciones entre ex-combatientes y miembros de la población civil⁶¹. En este catálogo de daños, nos enfrentamos a las consecuencias materiales de la distinción que hace la justicia transicional entre el ámbito público y privado. Pertenecen al espacio de los daños privados los embarazos entre adolescentes, la escasa salud sexual y la violencia doméstica. No se percibe la relación entre estos daños y la violencia pública de los grupos paramilitares, de manera que la proliferación de este tipo de violaciones contra las mujeres no entra en los cálculos políticos de los costos y beneficios al negociarse una desmovilización. El problema de fondo es la discrepancia evidente entre la planeación de los programas de DDR –así como de los indicadores de su éxito– y las experiencias vividas por las mujeres en las comunidades receptoras⁶².

La naturaleza de debilidad y fractura del Estado que opera en el marco de una desmovilización tiene el efecto de incrementar las brechas de género de un proceso de DDR, que carece de este enfoque. En virtud de esto, la poca posibilidad estatal de influir de manera fundamental el proceso de DDR implica que nuestras suposiciones respecto de la capacidad del Estado de controlar y prevenir la violencia en el contexto transicional se ven significativamente debilitadas. La débil presencia del Estado ha permitido que reine la impunidad en torno a la violencia contra la mujer en la fase del posconflicto.

De igual manera, el avance de un proceso de DDR no significa el restablecimiento del Estado o la legitimación de sus instituciones. Esto se ve reflejado, en parte, en las constantes pruebas de la injerencia política de antiguos paramilitares, casi que sin ninguna limitación. Los combatientes que retornaron, en muchos casos,

⁶⁰ Corporación Humanas, *Riesgos para la seguridad de las mujeres en procesos de reinserción de excombatiente –estudio sobre el impacto de la reinserción paramilitar en la vida y seguridad de las mujeres en los municipios de Montería y Tierralta, departamento de Córdoba*. Bogotá, 2005, p. 67.

⁶¹ *Ibid.*, p. 73.

⁶² Ní Aoláin, Fionnuala, Women, Security and the Patriarchy of Internationalized Transitional Justice, en *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n°4, 2009, p. 1.055.

han relegado a la población civil del trabajo remunerado y del liderazgo político dentro de las comunidades receptoras⁶³. Las lideresas de organizaciones de mujeres han sido objeto de violencia y asesinatos por parte de los paramilitares⁶⁴. A la larga, las organizaciones de mujeres han criticado el proceso de DDR por institucionalizar la injerencia y poder de los paramilitares dentro de las zonas de desmovilización, como la ciudad de Villavicencio, al sureste de Bogotá⁶⁵. El proceso de desarme fue altamente parcializado e insuficiente. Un gran número de desmovilizados ha reincidido en actividades delictivas. Una reconocida organización de mujeres concluyó que la persistente influencia económica, política y militar de grupos de “desmovilizados” logró perpetuar el paramilitarismo en el país, por lo que los jóvenes aspiran a ganar el poder y el estatus de los paramilitares mientras que las jóvenes aspiran a tener relaciones con ellos (un hecho gráficamente ilustrado por las alarmantes tasas de embarazos entre las adolescentes de la zona)⁶⁶. Las actividades delictivas y la limitación de la expresión política pertenecen a la esfera de daños públicos dentro del contexto de la justicia transicional. Las pruebas de estos daños públicos producto del proceso de DDR constituyen un desafío para la justicia transicional en Colombia, incluso en los propios términos de poner fin a la violencia pública de los grupos paramilitares.

Estos resultados nos obligan a repensar las formas y términos en que se negocian los programas de DDR, así como las bases que determinan su éxito. Pero, y de manera más pertinente, estos resultados nos obligan a plantearnos el interrogante de la responsabilidad jurídica por el fracaso del programa de DDR y del ámbito de responsabilidad por la violencia contra la mujer que sigue aún después del conflicto. Cuando el conflicto llega, en teoría, a su fin, pero el actor no estatal sigue recurriendo a la violencia, aunque ahora en el ámbito teóricamente privado de violencia contra la mujer y los delitos no políticos, ¿dónde recae la responsabilidad jurídica?

B. La incógnita no estatal y la respuesta feminista

La postura de muchas organizaciones de mujeres en Colombia frente a las fuerzas paramilitares refleja la posición general que suelen tener las feministas hacia los actores no estatales. El actor no estatal se asocia a lo masculino y en contextos de conflicto y represión se asocia a características hipermasculinas⁶⁷,

⁶³ Corporación Humanas, *Riesgos para la seguridad de las mujeres*, ob. cit., p. 44.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Corporación Humanas, *Mujeres entre mafiosos y señores de la guerra: Impacto del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en la vida y seguridad de las mujeres en comunidades en pugna*. Caso Villavicencio, Bogotá, 2008.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 52.

⁶⁷ Theidon, Kimberly, *Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia*, en *International Journal of Transitional Justice*, 2007, pp. 66-90; Yuval-Davis, Nira, *Gender and Nation*. SAGE Publications, Londres, 1997.

así como a un inherente sistema patriarcal y retrógrado que tiene un impacto negativo sobre las mujeres. El actor no estatal es visto como un actor impredecible que desconoce los límites, y para las feministas (así como para otras perspectivas teóricas)⁶⁸ existe poca claridad sobre cómo lograr que el actor no estatal tenga que asumir la responsabilidad legal de sus actos, sobre todo por su impacto en las mujeres. Esta falta de certeza y estabilidad podría tener una explicación de la falta de voluntad de la escuela feminista para orientar sus teorías, políticas y actividades de incidencia hacia los entes no estatales.

De manera conexa, cualquier discusión sobre el feminismo y el actor no estatal requiere un reconocimiento de las teorías y políticas que han surgido del vínculo entre las mujeres y los movimientos de liberación nacional. Paralelamente, el estatus de las mujeres en los movimientos de liberación nacional, así como la relación del feminismo con estos movimientos, rara vez ha generado una participación directa del movimiento feminista en ese tipo de organismos⁶⁹. En general, el movimiento feminista se ha dado cuenta de lo complejo y paradójico que resulta la participación de las mujeres en las luchas de liberación nacional. La participación de las mujeres como combatientes en movimientos nacionales de liberación, así como el trabajo más mundano en materia de reproducción⁷⁰ y el mantenimiento de los límites en que estos movimientos se desarrollan⁷¹, ha dado lugar a una evaluación feminista en gran parte negativa de estos movimientos. La aceptación pragmática de la participación de las mujeres se combina con una falta de voluntad para suponer que una agenda reformista podría transformar a estos movimientos. Como resultado, la atención reformista se centra principalmente en el Estado. Vale la pena señalar que hay ciertos dilemas teóricos y prácticos respecto de esta perspectiva feminista en vista de la existencia de mujeres combatientes (o incluso mujeres que tácitamente apoyan la violencia). Varias disciplinas académicas parten del “preconcepto de que las mujeres son, por lo general, más pacíficas y menos agresivas o propensas a la guerra que los hombres”⁷². En términos generales, falta investigación en varias disciplinas académicas sobre la violencia política por parte de las mujeres, su alcance y sus motivos⁷³.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, con respecto al desafío que presentan los actores no estatales para las aproximaciones tradicionales a los estudios sobre temas de seguridad, Smith, Steve, *The Increasing Insecurity of Security Studies: Conceptualizing Security in the Last Twenty Years*, en *Contemporary Security Policy*, vol. 20, 1999, pp. 72-101.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Moghadam, Valentine M. (ed.), *Gender and National Identity: Women and Politics in Muslim Societies*. Londres-Nueva York, Zed Books, 1994.

⁷⁰ Véase, en general, Yuval-Davis, ob. cit.

⁷¹ Véase, por ejemplo, el trabajo de Begoña Aretxaga sobre el nacionalismo en Irlanda del Norte: Begoña Aretxaga, *Shattering Silence: Women, Nationalism, and Political Subjectivity in Northern Ireland*. Princeton University Press, 1997, p. ix. (“Las mujeres son la columna vertebral de la lucha; aquí, ellas son las que están al frente de la guerra”).

⁷² Miranda, Alison, *Women and Political Violence: Female Combatants in Ethno-National Conflict*. Oxon, Routledge, 2008, p. 1.

⁷³ En el campo de la trata de personas, que puede tener relación con este tema, véase, por ejemplo, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas*,

La falta de investigación tiene que ver con las complejas convenciones sociales respecto del papel que desempeñan las mujeres en las fuerzas armadas del Estado, o de cualquier papel que puedan asumir dentro de las estructuras no estatales en sociedades en conflicto. Aquí también “la percepción común de las mujeres como víctimas del conflicto (...) tiende a perder de vista, de manera explícita e implícita, el poder y capacidad de acción que tienen las mujeres”⁷⁴. Este vacío lleva a formular políticas y establecer prácticas que perciben a las mujeres de manera homogénea como seres indefensos o como víctimas implícitas, desconociendo así la realidad paralela de las mujeres que son beneficiarias de la opresión o, incluso, “perpetradoras de catástrofes”⁷⁵. Además, el papel activo de las mujeres en organizaciones militares nacionales o etnonacionales se caracteriza por una profunda ambigüedad relacionada con un debate resonante sobre la identidad nacional, el significado de la ciudadanía y la interacción compleja entre la reproducción cultural y los roles de género en cualquier sociedad⁷⁶. Sin embargo, la correlación débil entre los niveles de participación femenina en el combate y el estatus de las mujeres en estados poscoloniales⁷⁷ refleja la afirmación de Cynthia Enloe sobre el hecho de que los movimientos de liberación nacional tienden a adoptar una posición que se podría definir como “ahora no, después”, de cara al tema de igualdad para las mujeres⁷⁸. Paralelamente, la participación de mujeres en luchas de liberación o independencia tiene poca correlación con la responsabilidad legal por las violaciones de género que se cometen en aras de ese fin político, dejando así cierta incertidumbre para las mujeres en contextos de posconflicto.

En vista de esta evaluación principalmente negativa que el movimiento feminista ha hecho de los actores no estatales, el Estado ha surgido como el “protector” que garantiza el goce de los derechos liberales a la igualdad y la no discriminación. Si bien resultan imperfectas, las garantías jurídicas del Estado de defender el derecho a la igualdad ofrecen más protección e influencia en la toma de decisiones que las de cualquier grupo irregular. Sin embargo, en términos de simple presencia numérica,

especialmente mujeres y niños, Sigma Huda, U.N. Doc. A/HRC/4/23/Add.1, 2007, pp. 21-25. En este texto se enviaron señales de alarma a la comunidad de personas interesadas en el tema de la trata de personas que no conocían el rol de las mujeres como traficantes.

⁷⁴ Sharoni, Simona, *Rethinking Women's Struggles in Israel-Palestine and in the North of Ireland*, en Moser, Caroline y Clark, Fiona (eds.), *Victims, Perpetrators or Actors? Gender, Armed Conflict and Political Violence*. Londres, Zed Books, 2001, p. 86.

⁷⁵ Lentin, Ronit, *Gender and Catastrophe*. Londres, Zed Books, 1997, p. 12.

⁷⁶ Véase Yuval-Davis, ob. cit. Véase también la evaluación de la posición de unas 20.000 mujeres que combatieron en el Frente Marxista Eritreo de Liberación Popular, cuyo regreso a una sociedad profundamente patriarcal ha sido difícil en varios aspectos: McKinley, J., *Eritrea's Women Fighters Long for Equality of War*, en *The Guardian*, 6 de mayo de 1995.

⁷⁷ Para una discusión de estas dinámicas en los casos de Eritrea y Colombia, respectivamente, véase Campbell, Patricia, *Gender and Post-conflict Civil Society*, en *International Feminist Journal of Politics*, vol. 7, 2005, p. 377-99; Londoño F., Luz María y Yoana Fernanda Nieto V., *Mujeres no contadas: procesos de desmovilización y retorno a la vida civil de mujeres excombatientes en Colombia 1990-2003*. Medellín, Carreta Editores E.U., 2007.

⁷⁸ Enloe, Cynthia, *The Morning After: Sexual Politics at the End of the Cold War*. Berkeley, University of California Press, 1993.

las mujeres siguen contando con una baja representación dentro del Estado⁷⁹, y la investigación empírica demuestra que, en todas las regiones, la actividad política de las mujeres se concentra en las organizaciones locales de la sociedad civil⁸⁰. No obstante, los movimientos de mujeres que buscan conquistas políticas orientan sus campañas de incidencia, de manera notablemente sistemática, hacia el Estado. De ninguna manera ponemos en duda el valor de esta actividad. El Estado es y seguirá siendo el espacio legítimo para las actividades y los avances feministas. Sin embargo, tal como comienza a explorar el anterior análisis, sugerimos que, de manera paralela, los grupos feministas también deberían preocuparse por los actores no estatales, tratando así de tener injerencia en sus acciones y estructuras institucionales. A continuación analizamos cómo las acciones de los agentes no estatales pueden ser influenciadas en la medida en que se busque la rendición de cuentas por parte del Estado por la violencia de género perpetrada por estos grupos. Sugerimos que el Estado tendría más motivos de garantizar la integridad física de las mujeres mientras negocia acuerdos políticos si se aumentaran los costos políticos y legales que éste tuviera que asumir por las formas públicas y privadas de violencia contra la mujer, causadas por los grupos irregulares.

C. Diligencia debida como mecanismo de incidencia sobre el actor no estatal

El hecho de privilegiar el rol del Estado es un punto de semejanza entre las intervenciones feministas en la justicia transicional y la estructura del derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados asumen soberanamente las obligaciones de derechos humanos y la responsabilidad por su violación. Tradicionalmente estas obligaciones eran entendidas como rectoras de la relación vertical entre los Estados y los ciudadanos. Sin embargo, el desarrollo de la doctrina de diligencia debida ha introducido la noción de la aplicación horizontal de los derechos humanos, lo cual implica que estos también son vinculantes en las relaciones entre ciudadanos. En la práctica, esta responsabilidad se efectúa a través del Estado. Las obligaciones de diligencia debida exigen al Estado proteger los derechos del individuo contra los abusos de otras personas naturales. Esta doctrina ha sido uno de los desarrollos más significativos en aras de darle al ordenamiento internacional de derechos humanos relevancia para las violencias cotidianas que sufren las mujeres⁸¹. Ha sido fundamental la declaración de los deberes del Estado de prevenir, prohibir, investigar y castigar la violencia contra

⁷⁹ Véase, por ejemplo, el número de mujeres que conforman los parlamentos del mundo, cifras disponibles en www.ipu.org.

⁸⁰ Basu, Amrita (ed.), *The Challenge of Local Feminisms: Women's Movements in Global Perspective*. Boulder, Westview Press, 1995.

⁸¹ Cook, Rebecca, Accountability in International Law for Violations of Women's Rights by Non-State Actors, en *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 25, 1993, p. 93.

la mujer, sobre todo cuando es perpetrada por actores privados dentro de hogares y comunidades.

En contextos transicionales donde el Estado es frágil y, por tanto, una violencia criminal generalizada podría persistir, puede insistirse en que las obligaciones de diligencia debida apliquen en casos de violencia contra la mujer. Sin embargo, el conflicto armado no exime a los Estados de sus obligaciones de diligencia debida. Como examinamos aquí, existe una normatividad importante para promover la rendición de cuentas, de la cual buena parte es directamente relevante para el contexto colombiano. Teniendo en cuenta la violencia de género que acompaña un proceso fallido o deficiente de DDR, rastreamos varios desarrollos jurídicos importantes que, al leerse en conjunto, apoyan la expansión de la responsabilidad del Estado por las acciones de actores no estatales, incluyendo: un mayor reconocimiento de los daños de género en las normas tradicionales bajo los requisitos de diligencia debida; extensión de la responsabilidad del Estado para incluir daños públicos causados por actores no estatales, y la aplicación del análisis de la diligencia debida a los daños privados, que al no ser contemplados por el Estado pueden ser entendidos como discriminación.

1. Reconocimiento legal de la violencia de género

El sistema interamericano de derechos humanos ha sido uno de los más progresistas por su formalización del derecho de las mujeres de llevar una vida libre de violencia. La Convención Interamericana de Belém do Pará, adoptada en 1994, es el único instrumento internacional vinculante de derechos humanos dedicado a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer⁸². La Convención incluye un mecanismo que notifica a la Comisión Interamericana de las demandas particulares⁸³. Si bien la Corte Interamericana ha sido más conservadora en su desarrollo jurisprudencial del derecho de la mujer a llevar una vida libre de violencia⁸⁴, algunos fallos recientes señalan un nuevo e importante recorrido.

El fallo de 2006 sobre el abuso sexual de las reclusas del penal Castro Castro estableció un precedente importante en cuanto al reconocimiento de las formas específicas de trato inhumano con énfasis especial en el género⁸⁵. Se reconocieron como “tratos inhumanos” que violan la Convención Americana de Derechos Humanos, los siguientes: las reclusas eran obligadas a quitarse la ropa y permanecer

⁸² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 9 de junio de 1994, 33 ILM 1534 (entró en vigor el 5 de marzo de 1995).

⁸³ *Ibid.*, artículo 12.

⁸⁴ Véase, además, Palacios Zuloaga, Patricia, *The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights*, en *Texas Journal of Women and the Law*, vol. 17, 2008, p. 228.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160

desnudas por un periodo de tiempo prolongado mientras eran rodeadas por las fuerzas de seguridad; se les prohibía ducharse, y eran acompañadas al baño por los guardias, y les fue negada la atención médica posparto⁸⁶. En vista de que estas violaciones de derechos humanos fueron perpetradas por el Estado, dentro de una institución de carácter estatal, el fallo coincide con la concepción tradicional de los derechos humanos en la que el Estado es el sujeto central.

El fallo determinó que el Estado había incumplido sus obligaciones de diligencia debida al no investigar supuestos casos de tortura⁸⁷. Además, al reconocer los daños y perjuicios, la Corte consideró de manera específica los diferentes tipos de violencia que sufrieron las mujeres⁸⁸. Finalmente, el fallo marcó un precedente importante al establecer que la Convención de Belém do Pará tiene carácter justiciable. Mientras el gobierno peruano alegaba que las comunicaciones que informaban sobre las violaciones de derechos estipulados por la Convención sólo podían ser conocidas por la Comisión Interamericana⁸⁹, la Corte concluyó que el Estado había incumplido con su obligación prevista en el artículo 7(b) de investigar y castigar hechos de violencia contra la mujer. Al leerlos todos en conjunto, estos aspectos diferentes del fallo de la Corte reiteran el deber que tienen los Estados de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; investigar denuncias de tortura, incluyendo formas de tortura sexual, y reconocer una indemnización justa a aquellas mujeres que han sido víctimas de la violencia sexual. Estos términos establecen un fundamento sólido para la aplicación de estos principios en muchos otros contextos, incluida la aplicación horizontal a actores no estatales.

2. Establecimiento de responsabilidad del Estado por la violencia “pública” de los paramilitares

Mientras el caso del Penal Castro Castro tenía que ver directamente con la violencia contra la mujer perpetrada desde el Estado, hay una jurisprudencia innovadora de los tribunales internacionales que determina que el Estado puede ser responsable por las acciones de actores privados cuando éste no logra fijar estándares de regulación apropiados, fomenta la no aplicación de las normas legales relevantes o minimiza la sanción⁹⁰. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha conducido a la comunidad internacional de derechos humanos al establecimiento de responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos perpetradas por actores privados⁹¹.

⁸⁶ Ibid., párrafo 197.

⁸⁷ Ibid., párrafo 347.

⁸⁸ Ibid., párrafo 432.

⁸⁹ Ibid., párrafo 379.

⁹⁰ Véase, en general, Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, 2006.

⁹¹ Véase, especialmente, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Aquí, la jurisprudencia de la Corte ha señalado específicamente la responsabilidad del Estado colombiano por las violaciones de derechos humanos perpetradas por grupos paramilitares, en virtud del alcance de los nexos entre algunos estamentos del Estado y ciertos grupos paramilitares⁹². Hasta hoy, los paramilitares siguen realizando actividades políticas y bélicas⁹³, y la Corte Interamericana continúa responsabilizando al Estado colombiano por muchos de los daños públicos causados por estos grupos durante el conflicto. Por ejemplo, en el caso de la *Masacre de Mapiripán*, la Corte concluyó que el Estado colombiano era responsable por los secuestros, torturas y matanzas cometidas por grupos paramilitares o de autodefensas debido al “vínculo entre las fuerzas armadas y el grupo paramilitar a fin de cometer la masacre (...) efectuada de forma coordinada, paralela y conexas”⁹⁴. Este vínculo, junto con un énfasis en la diligencia debida, sigue siendo crítico para la protección de mujeres en situaciones de conflicto armado. El fallo de la Corte en el caso de la *Masacre de Mapiripán* se puede leer en conjunto con el fallo del penal *Castro Castro* para atribuir al Estado colombiano la responsabilidad por los niveles alarmantes de daños públicos contra mujeres, tales como el asesinato de las directoras de organizaciones femeninas, perpetradas por fuerzas paramilitares.

3. El régimen internacional de derechos humanos y su aplicación a los daños “privados”

Al estudiar la violencia contra las mujeres, un marco teórico importante es la división entre lo público y lo privado, y cómo esta división coincide con el paradigma estatal-no estatal. Expertos en género han analizado a profundidad las implicaciones de la división entre lo público y lo privado para las mujeres⁹⁵. El campo de acción de la ley en la esfera privada es deliberadamente limitado, razón por la cual lo que es considerado privado sigue estando por fuera del ámbito reglamentario. Las dificultades de separar lo público y lo privado, aplicadas al espectro de lo estatal y no estatal, son, en cierta medida, evidentes. Respecto a la aplicación de las normas de derecho internacional, el Estado está sujeto a los estándares internacionales cuando ocurren violaciones en la esfera pública que involucran a oficiales estatales.

La aplicación horizontal de las normas de derechos humanos ha sido relevante para mujeres que buscan “abarcas” las violaciones que ocurren en la esfera privada.

⁹² Véase Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, ob. cit.

⁹³ Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra: de paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá, Planeta, 2006.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, ob. cit., párrafo 123.

⁹⁵ Las teorías feministas afirman desde hace mucho tiempo que los daños predominantes contra la mujer tienden a ocurrir dentro del lugar más íntimo del ámbito privado, en la misma familia. Véase Merry, Sally Engle, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. University of Chicago Press, 2006.

En particular, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁶ y la creciente legislación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se han centrado en la elaboración de las obligaciones de diligencia debida de los Estados consistentes en prevenir, prohibir, investigar y castigar los actos de la mal llamada violencia privada, en particular, la violencia doméstica⁹⁷. Es importante señalar que, dentro de esta declaración de las obligaciones de diligencia debida de los Estados, la impunidad por la violencia contra la mujer se ha reconocido de manera explícita como un acto de discriminación. Si un Estado no responde adecuadamente a las formas de violencia privada que afectan, principalmente, a las mujeres, ese Estado está incumpliendo su obligación de proteger el derecho de igualdad ante la ley y, por tanto, está incurriendo en conductas discriminatorias en contra de las mujeres.

En el caso del *Campo Algodonero*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado esta importante trayectoria del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de las mujeres de llevar una vida libre de todo tipo de violencia⁹⁸. Por primera vez, la Corte determinó que un Estado incumplió sus deberes positivos de responder a la violencia contra la mujer perpetrada por actores privados. El fallo tenía que ver con tres de una serie de cientos de casos, mal investigados y sin resolver, de desapariciones, violaciones y homicidios de mujeres jóvenes en Ciudad Juárez, en la frontera entre México y Estados Unidos. Fue significativo el hecho de que la Corte considerara las violaciones de derechos humanos en México en el contexto de violencia generalizada contra las mujeres y la discriminación estructural en Ciudad Juárez. La Corte concluyó que en esa ciudad la “cultura de discriminación” contra la mujer había influido la respuesta de las instituciones del Estado frente los niveles alarmantes de violencia de género, situación que produjo una escasa investigación penal y, por tanto, la perpetuación de la impunidad⁹⁹. También vale la pena anotar que, con base en la definición de violencia contra la mujer tanto de la Cedaw en la Recomendación General 19, como de la Convención de Belém do Pará, la Corte concluyó, por primera vez, que la violencia de género puede constituir discriminación contra la mujer¹⁰⁰. Al gobierno de México se le ordenó cumplir una amplia serie de medidas compensatorias, entre estas la construcción de un monumento nacional, nuevas investigaciones y reparaciones por más de 200.000 dólares para cada una de las familias demandantes¹⁰¹.

⁹⁶ European Court of Human Rights, *M.C. v Bulgaria*, [2003] ECHR 39272/98, 4 de diciembre 2003; *Opuz v. Turkey*, [2009] ECHR 33401/02, 9 de junio de 2009.

⁹⁷ Véase Cedaw, *AT vs. Hungría*, comunicación 2/2003, perspectivas adoptadas por el CEDAW, 26 de enero de 2005; para discusión; Byrnes, Andrew y Bath, Eleanor, *Violence Against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women*, en *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, p. 517.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

⁹⁹ *Ibid.*, párrafos 399-400.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párrafos 395, 402.

¹⁰¹ *Ibid.*, parte IX, reparaciones.

Son importantes las implicaciones del fallo del caso *Campo Algodonero* para el contexto colombiano y para otros contextos más amplios. La determinación de la Corte de considerar incidentes particulares de violencia de género dentro de un contexto de violencia generalizada contra la mujer y de discriminación estructural es muy pertinente al caso colombiano. Esta aproximación completa y contextual a la complicidad del Estado en la perpetuación de la violencia contra la mujer por parte de actores privados debe llamar a la atención y a la responsabilidad jurídica en torno a la relación entre el papel del Estado en la negociación de los términos de desmovilización de los paramilitares y los niveles alarmantes de agresiones públicas y privadas contra las mujeres dentro de las zonas de desmovilización. Aunque los actores estatales tal vez no sean los autores directos de estos daños y la gama de violaciones identificadas vaya más allá de los secuestros, torturas y asesinatos cometidos por los paramilitares objeto del caso de *Mapiripán*; el Estado colombiano tiene claras obligaciones jurídicas de prevenir, proteger, investigar, castigar e reparar los daños públicos y privados contra las mujeres dentro de las zonas de desmovilización.

Conclusión: derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, reajustando los intereses del Estado en la negociación de la justicia transicional

Al concluir este ensayo, volvemos al punto en el que los temas de rendición de cuentas y establecimiento de responsabilidades están sobre la mesa (o claramente fuera de consideración), esto es, el esquema de negociación entre el Estado y los actores no estatales. Si bien un acuerdo de paz puede transformar las relaciones entre los actores violentos, probablemente poco aportará a las relaciones sociales dentro de las zonas controladas por grupos armados irregulares. Asimismo, un acuerdo de paz poco aportará a la resolución de las ambigüedades jurídicas y estructurales que dominan de manera previa y continua la superposición de regímenes de control en las zonas no estatales y estatales en medio del conflicto. La ambigüedad constructiva del acuerdo de paz puede, de hecho, incorporar esa tensión y realidad directamente en los nuevos arreglos¹⁰². En Colombia, al proceso de DDR se le atribuye, en gran medida, la legitimación del control social de los paramilitares en vez de ponerle fin a este¹⁰³. Además, se percibe que el proceso de DDR alimenta la preocupación de que se haya institucionalizado, con el proceso actual, el vacío *de facto* en materia de rendición de cuentas creado por los paramilitares. Sugerimos que los pactos políticos que subyacen a los acuerdos de paz suelen incluir compromisos silenciosos sobre los daños privados y, en efecto, la seguridad de las mujeres, tal como revelan los altos

¹⁰² Bell, Christine y Kathleen Cavanaugh, *Constructive Ambiguity or Internal Self-determination? Self-determination, Group Accommodation and the Belfast Agreement*, en *Fordham International Law Journal*, vol. 22, 1999, p. 1345.

¹⁰³ Corporación Humanas, *Riesgos para la seguridad de las mujeres*, ob. cit., p. 67.

índices de violencia de género dentro de las zonas de desmovilización en el país. La falta de atribución de responsabilidades por las violaciones contra mujeres y otras víctimas podría ser parte de dicho acuerdo para lograr el fin del enfrentamiento público entre combatientes masculinos. Además, la constante violencia contra la mujer no se percibe como un factor que menoscabe los fundamentos del “acuerdo” en sí, y será totalmente incidental a su éxito o fracaso. ¿Cómo tratar esta realidad?

No somos ingenuas al suponer que el tema de género probablemente ganará protagonismo en estos procesos y dominará los “acuerdos” que se logren, pese a los dictámenes de normalización del tema de género y a la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Sin embargo, con el fin de tratar los vacíos en materia de responsabilidad y rendición de cuentas por violaciones de género, sugerimos algunos caminos. En primera instancia, tanto integrantes del movimiento feminista como formuladores de políticas, entre otros, tienen que prestarle más atención a los actores no estatales, no sólo como generadores de violencia, sino como entidades de control. En cuanto a esta última capacidad, se debe tener especial cuidado frente a las modalidades de asignación de responsabilidad individual del actor no estatal pero también a la afirmación de responsabilidades de mando y control de los comandantes sobre sus subordinados. En segunda instancia, hacemos un recuento de un tema antiguo pero crucial al afirmar la importancia de asignar responsabilidad a los actores no estatales de acuerdo con las normas vigentes de derecho internacional humanitario, específicamente el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra que se aplica a conflictos armados no internacionales. En tercera instancia, promovemos una mayor voluntad para considerar la relevancia de los estándares humanitarios mínimos para los conflictos armados, sobre todo si estos estándares prevén un enfoque de género y contribuyen a evitar los vacíos de género tan comunes en los criterios de los tratados. Los estándares mínimos podrían generar cierto grado de aceptación por parte de los grupos irregulares, partiendo de que existe un precedente importante para la cristalización de estas normas de “derecho blando”, de manera que se convierten en normas “duras” y vinculantes.

Finalmente, en el ámbito de las obligaciones de derechos humanos, argumentamos que si las obligaciones de diligencia debida se aplican a los Estados a raíz de la violencia contra las mujeres en zonas de control cedidas a los actores no estatales, podrían aumentar para el Estado los costos legales y de reputación de llegar a acuerdos durante una negociación con actores irregulares. Esto podría generar una reevaluación de los intereses al entrar en estas negociaciones. Además, podría indicar que la reducción de daños públicos no se puede intercambiar tan fácilmente por la persistencia o exacerbación de una serie de daños privados. Por cierto, la amenaza creíble del establecimiento de responsabilidad del Estado por daños privados perpetrados por actores paramilitares podría significar que los beneficios materiales y simbólicos de esta inclusión (dentro del Estado) estarían sujetos, en gran medida, a los principios de no violencia y no discriminación contra las mujeres. En suma, instamos a que se le preste más atención a los actores no estatales y a las posibilidades que tienen los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los “acuerdos” transicionales para responsabilizar a estos actores por daños de género cometidos durante el conflicto armado.

Capítulo 6

Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso de Colombia*

Felipe Gómez Isa

La denominada justicia transicional o justicia de transición se ha desarrollado de una manera vertiginosa en las tres últimas décadas, convirtiéndose en un campo abonado para una floreciente y rica reflexión académica¹, la aparición de diversas ONG y centros de investigación y consultoría², la creciente atención de la comunidad internacional organizada³ y la adopción de estándares jurídicos e

* Aunque la responsabilidad por lo vertido en este artículo es exclusiva de su autor, agradezco los oportunos comentarios a versiones anteriores hechos por Gustavo Salazar (Universidad Javeriana, Bogotá), Carlos Martín Beristain (consultor internacional, Bilbao), Giulia Tamayo (Amnistía Internacional, Madrid), Pablo de Greiff (ICTJ, Nueva York), Michael Reed (ICTJ, Bogotá), Gabriel Arias (ICTJ, Bogotá) y Javier Chinchón (Universidad Complutense, Madrid)

¹ A continuación cito tan sólo algunos títulos relevantes de una muy vasta y prolífica producción científica al respecto: Kritz, Neil J., *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington D.C., United States Institute of Peace Press, 1995; Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*. New York, Oxford University Press, 2000; Minow, Martha, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston, Beacon Press, 1998; Mani, Rama, *Beyond Retribution: Seeking Justice in the Shadows of War*. Cambridge, Polity Press, 2002; Lekha Sriram, Chandra, *Confronting Past Human Rights Violations: Justice vs. Peace in Times of Transition*. London, Frank Cass, 2004; Hughes, Edel, William A. Schabas y Armes Thakur (eds.), *Atrocities and International Accountability. Beyond Transitional Justice*. New York, United Nations University, 2007; Roht-Arriaza, Naomi y Javier Mariezcurrena (eds.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Chinchón, Javier, *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Madrid, Parthenon, 2007. Existe una publicación periódica dedicada exclusivamente al campo de la justicia transicional: *International Journal of Transitional Justice*.

² Uno de los centros de referencia es el *International Center for Transitional Justice*, con sede central en Nueva York y oficinas en lugares tan diversos como Ciudad del Cabo, Bruselas, Ginebra, Yakarta, Katmandú, Kinshasa, Beirut y Bogotá (www.ictj.org). Asimismo, existen el *Oxford Transitional Research Group*, el *Transitional Justice Institute* de la Universidad de Ulster, Irlanda, y el *Center for the Study of Violence and Reconciliation* en Ciudad del Cabo, Sudáfrica.

³ Muestra de este creciente interés es el estudio del Secretario General de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616, Nueva York, 3 de agosto de 2004. La Organización de Estados Americanos (OEA) también se ha involucrado crecientemente en aspectos relacionados con procesos de justicia transicional, como en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia. En este caso, en febrero de 2004 el Secretario General de la OEA celebró un acuerdo con el Gobierno colombiano para monitorear el proceso de desmovilización. La OEA proporcionaría apoyo técnico para la verificación del alto el fuego y el cese de hostilidades, la desmovilización, el desarme y las iniciativas para la reintegración de los desmovilizados. Para ello, se estableció la *Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia* (MAPP/OEA), que ha seguido muy de cerca todos los desarrollos del proceso de paz con las AUC. Véase al respecto Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 6, 2 de octubre de 2007.

institucionales internos o internacionales cada vez más sofisticados⁴. A pesar de que los contextos en los que operan los mecanismos de justicia transicional son muy complejos—donde priman las consideraciones políticas y de oportunidad—y de que los éxitos rotundos de procesos de justicia transicional brillen por su ausencia, se ha instalado progresivamente, tanto en círculos académicos como en círculos políticos, una cierta sensación de *inevitabilidad* de acudir a estos mecanismos cuando se aborda un proceso de transición democrática tras un periodo autoritario o dictatorial o cuando se sale de un conflicto plagado de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, no creo infundado afirmar que la justicia transicional ha tenido una suerte de *éxito epistémico* al situarse en el centro de las discusiones en procesos de transición política y de resolución de conflictos y al reflejar una conciencia de su utilidad para abordar los legados incómodos.

Este relativo éxito epistémico viene acompañado, paradójicamente, de un “escaso avance de la teoría”⁵ en el ámbito de la justicia transicional que impide hablar con propiedad de la existencia de un nuevo paradigma conceptual. Todavía somos rehenes de una construcción teórica episódica, parcial y muy fragmentada que comenzó en la década de los ochenta al calor de las transiciones a la democracia en el Cono Sur de América⁶, siguió en los casos de la resolución de conflictos muy prolongados en Centroamérica, tuvo su eclosión en la Sudáfrica posapartheid y se ha ido extendiendo recientemente a otros contextos en África y Asia⁷. Esta particular evolución ayuda a explicar qué tanto las herramientas conceptuales básicas como los mecanismos de aplicación de la justicia transicional han ido evolucionando a medida que se han aplicado a nuevos casos y en nuevos contextos, apareciendo una de las características inherentes a la justicia transicional: su *versatilidad*. Las normas y los mecanismos de justicia transicional no pueden ser absolutamente uniformes y monolíticos, sino suficientemente versátiles y flexibles para adaptarse a las diferentes, complejas y variadas circunstancias en las que necesariamente tienen que operar.

Asimismo, la no muy dilatada experiencia de justicia transicional enseña que quienes han diseñado y pilotado los procesos de transición han sido actores políticos con una agenda y con intereses que, en todo caso, querían preservar y proteger, y con una estructura de poder que apoyaba sus pretensiones. A pesar de

⁴ Gómez Isa, Felipe, El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, en *El Otro Derecho*, vol. 37, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (Ilsa), Bogotá, 2007, pp. 11-64.

⁵ De Greiff, Pablo, Una concepción normativa de la justicia transicional, en Rangel, Alfredo (Ed.), *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá, Intermedio Editores, 2009, p. 22.

⁶ Algunas personas se remontan al periodo inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, donde se aplicaron mecanismos de justicia transicional ligados a los juicios de Núremberg y Tokio, y a políticas de reparación en Francia y en la Italia posfacista. Véase Capellà, Margalida, Represión política y Derecho Internacional: una perspectiva comparada (1936-2006), en Capellà, Margalida y David Ginard (Coord.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*. Palma de Mallorca, Edicions Documenta Balear, 2009, pp. 164-74.

⁷ Un lúcido análisis histórico de la justicia transicional lo encontramos en Elster, Jon, *Closing the Books, Transitional Justice in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

que contamos con estándares jurídicos y jurisdiccionales en el campo de la justicia transicional cada vez más elaborados y con un relativo grado de coerción, debemos reconocer que en general estos no han marcado la hoja de ruta a seguir, sino que los distintos actores involucrados han tratado de acomodar estratégicamente sus intereses y objetivos al marco normativo e institucional de la justicia transicional. Este uso político y estratégico del discurso de la justicia transicional para legitimar la consecución de sus propios objetivos lo encontramos, en mayor o en menor medida, en todos los procesos de transición. Es inherente a estos.

La convicción generalizada acerca de la utilidad de la aplicación de los conceptos y los mecanismos de justicia transicional ha llevado a tratar de expandirlos a contextos que, en sentido estricto, no son transicionales⁸. Existe cada vez más presión para ampliar el espectro de aplicación de la justicia transicional, lo que puede acabar afectando tanto a cuestiones básicas conceptuales como a la propia operatividad de los mecanismos de justicia transicional. En este sentido, el discurso de la justicia transicional está predicándose en situaciones de conflicto abierto en el que todavía no existen expectativas creíbles de terminación y en el que el proceso de paz se limita a tan sólo uno de los actores, como es el caso de Colombia⁹. Esta expansión del discurso afecta también a transiciones democráticas llevadas a cabo bajo un manto de olvido y sin afrontar los abusos del pasado, en las que ahora, décadas después, como ocurre en España, diferentes actores recurren al discurso y a la práctica de la justicia transicional como forma de cerrar definitivamente una transición que creen inconclusa¹⁰. A su vez, la justicia transicional está reivindicándose para abordar las injusticias históricas que han sufrido colectivos como los pueblos indígenas¹¹, los afrodescendientes¹² y otros grupos subalternos¹³ que reclaman reconocimiento de su papel en la historia y reparación por los sufrimientos del pasado¹⁴. Finalmente, también

⁸ Bonet, Jordi y Rosana Alija, Impunidad, derechos humanos y justicia transicional, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, vol. 53, Universidad de Deusto, 2009, p. 110.

⁹ Uprimny, Rodrigo (dir.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, DeJusticia, Antropos, 2006.

¹⁰ Aguilar Fernández, Paloma, *Políticas de la memoria y memorias de la política. El caso español en perspectiva comparada*. Madrid, Alianza Editorial, 2008.

¹¹ Gómez Isa, Felipe, El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias históricas, en Álvarez, Natalia, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), *La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Madrid, Los Libros de la Catarata, 2009, pp. 157-91.

¹² Mosquera Rosero-Labbé, Claudia y Luiz Claudio Barcelos (eds.), *Afro-reparaciones: memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Bogotá, Observatorio del Caribe Colombiano, 2007.

¹³ El término “subalterno” fue acuñado por Antonio Gramsci, pero ha sido desarrollado de una manera muy interesante por el colectivo de los denominados Estudios Subalternos. Véase al respecto Guha, Ranajit y Gayatri Chakravorty Spivak (eds.), *Subaltern Studies*. New Delhi, Oxford University Press, 1985.

¹⁴ Thompson, Jana, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice*. Cambridge, Polity Press, 2002; Torpey, John (ed.), *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*. Rowman Maryland y Littlefield Publishers, 2003; Barkan, Elazar, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2000; Ulrich, George and Louise K. Boserup (eds.) *Reparations: Redressing Past Wrongs*. La Haya, Kluwer Law International, 2003; Reyes Mate, Manuel (ed.), *Responsabilidad histórica. Preguntas del nuevo al viejo mundo*. Barcelona, Anthropos, 2007.

se cuestiona si la justicia transicional tiene que dejar de abordar exclusivamente las más graves violaciones de los derechos civiles y políticos, como ha ocurrido hasta ahora, para ampliar su abanico de actuación a aspectos relacionados con el desarrollo¹⁵, la justicia social¹⁶ o los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷, ingredientes esenciales para que un proceso de transición pueda llegar a buen puerto.

Debemos reconocer que estas presiones para extender el ámbito de aplicación del discurso de la justicia transicional obligan necesariamente a una reconsideración sistemática de los presupuestos epistemológicos y conceptuales sobre los que ha operado hasta ahora la justicia transicional, obligan a estar permanentemente alertas acerca de la idoneidad o no de dichos presupuestos en cada caso concreto y, sobre todo, acerca de sus eventuales impactos en los conceptos y en los mecanismos de la justicia transicional.

El objetivo de este capítulo es analizar la utilización y la aplicación del discurso de la justicia transicional en el caso colombiano. En la parte I se aborda el contexto, los discursos empleados y la implementación de los mecanismos de justicia transicional, mientras la parte II intenta extraer algunas conclusiones en torno a si la progresiva ampliación del campo de actuación de la justicia transicional a escenarios no transicionales es una estrategia adecuada o no y en torno a los beneficios y eventuales riesgos que corremos con dicha estrategia. Para esto, se analizará el rol de las víctimas como actores políticos, la respuesta “desde abajo” al discurso oficial, los avances en materia de derecho a la verdad, el rol desempeñado por los estándares normativos e institucionales, y el posible impacto de los mecanismos de justicia transicional en futuros procesos de paz.

I. Los discursos de la justicia transicional en Colombia

Una vez que el presidente Álvaro Uribe Vélez asume la presidencia en 2002 y anuncia su política de *seguridad democrática*¹⁸, desde fines de ese mismo año se inicia un proceso de diálogo y posterior desmovilización de paramilitares que ha conducido a que, según cifras oficiales, 31.671 integrantes de estos grupos ilegales se hayan comprometido a desmovilizarse y a dejar las armas¹⁹. El propio Uribe y

¹⁵ Véase la interesante reflexión provocada por De Greiff, Pablo y Roger Duthie (eds.), *Transitional Justice and Development. Making Connections*. New York, Social Science Research Council, 2009.

¹⁶ Oré Aguilar, Gaby y Felipe Gómez Isa (eds.), *Rethinking Transitional Agendas. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*. Antwerp-Oxford, Intersentia, (en prensa).

¹⁷ Cavallaro, James L. y Sebastián Albuja, *The Lost Agenda: Economic Crimes and Truth Commissions in Latin America and Beyond*, en McEvoy, Kieran y Lorna McGregor (eds.), *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford, Hart, 2008, pp. 121-41.

¹⁸ Un interesante análisis de las diferentes implicaciones de esta nueva política instaurada por el presidente Uribe figura en Rangel, Alfredo (comp.), *Sostenibilidad de la Seguridad Democrática*. Bogotá, Fundación Seguridad y Democracia, 2003. Véase, asimismo, Varios Autores, *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*. Bogotá, Fundación Social, 2006.

¹⁹ Estas son las cifras oficiales que se manejan desde la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Desmovilización de las Autodefensas. Balance de un proceso*, Ponencia presentada por el Alto

los sectores políticos que lo apoyan pretendieron marcar desde un principio la senda por la que iba a deslizarse este proceso, con una declaración de intenciones que condicionaba en gran medida la voluntad real de apostar por la justicia. En palabras del Presidente, el proceso debía tratar de buscar “tanta justicia como fuera posible, y tanta impunidad como fuera necesaria”²⁰. Lo cierto es que esta proclamación de intenciones del Presidente marcó el proceso de negociación de la desmovilización de los grupos paramilitares y sigue marcando hoy todavía la implementación de los mecanismos de justicia transicional que se han diseñado. En este juego de intenciones, no podemos olvidar la fuerte presión ejercida por los propios paramilitares²¹, con la exigencia mínima de no tener que entrar en prisión, evitar la eventual extradición a Estados Unidos para ser juzgados por sus crímenes y mantener una parte significativa de los bienes adquiridos ilegalmente con sus actividades²².

Algo que llama la atención es que el discurso de la justicia transicional no estuvo presente en los inicios de este proceso de desmovilización. El proyecto de ley de alternatividad penal²³ presentado por el Gobierno en 2003 para encauzar la desmovilización era un proyecto que, bajo referencias imprecisas a la justicia restaurativa, en realidad lo que pretendía era garantizar la impunidad a los paramilitares que se desmovilizaran. Ante la avalancha de críticas que recibió este proyecto, tanto desde sectores políticos y organizaciones de derechos humanos en Colombia como de organizaciones internacionales que estaban siguiendo el proceso, el proyecto tuvo que ser retirado²⁴.

En este complejo escenario, el Gobierno comenzó a trabajar en un nuevo proyecto de ley que suponía un giro estratégico de gran calado, ya que asumía plenamente el discurso de la justicia transicional. Este importante cambio en el discurso se percibe tanto en el Gobierno como en los principales líderes paramilitares, pasando ambos del rechazo más absoluto al mínimo atisbo de castigo penal y del silencio sobre los derechos de las víctimas a la admisión de la pertinencia de lograr un equilibrio entre las necesidades de paz y las exigencias de la justicia²⁵,

Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo, en el Simposio de evaluación y balance: dos años de Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Colombia, 25 de julio de 2007.

²⁰ Véase, Extras: el as bajo la manga de los uribistas, en *El Tiempo*, Bogotá, 13 de febrero de 2005, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1633697>.

²¹ Valencia, León, Los caminos de la alianza entre los paramilitares y los políticos, en Romero, Mauricio (ed.), *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá, CEREC, Corporación Nuevo Arco Iris, 2007, p. 48.

²² Duncan, Gustavo, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá, Planeta, 2006, p. 353.

²³ El proyecto de ley de alternatividad penal está disponible en la Gaceta del Congreso. Véase, Ministerio del Interior y Justicia, Proyecto de Ley Estatutaria 85 de 2003, en *Gaceta del Congreso* 436, 27 de agosto de 2003.

²⁴ El proceso de negociación, con las diferentes propuestas y puntos de vista en liza, está muy bien analizado en Oré Aguilar, Gaby, El derecho a la reparación en la desmovilización de los paramilitares colombianos. *Anuario CIP 2005*. Barcelona, Icaria, 2005, pp. 263-76.

²⁵ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffón. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, en Rangel, Alfredo (ed.), ob. cit., pp. 176 y 77.

como sabemos uno de los dilemas esenciales a los que se enfrenta todo proceso de justicia transicional.

A la hora de afrontar este proceso, el Estado colombiano no cuenta con una libertad absoluta de maniobra, ya que existe un marco bastante preciso y sofisticado establecido por el derecho internacional de los derechos humanos, por la legislación colombiana y por la jurisprudencia tanto interna como internacional. Este marco persigue fundamentalmente que no quepa impunidad para delitos graves conforme al derecho internacional, como los que han cometido los diferentes actores del conflicto armado colombiano. El marco internacional cuenta actualmente con, además de todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, aprobados en diciembre de 2005 por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁶. Estos Principios marcan una hoja de ruta muy clara en los procesos de justicia transicional en los que, en todo caso, se tiene que respetar un núcleo esencial de los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación integral a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, así como la búsqueda de garantías de no repetición.

Tras unas accidentadas y controvertidas negociaciones, con críticas severas desde diversos sectores ante lo que se consideraba que seguía siendo un intento de adoptar un paraguas legal para la impunidad, el Congreso colombiano aprobó finalmente la *Ley de Justicia y Paz* en junio de 2005²⁷.

El primer aspecto criticable es que el proceso de negociación, desmovilización y reinserción de las estructuras paramilitares, así como la elaboración del marco normativo para encauzar dicho proceso, ha sido dirigido unilateralmente desde las más altas cúpulas del poder ejecutivo, opaco y sin una participación efectiva de las víctimas de la violencia²⁸. Esta ausencia de las víctimas ha sido criticada como uno de los principales puntos débiles del proceso. Como ha señalado acertadamente Rodrigo Uprimny:

Parece cuestionable ética y políticamente que sean únicamente los actores armados quienes negocien la paz y lleguen a un acuerdo acerca del diseño de la justicia transicional, dado que éstos no representan (e incluso se oponen) los intereses del resto de la sociedad²⁹.

²⁶ Naciones Unidas, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

²⁷ Ley 975 de 2005. La ley, aprobada el 22 de junio fue sancionada por el Presidente de la República el 25 de julio, *Diario Oficial* 45.980, de 25 de julio de 2005. Un análisis detallado de la Ley de Justicia y Paz a la luz de los estándares internacionales se puede encontrar en Gómez Isa, Felipe, Justicia, verdad y reparación en el proceso de desmovilización paramilitar en Colombia, en Gómez Isa, Felipe (dir.), *Colombia en su laberinto. Una mirada al conflicto*. Madrid, Los Libros de la Catarata, 2008, pp. 87-166.

²⁸ González Bustelo, Mabel, Las encrucijadas de Colombia, en *Papeles de Cuestiones Internacionales*, n.º 91, Madrid, 2005, p. 133.

²⁹ Uprimny, Rodrigo, Introducción, en Uprimny, Rodrigo (dir.), ob. cit., p. 35.

Si realmente se quiere avanzar por la senda de la paz y la reconciliación, sería conveniente “que todos los actores involucrados en el conflicto, y no sólo los actores armados, participaran activamente en su superación”³⁰, otorgando así la necesaria legitimidad al proceso y el apoyo de la sociedad colombiana y del conjunto de la comunidad internacional.

Además, nos encontramos ante una ley que adopta plenamente el discurso de los derechos humanos y los derechos de las víctimas propios de un esquema de justicia transicional, pretendiendo encontrar un punto de equilibrio entre la paz y la justicia. En consecuencia, concede generosos beneficios penales a los paramilitares que se desmovilicen con la intención de que ello redunde en mejoras significativas para los derechos a la verdad y la reparación de las víctimas, así como para el establecimiento de garantías de no repetición de los crímenes atroces imputados al paramilitarismo (masacres, torturas, desapariciones). La principal crítica que se vierte respecto de la ley es que se queda muy lejos en lo tocante a los mecanismos e instrumentos necesarios para poder poner en marcha de una manera efectiva dichos principios, como lo están demostrando las enormes dificultades de aplicación de la Ley de Justicia y Paz y sus escasos logros hasta ahora³¹.

La propia Corte Constitucional de Colombia, que se pronunció sobre un recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz en mayo de 2006³², admitió que el marco de la justicia transicional es perfectamente aplicable en el caso colombiano. En su decisión, la Corte acepta la constitucionalidad de las medidas de alternatividad penal establecidas en la ley siempre que se conviertan, real y efectivamente, en un aliciente para los derechos a la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. Lo cierto es que la sentencia de la Corte enmendó de manera muy significativa aspectos clave de la Ley de Justicia y Paz³³, convirtiéndola en un instrumento con más posibilidades para que todo el proceso de desmovilización acabe conduciendo a la efectiva materialización de la justicia, la verdad y la reparación a las víctimas. Como señaló al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta decisión de la Corte se tiene que convertir en el “pilar fundamental”³⁴ para la conducción del proceso de desmovilización, ya que introduce cambios significativos y de fondo a la Ley de Justicia y Paz.

De todas maneras, el logro de estos objetivos no descansa exclusivamente en las bondades de un discurso y de un marco legislativo más o menos acorde con los

³⁰ Ídem.

³¹ De la Calle, Humberto, Castigo y perdón en el proceso de justicia y paz con los paramilitares, en Rangel, Alfredo, ob. cit., p. 110.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, expediente D-6032.

³³ Cuervo, Jorge Iván, Estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. La aplicación de la Ley de Justicia y Paz, en Cuervo, Jorge Iván, Eduardo Bechara y Verónica Hinestrosa (eds.), *Justicia transicional y experiencias internacionales. A propósito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 50.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia*, OEA/Ser/L/V/II.125, Doc. 15, párr. 51, de 1 de agosto de 2006.

estándares internacionales en materia de justicia transicional, sino que todo va a depender, en última instancia, de la voluntad y la capacidad del Estado colombiano de modificar una situación que ha conducido a la configuración del paramilitarismo como un auténtico poder económico, social, militar y político³⁵ en vastas regiones de Colombia en las que la presencia del Estado ha sido residual y la enorme riqueza generada por el narcotráfico ha sido su nutriente fundamental³⁶.

Lo que late en el fondo de las críticas dirigidas a la aplicación de un esquema de justicia transicional en Colombia es el peligro de que el proceso, bajo el manto formal de la justicia y los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, se acabe convirtiendo en un proceso que garantice la impunidad y no consiga el desmonte efectivo de las estructuras paramilitares de poder económico y de control social, contribuyendo así a la legalización e institucionalización del paramilitarismo y a su consolidación como proyecto político. Para algunos se trata de un auténtico *proceso de simulación*³⁷ en el que, apropiándose del discurso de los derechos humanos y la justicia transicional, en el fondo se persigue la legitimación de las altas cotas de impunidad y la ausencia de una reparación efectiva a las víctimas con las que está saldándose hasta ahora el proceso de desmovilización paramilitar. Si esto es así, y hay suficientes indicios para creer que realmente es así, nos encontraríamos ante lo que Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon han denominado un “uso manipulador” y “meramente retórico” del discurso de la justicia transicional³⁸, algo que puede acabar haciendo mucho daño a la integridad y consistencia de los conceptos y los mecanismos básicos de la justicia transicional. Esta situación podría contribuir a una mayor degradación, si cabe, de los estándares tanto normativos como institucionales aplicables a procesos de justicia transicional³⁹ y a que determinados instrumentos queden inservibles o muy afectados para cuando haya condiciones de utilizarlos de manera mínimamente honesta.

En cambio, otros sectores que han alabado la Ley de Justicia y Paz como el marco jurídico “más exigente y riguroso que ha tenido proceso de paz alguno

³⁵ Para Mauricio Romero, uno de los principales estudiosos del fenómeno paramilitar en Colombia, la consolidación de las autodefensas en los años noventa es resultado de todo un proceso de redefinición de los equilibrios de poder regional y de respuesta a los potenciales cambios que una eventual negociación con las guerrillas pudiera acarrear. Véase Romero, Mauricio, *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Bogotá, IEPRI-Planeta, 2003, pp. 33 y ss. Véase también Rangel, Alfredo, *El poder paramilitar*. Bogotá, Planeta-Fundación Seguridad y Democracia, 2005; Corporación Observatorio para la Paz, *Las verdaderas intenciones de los paramilitares*. Bogotá, Intermedio Editores, 2002.

³⁶ Cubides, Fernando, Narcotráfico y guerra en Colombia: los paramilitares, en Sánchez, Gonzalo y Eric Lair (eds.), *Violencias y estrategias colectivas en la Región Andina*. Bogotá, Norma- IFEA-IEPRI, 2004, pp. 377-410.

³⁷ Valencia Villa, Hernando, *La Ley de Justicia y Paz de Colombia a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Investigación para la Paz, 2005, p. 9.

³⁸ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, en Rangel, Alfredo, *Justicia y Paz...*, ob. cit., pp. 186 y 187.

³⁹ Véase al respecto Quinche Ramírez, Manuel Fernando, La degradación de los derechos de las víctimas dentro del proceso de negociación con los grupos paramilitares, en De Gamboa, Camila (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006, pp. 489-517.

en los últimos decenios⁴⁰, afirman que en vez de manipulación en el proceso de justicia transicional en Colombia, debemos hablar de dificultades de aplicación derivadas de la enorme complejidad del conflicto colombiano. Una opinión que abunda en este sentido es defendida por el analista político Plinio Apuleyo⁴¹, para quien no han sido maniobras manipuladoras del *establishment*, como critican malévolamente algunos⁴², las que han moldeado la justicia transicional para que responda a sus intereses, sino que la compleja realidad colombiana obliga a ajustar los mecanismos de la justicia transicional a esa realidad. El Gobierno colombiano habría dado muestras más que suficientes de su voluntad de impulsar el proceso de desmovilización desde los parámetros de la justicia transicional, pero desmontar las estructuras paramilitares no es una tarea que pueda conseguirse fácilmente.

Estas visiones de cómo opera la justicia transicional en Colombia ponen sobre la mesa que el discurso de la justicia transicional puede ser utilizado de varias maneras y con distintos propósitos por los diferentes actores que intervienen en determinado proceso, lo cual tiende a agravarse en situaciones de conflicto. La acusación de Plinio Apuleyo a la que hemos hecho mención⁴³, acerca de la connivencia de ciertos grupos defensores de los derechos humanos con los grupos guerrilleros, supone un salto cualitativo, ya que de esa manera la discusión sobre la justicia transicional pasa a formar parte también de la propia dinámica del conflicto; no es algo totalmente ajeno a este. Esta situación hace muy difícil que pueda discutirse sobre dicha justicia transicional con un mínimo de racionalidad, imparcialidad e, incluso, seguridad⁴⁴, ya que, en el fondo, cada actor sospecha

⁴⁰ Rangel, Alfredo, Prólogo, en Rangel, Alfredo, *Justicia y Paz...*, ob. cit., p. 12. Obviamente, el Gobierno también defiende esta visión positiva del proceso de desmovilización desde la óptica de los estándares internacionales en el campo de la justicia transicional. Son significativas al respecto las palabras de Frank Pearl, Alto Comisionado para la Paz y la Reintegración, en el discurso de clausura del Congreso Internacional de Desarme, Desmovilización y Reintegración celebrado en Cartagena de Indias del 4 al 6 de mayo de 2009: “La Ley de Justicia y Paz es una de las leyes de justicia transicional más ambiciosas del mundo. El Gobierno hubiera podido ser menos ambicioso, pero decidimos ser visionarios”.

⁴¹ Apuleyo, Plinio, El dilema colombiano: justicia y paz, en Rangel, Alfredo, *Justicia y Paz...*, ob. cit., p. 258.

⁴² Este autor hace referencia a la “guerra jurídica” que también llevan a cabo las FARC y el ELN utilizando a colectivos de abogados y a ONG de derechos humanos como auténtico brazo político para tratar de erosionar la legitimidad y la credibilidad del Gobierno en su política de justicia transicional. Véase Apuleyo, Plinio, *ibid.*, p. 245.

⁴³ *Ibid.*, p. 258.

⁴⁴ Ese salto cualitativo al que he hecho mención ha contribuido a poner en la diana a muchas defensoras y defensores de los derechos humanos. Esta grave situación ha llevado a la emisión de un comunicado por parte de la Representante Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, señora Hina Jilani; el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, señor Philip Alston, y el Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados, señor Leandro Despouy, en el que señalan su “profunda preocupación por los recientes acontecimientos en Colombia, los cuales demuestran el empeoramiento de la situación de los defensores de los derechos humanos en los últimos meses, especialmente con respecto a los asesinatos, el hostigamiento y la intimidación de activistas de la sociedad civil, dirigentes sindicales y abogados”, véase Naciones Unidas, *Acabar con la violencia contra los defensores de los derechos humanos en Colombia*, el llamado de los expertos de la ONU, comunicado de prensa, 30 de abril de 2008.

que las posiciones de los otros actores forman parte de su estrategia en el marco del conflicto.

En consonancia con lo que acabamos de comentar, en Colombia llevamos tiempo asistiendo a una auténtica competición estratégica –“lucha epistémica” la denomina Delphine Lecombe⁴⁵– entre los diferentes actores en liza en torno a los significados y los propósitos últimos de la justicia transicional así como en torno a la utilización de los mecanismos que pone a disposición para tratar de salir de un conflicto. Esta delicada situación a la que se enfrenta la justicia transicional en el marco del conflicto colombiano obliga a hacer un “uso cauteloso”⁴⁶ del lenguaje de esta justicia, uso que esté desprovisto del mínimo atisbo de ingenuidad, que sea plenamente consciente de las complejas circunstancias en las que tiene que operar en Colombia y que desenmascare cualquier intento (venga de donde venga) de manipular los estándares de la justicia internacional para tratar de alcanzar otros objetivos que no sean la paz, la justicia y la defensa de los derechos de las víctimas.

A continuación vamos a ilustrar esta competición estratégica por parte de los diferentes actores a la luz de una de las medidas tomadas repentinamente por el presidente Uribe en el marco del proceso de desmovilización de los paramilitares: la extradición en mayo de 2008 a Estados Unidos de 14 jefes paramilitares para ser juzgados por narcotráfico. Como ya hemos señalado, una de las condiciones de los líderes paramilitares para participar en el proceso de desmovilización fue la garantía de no extradición a Estados Unidos, lo que fue criticado por algunas ONG como Human Rights Watch, para quienes el Gobierno perdía así una importante medida de presión ante el proceso de desmovilización paramilitar⁴⁷, limitando fuertemente la espada de Damocles que podría significar la genuina aplicación del principio de jurisdicción universal. A pesar de que la Ley de Justicia y Paz de 2005 no hace referencias explícitas al fenómeno de la extradición, ésta se intentaba evitar utilizando una “astuta estratagema”⁴⁸ –el artículo 71 de la ley– que otorgaba carácter político al delito de pertenencia a grupos armados ilegales, calificándolo de sedición. Como el artículo 35 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que “la extradición no procederá por delitos políticos”, quedaba vedada la posibilidad de extraditar a los paramilitares que se acogieran a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. Afortunadamente, la Corte Constitucional de Colombia ha declarado inconstitucional este artículo 71 de la ley⁴⁹. De todas maneras, el Gobierno de Uribe garantizó públicamente a los paramilitares que, si cumplían

⁴⁵ Véase su interesante contribución en este libro bajo el título *Una paz conflictiva: luchas epistémicas en torno a la justicia transicional en Colombia*.

⁴⁶ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, ob. cit., p. 227.

⁴⁷ Human Rights Watch, *Las apariencias engañan. La desmovilización de grupos paramilitares en Colombia*, vol. 17, n.º.3, 2005, pp. 9-10.

⁴⁸ Valencia Villa, Hernando, *La Ley de Justicia y Paz...*, ob. cit., p. 13.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370/06, ob. cit.

todos los requisitos de la Ley de Justicia y Paz, no serían extraditados⁵⁰. A pesar de este compromiso, sorpresivamente⁵¹ se produce la extradición de la cúpula paramilitar a Estados Unidos en la madrugada del 13 de mayo de 2008, lo que ha suscitado reacciones encontradas entre los diferentes actores acerca de los motivos reales del Gobierno para efectuar dicha extradición.

En círculos gubernamentales⁵², la extradición obedece a la escasa colaboración que venían prestando los líderes paramilitares para el avance significativo del proceso de desmovilización y la garantía de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas⁵³.

Desde otros ámbitos, aquellos que denunciaron el pacto inicial de no extradición, se critica que la extradición obedece ahora a una auténtica “jugada política”⁵⁴ del Gobierno para alejar a los líderes paramilitares y evitar que sigan aireando las complicidades de determinados ámbitos políticos y económicos con los crímenes cometidos por el paramilitarismo en el marco del escándalo de la parapolítica⁵⁵. Estas dudas que se ciernen sobre los motivos reales de la extradición han llevado a Rodrigo Uprimny a preguntarse por qué no se hicieron las cosas al revés. Si, a juicio del Gobierno, los líderes paramilitares continuaban dirigiendo el entramado delictivo paramilitar desde la cárcel y no colaboraban suficientemente, se les debería haber privado de los generosos beneficios que concede la Ley de Justicia y Paz, y haber sido juzgados con arreglo a la legislación ordinaria, que prevé penas muchísimo más severas por sus graves delitos. Sólo entonces, una vez cumplida la condena en Colombia, se les podría haber extraditado a Estados Unidos. Uprimny concluye su reflexión con una más que esclarecedora pregunta:

⁵⁰ El 9 de julio de 2006, el entonces ministro de Interior y Justicia, Sabas Pretelt, declaró que aquellos paramilitares que cumplieran las condenas pronunciadas en el marco de la Ley de Justicia y Paz verían sus órdenes de extradición canceladas. Véase Sabas revela ‘secreto’ de extradición, en *El Tiempo*, Bogotá, 9 de julio de 2006, p. 4.

⁵¹ De decisión “oportunista y relámpago” ha sido calificada, sorprendiendo incluso “a los capos, al país y a los propios funcionarios del Gobierno”. Díaz, Jaime H., *Mensis terribilis: de la lógica de la cosecha a la del reloj*, en *Datos y comentarios de coyuntura colombiana*, vol. 21, mayo-junio de 2008, p. 2.

⁵² Apuleyo, Plinio, *El dilema colombiano: justicia y paz*, ob. cit., pp. 260-67.

⁵³ El presidente Uribe llegó a declarar al respecto: “[No] voy a admitir que unos criminales pongan al *Estado* contra la pared”. Véase Extradición de 14 jefes ‘paras’ se comenzó a planear desde que ‘Macaco’ fue enviado a E.U., en *El Tiempo*, Bogotá, 14 de mayo de 2008, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4163692>.

⁵⁴ Aponte, Alejandro, *Colombia: un caso sui generis de la justicia de transición*, en Almqvist, Jessica y Carlos Espósito (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 97.

⁵⁵ El antiguo jefe paramilitar Diego Murillo Bejarano, alias Don Berna, en una carta dirigida a la Corte Suprema de Justicia el 17 de septiembre de 2009, ha puesto de manifiesto que su extradición a Estados Unidos fue una estrategia del Gobierno colombiano para acallar sus vínculos con funcionarios, agentes de seguridad y políticos. En sus palabras, “hay muchos sectores políticos, militares y económicos de personas que aún conservan inmensos márgenes de poder e infiltración (...) quienes están interesados en que la verdad de su participación no se conozca”. Diego Fernando Murillo Bejarano, alias Don Berna, Carta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Nueva York, Metropolitan Correctional Center, 17 de septiembre de 2009.

“¿[P]or qué juzgar primero el narcotráfico si es obvio que es mucho más grave asesinar personas que exportar cocaína?”⁵⁶

En lo que sí hay cierto consenso es en que la extradición puede acabar afectando la garantía del derecho a la verdad y a la reparación de las víctimas, ya que en Estados Unidos se les está juzgando esencialmente por delitos relacionados con el narcotráfico. A este respecto, Iván Cepeda, del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice), ha subrayado que:

Extraditar a los acusados implica coartar el derecho de la sociedad y las víctimas a la verdad y a la justicia. Cabe en esta coyuntura discernir si esas extradiciones son el resultado de un pacto de silencio e impunidad que se ha tejido a espaldas de la sociedad⁵⁷.

Como podemos comprobar, todas las actuaciones son susceptibles de diferentes interpretaciones en el contexto de la competición estratégica por el discurso de la justicia transicional a la que hemos hecho referencia. Esta es una competición estratégica que va evolucionando y se va adaptando a medida que los actores recurren a una u otra medida de justicia transicional.

A pesar de todas las cautelas y las precauciones con las que tenemos que acoger el discurso de la justicia transicional y su aplicación a un contexto no transicional como el de Colombia, y de todos los intentos de manipulación y de devaluación de los estándares por parte de la retórica hegemónica dominante, consideramos que sigue ofreciendo algunos elementos positivos que hace que merezca la pena correr los riesgos que conllevan procesos de este tipo en contextos de conflicto.

II. En defensa de la aplicación de la justicia transicional pero conscientes de los riesgos

A. Las víctimas como actor político

El primer aspecto que resulta de analizar la aplicación del marco normativo e institucional de la justicia transicional es que por primera vez en la historia del conflicto colombiano las víctimas han pasado a ocupar un lugar relevante de la escena pública, a pesar que las intenciones iniciales del Gobierno y de los líderes paramilitares, como ya hemos señalado, no pasaban por contar con ellas. Hasta no hace mucho tiempo, las víctimas eran “los fantasmas del conflicto, nadie las veía

⁵⁶ Uprimny, Rodrigo, ¿Y por qué no se hizo al revés?, en *El Espectador*, Bogotá, 27 de mayo de 2008, p. 29.

⁵⁷ Cepeda, Iván, No es el fin del camino, en *Revista Cambio*, ed. 776, Bogotá, 15 a 21 de mayo de 2008, p. 25.

y pocos hablaban de ellas”⁵⁸. La *invisibilidad* de las víctimas ha sido algo que ha caracterizado la mayor parte de los intentos de resolver un conflicto o de transitar hacia la democracia tras periodos dictatoriales⁵⁹. Una de las virtualidades del discurso de la justicia transicional es que pone en el centro del debate a las propias víctimas y a sus derechos⁶⁰; se trata de proporcionar a las víctimas “un sentido de reconocimiento no sólo como víctimas sino como derechohabientes”⁶¹. Debemos reconocer que en este ámbito se han dado pasos importantes: hemos avanzado hacia un camino de no retorno, en el que las víctimas van a ser ya, ineludiblemente, necesarias compañeras de viaje como “testigos históricos de excepción y sujetos de justicia”⁶². Es totalmente impensable, de ahora en adelante, que cuando se discuta sobre la paz y la justicia en Colombia las víctimas no estén presentes, como ocurrió, por poner tan solo un ejemplo, en la accidentada discusión acerca del proyecto de Ley de Víctimas⁶³. Esta creciente presencia de las víctimas, la consolidación de algunas de sus organizaciones, la canalización de recursos y el establecimiento de redes transnacionales con otras ONG de carácter internacional⁶⁴ ha supuesto para algunas de ellas esperanzadores procesos de *empoderamiento*, lo que puede contribuir decisivamente a fomentar su participación y a generar un sentimiento de *pertenencia* al proceso, algo que resulta fundamental desde la perspectiva de las propias víctimas⁶⁵. El reto es que estos procesos se lleven a cabo sin ningún tipo de discriminación⁶⁶ y lleguen al mayor número de víctimas posible, sin que se circunscriban, como suele ocurrir, a aquellas víctimas que tienen acceso a organizaciones de apoyo y son *políticamente correctas* en determinado momento⁶⁷.

⁵⁸ Jaramillo, Sergio, Presentación, en *Cuadernos del conflicto. Justicia, verdad y reparación en medio del conflicto*. Bogotá, Legis-Semana-Fundación Ideas para la Paz, 2005, p. 6.

⁵⁹ Véase al respecto el sugerente estudio de Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*. Madrid, Trotta, 2003.

⁶⁰ Gaborit, Mauricio, Memoria histórica: revertir la historia desde las víctimas, en Gómez Isa, Felipe (ed.), *El derecho a la memoria*. Zarautz, Instituto de Derechos Humanos-Diputación de Guipúzcoa, 2006, pp. 195-222.

⁶¹ De Greiff, Pablo, Una concepción normativa de la justicia transicional, en Rangel, Alfredo (ed.), *Justicia y paz...*, ob. cit., p. 47.

⁶² Cepeda, Iván y Claudia Girón, Testigos históricos y sujetos de justicia, en De Gamboa, Camila (ed.), *Justicia transicional: teoría y praxis*, ob. cit., p. 375.

⁶³ La denominada *Mesa de Víctimas* aglutinó a grupos de víctimas, organizaciones de derechos humanos y hasta organizaciones de cooperación internacional como el PNUD.

⁶⁴ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffón, Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, ob. cit., p. 206.

⁶⁵ McEvoy, Kieran y Lorna McGregor, Transitional Justice from below: An agenda for research, policy and praxis, en McEvoy, Kieran y Lorna McGregor (ed.), *Transitional Justice from Below*, ob. cit., p. 9.

⁶⁶ El principio 25 de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* dispone que “la aplicación e interpretación de los presentes principios y directrices se ajustará sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo”, en Naciones Unidas, Resolución 60/147, ob. cit.

⁶⁷ Sobre las dificultades que encuentran las víctimas y sus organizaciones en los procesos de reparación se puede consultar el extraordinario estudio de caso llevado a cabo sobre Ruanda por

B. Hacia una contestación “desde abajo” de las retóricas oficiales

El segundo aspecto, muy relacionado con la emergencia de las víctimas como actor político, tiene que ver con cómo las propias víctimas se han servido del discurso de los derechos humanos reconocido internacionalmente y de la justicia transicional para cuestionar radicalmente la retórica oficial respecto del proceso de paz. En opinión de uno de los grupos de víctimas más representativos, el Movice⁶⁸, el discurso oficial ha reducido el proceso de paz con los paramilitares a un limitado proceso de entrega de armas y de reinserción a la vida civil, sin entrar en cuestiones básicas como una garantía real de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación o como la profundización y el fortalecimiento de la democracia en el país. Los discursos de la justicia transicional han servido como estrategias catalizadoras de resistencia(s) *desde abajo*⁶⁹ para intentar contrarrestar la poderosa retórica oficial⁷⁰.

El progresivo proceso de empoderamiento de las víctimas ha llevado a que ellas mismas hayan ideado estrategias alternativas de verdad, de justicia y de reparación⁷¹ más allá de marcos oficiales como pueden ser la Ley de Justicia y Paz o la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) creada por la Ley. Esto se observa, en mayor o en menor medida, en la gran parte de los procesos de justicia transicional. Una vez iniciados los procesos, se liberan determinadas fuerzas sociales que comienzan a asumir las riendas de los procesos y a abordar la verdad, la justicia y la memoria como procesos de construcción social⁷² y como

Rombouts, Heidi, *Victim Organisations and the Politics of Reparation: A Case Study on Rwanda*. Antwerp, Oxford, Intersentia, 2004.

⁶⁸ Su composición, historia y principales objetivos se pueden encontrar en www.movimientodevictimas.org.

⁶⁹ Esta nueva perspectiva epistemológica a la hora de analizar los procesos de creación normativa y de su aplicación como procesos sociales en los que no sólo participan las élites políticas y jurídicas sino también actores locales desde abajo, podemos encontrarla en autores como Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003; De Sousa Santos, Boaventura y César Rodríguez-Garavito (eds.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Merry, Sally Engle, *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*. Chicago, The University of Chicago Press, 2006; Clifford, Bob (ed.), *The International Struggle for New Human Rights*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009.

⁷⁰ Véase el análisis de un integrante del Movimiento de Hijos e Hijas por la memoria y contra la impunidad, Antequera Guzmán, José Darío, Contribuciones hacia la reivindicación social de un derecho a la memoria, en *El Otro Derecho*, n.º 37, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (Ilsa), Bogotá, 2007, pp. 65-96.

⁷¹ En este sentido, es preciso remitirse a las dos experiencias de justicia transicional *desde abajo* analizadas por Catalina Díaz. Una de ellas tiene que ver con procesos locales de reconocimiento a las víctimas, búsqueda de la verdad y restitución de propiedades en Medellín; la otra experiencia aborda procesos locales de reconciliación en la zona este de Antioquia. Véase Díaz, Catalina, Challenging Impunity from Below: The Contested Ownership of Transitional Justice in Colombia, en McEvoy, Kieran y Lorna McGregor (ed.), *Transitional Justice from Below...*, ob. cit., pp. 189-215.

⁷² González Bringas, Ana, Madres-Abuelas de Plaza de Mayo: la construcción social de la memoria, en Gómez Isa, Felipe (ed.), *El derecho a la memoria*, ob. cit., pp. 579-615. En la misma línea, Marcos, Natalia Carolina, La memoria insurgente de las Madres de Plaza de Mayo en la lucha por los

“parte de un proceso de democratización de la sociedad y una oportunidad para que las fuerzas sociales que han sido excluidas, perseguidas y estigmatizadas puedan participar de la vida pública”⁷³. Se generan así espacios de “resistencia a la *represión* (en sentido político y psíquico) del pasado”⁷⁴. Este es uno de los objetivos que persigue el proyecto *Colombia Nunca Más* del Movice. Este movimiento está trabajando para la creación de un Centro de Memoria y Documentación que cumpla la doble función de constituir un archivo y convertirse en un espacio público para la verdad y la memoria.

En este contexto de emergencia de memorias se pueden producir interesantes interacciones entre los procesos que vienen desde arriba y los procesos que emergen desde abajo, como puede ser el caso del Área de Memoria Histórica de la CNRR. El Grupo de Memoria es parte de la CNRR, pero por las dinámicas seguidas desde su creación, por la personalidad y el enorme prestigio intelectual de su coordinador, el historiador Gonzalo Sánchez, y por la colaboración de un amplio grupo de personas expertas en la materia⁷⁵ ha conseguido un grado considerable de autonomía de una CNRR bastante desprestigiada a los ojos de las víctimas, y está contribuyendo a generar espacios de verdad y de memoria para las víctimas como mecanismo de empoderamiento⁷⁶. Como señala el Grupo de Memoria Histórica, su misión es “elaborar una narrativa integradora e incluyente en sintonía con las voces de las víctimas sobre el origen y la evolución del conflicto armado interno en Colombia”⁷⁷.

La conclusión a la que podemos llegar en este ámbito es que en Colombia, incluso en un contexto de conflicto que no es el más favorable para el surgimiento y el desarrollo de este tipo de iniciativas, se están produciendo interesantes

derechos humanos, en *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos 2008*, Universidad de Deusto, 2008, pp. 87-100.

⁷³ Cepeda Castro, Iván, Ocho propuestas para la no repetición de los crímenes atroces y el desplazamiento forzado en Colombia, en *Tierra y desplazamiento en Colombia. Crisis humanitaria por el control del territorio*. Barcelona, Taula Catalana per la pau i els drets humans a Colombia, 2006, p. 147.

⁷⁴ Cepeda Castro, Iván y Claudia Girón Ortiz, Justicia y crímenes contra la humanidad, en Soroeta, Juan (ed.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*. Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2004, p. 85.

⁷⁵ Entre otras personas, colaboran en el equipo de investigación Absalón Machado, Álvaro Machado, Iván Orozco, Rodrigo Uprimny, Andrés Fernando Suárez, Pilar Gaitán, María Victoria Uribe, Fernán González, León Valencia, Jorge Restrepo, María Emma Wills, Ana María Gómez, Jesús Abad Colorado, Pilar Riaño y Martha Nubia Bello.

⁷⁶ Las *Semanas por la Memoria*, una de las iniciativas del Área en este sentido, pretenden visibilizar las memorias suprimidas de las víctimas y darles voz para, así, contribuir a procesos de democratización de la memoria. En septiembre de 2008 se llevó a cabo la primera Semana por la Memoria con motivo del lanzamiento del primer informe sobre un caso emblemático, la masacre de Trujillo. Grupo de Memoria Histórica, *Trujillo. Una tragedia que no cesa*. Bogotá, Editorial Planeta, 2008. En el marco de la segunda Semana por la Memoria, celebrada en septiembre de 2009, a la que asistí en Bogotá, se celebraron actividades para la recuperación de la(s) memoria(s), entre las que se incluyó la presentación del segundo informe sobre una de las masacres más atroces perpetradas por los paramilitares: Grupo de Memoria Histórica, *La Masacre de El Salado. Esta guerra no era nuestra*. Bogotá, Editorial Planeta, 2009.

⁷⁷ Grupo de Memoria Histórica, CNRR, *Programa de investigación: Narrativas y voces del conflicto*, agosto de 2008, p. 2, disponible en www.memoriahistorica-cnrr.org.co.

procesos de recuperación y dignificación de las memorias del sufrimiento. Y este proceso tiene que ser parte de la reconstrucción de la verdad acerca del conflicto colombiano y acerca de las graves afrentas a la dignidad que se han producido y que, desgraciadamente, se siguen produciendo.

C. Algunos avances en el derecho a la verdad

El derecho a la verdad es fundamental tanto para las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos como para el conjunto de la sociedad colombiana. Es crucial proceder tanto al esclarecimiento de los casos individuales de violaciones de derechos humanos como llegar a desentrañar los factores que han permitido el surgimiento, el desarrollo y la consolidación del fenómeno del paramilitarismo. El cumplimiento de estas condiciones permitirá determinar si el proceso de desmovilización avanza o es un mero maquillaje para encubrir la legalización *de facto* del que se ha denominado el “exitoso proyecto paramilitar”⁷⁸.

En lo tocante al derecho a la verdad, la Ley de Justicia y Paz se quedó muy lejos de lo que hubiera sido deseable. Esto ha sido reconducido, en gran parte, por la decisión de la Corte Constitucional de mayo de 2006 sobre la base de los estándares internacionales cada vez más desarrollados en esta materia⁷⁹. Una vez más, bajo prometedoras formulaciones de principio⁸⁰, los mecanismos para hacer efectivo dicho derecho resultaban del todo inapropiados e insuficientes⁸¹.

El primer aspecto criticable es que la ley apuesta preferentemente por una verdad judicial, sin prever explícitamente otras formas de reconstrucción de la verdad y la memoria histórica; por ejemplo, una comisión de la verdad de naturaleza extrajudicial⁸², que estuvo sobre la mesa durante el proceso de negociación de la Ley de Justicia y Paz.

Una de las formas más efectivas de garantizar el derecho a la verdad tanto en su vertiente individual como colectiva es “hacer públicas las diligencias de versión libre, de forma que tanto las víctimas directas y sus familiares, como la sociedad en su conjunto, puedan escuchar las declaraciones de los procesados y conocer la verdad”⁸³. Debemos reconocer que en este punto, tanto la publicidad dada a las

⁷⁸ Moncayo, Héctor León, Colombia: los territorios de la guerra. El impacto de la reinserción en la economía mundial, en *Tierra y desplazamiento en Colombia...*, ob. cit., p. 43.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, ob. cit.

⁸⁰ Véase al respecto los artículos 1, 4, 7 y 15 de la Ley 975 de 2005.

⁸¹ Uprimny, Rodrigo y María Paul Saffon, Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial, en Uprimny, Rodrigo (dir.), *¿Justicia transicional sin transición?*..., ob. cit., pp. 139-71.

⁸² Valencia Villa, Hernando, La Ley de Justicia y Paz..., ob. cit., p. 12.

⁸³ Gallón, Gustavo, Michael Reed y Catalina Lleras, *Anotaciones sobre la Ley de Justicia y Paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*. Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2007, p. 58. A este respecto, es importante reconocer que las autoridades competentes (particularmente la Fiscalía General de la Nación (FGN) y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación) publicitan las citaciones a la versión libre mediante los medios virtuales de comunicación, con la intención de animar a las víctimas a acudir. En este sentido, véase www.cnrr.org.co y www.fiscalia.gov.co. El acceso

primeras rendiciones de versiones libres como al escándalo de la *parapolítica* implican que la sociedad colombiana ya no pueda mirar hacia otro lado ante las enormes atrocidades que están saliendo a la luz pública y las complicidades de altos cargos políticos y de la Administración. Los medios de comunicación, en particular la prensa escrita, están desempeñando un papel muy importante en su tarea de hacer llegar al gran público los graves acontecimientos de los que tienen noticia, aunque debemos ser conscientes de las limitaciones que tiene la prensa escrita de llegar a todos los rincones en un país como Colombia.

Desde otras instancias se expresa la sorpresa más absoluta por la “apatía de parte de la sociedad ante las confesiones de los más terribles asesinos(..), que debería trascender el mero asombro para derivar en rabia, cólera y vergüenza”⁸⁴. Asimismo, se ha denunciado en varias ocasiones la utilización de las versiones libres de algunos de los desmovilizados para justificar sus crímenes como acciones de guerra en el marco de un conflicto armado⁸⁵ e, incluso, para mofarse de las víctimas, lo que se considera una auténtica “burla al país”⁸⁶ y, sobre todo, a las víctimas de sus horrendos crímenes.

a las diligencias continúa siendo limitado, aunque se ha ajustado el procedimiento y no se presentan tantas dificultades para las víctimas como al inicio del proceso en 2007. Algunas de las versiones libres son replicadas por la FGN (tanto en directo como en diferido) en poblaciones alejadas. No obstante, el acceso a las versiones sigue siendo restringido tanto por la reglamentación administrativa como por la práctica de la FGN que le atribuye a estas sesiones la calidad de reservadas y no permite la participación del público en general o de organizaciones de derechos humanos. En relación con la difusión masiva del contenido de las versiones, la Corte Constitucional asumió los argumentos de la Fiscalía General de la Nación y señaló, en una decisión de tutela, que “no se puede ordenar la transmisión en directo por medios masivos de comunicación de las diligencias de versión libre rendidas por los desmovilizados por la Ley 975 de 2005”, Corte Constitucional, sentencia T-049/08, expediente n°. T-1.705.247, 24 de enero de 2008.

⁸⁴ Uribe, Germán, Las tumbas del terror, en *Semana.com*, 20 de octubre de 2007, disponible en <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/tumbas-del-terror/107044.aspx>. Para este columnista, “ya es tiempo de que la conciencia y el conocimiento de tanta aberración e injusticia nos obligue a todos al compromiso y que las unidades investigativas, los redactores judiciales, los columnistas y los editorialistas de la prensa hagan lo suyo también para evitar que este drama de las fosas comunes no termine por convertirse en una tétrica anécdota más de la sangrienta historia de la Colombia de comienzos del siglo XXI”. Germán Uribe se refiere en esta misma columna a las duras palabras de la antropóloga María Victoria Uribe, para quien “a la sociedad bogotana le importa un carajo que descubran 15 cadáveres en Sucre”, *ibid.* Este pesimismo parece venir corroborado por la descorazonadora encuesta publicada en la revista *Semana* de la que se desprende que un porcentaje significativo de la sociedad colombiana no muestra un total rechazo de las atrocidades llevadas a cabo por los paramilitares ni de sus probados vínculos con agentes del Estado, véase La gran encuesta de la parapolítica, en *Semana*, 5 de mayo de 2007, disponible en <http://www.semana.com/noticias-nacion/gran-encuesta-parapolitica/103020.aspx>.

⁸⁵ Como subraya León Valencia, ciertos sectores poderosos y muy influyentes de la sociedad colombiana han considerado a los paramilitares como auténticos “salvadores” y, por tanto, acreedores de una deuda que el país debe pagar por haberle ganado terreno a la guerrilla. Valencia, León, Prólogo, en Romero, Mauricio (ed.), *Parapolítica...*, ob. cit., p. 8.

⁸⁶ Como se señalaba en un editorial del periódico *El Tiempo*, Rodrigo Tovar Pupo, más conocido como Jorge 40, utilizó el inicio de su versión libre en el marco de la Ley de Justicia y Paz “para decir que no se acuerda de muchas cosas, negar la mayoría de los crímenes que se le endilgan y alegar que los horrores y masacres que corrieron por su cuenta fueron acciones de guerra”. Para colmo, prosigue el editorial, “los familiares de las víctimas de la larga lista de crímenes de lesa humanidad por él cometidos (se le atribuyen 200 masacres y 800 desapariciones) vienen denunciando amenazas para

D. El rol desempeñado por los estándares normativos e institucionales

Como hemos puesto de manifiesto reiteradamente, la justicia transicional cuenta hoy con instrumentos de carácter jurídico y con un marco institucional que pueden servir como límite para los actores que negocian la paz. Aunque no hay que sobrestimar la capacidad que tengan para orientar procesos de paz como el colombiano, debemos reconocer que pueden operar como “restricciones virtuosas”⁸⁷ que pueden marcar los límites infranqueables ante los que se tiene que situar una negociación política. Como han señalado muy acertadamente Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, “si son claros y parecen muy difíciles de manipular o evadir, los estándares jurídicos pueden reducir la incertidumbre y disminuir el espectro de posibles resultados de un arreglo de paz, haciendo más fácil alcanzar un compromiso aceptable entre los intereses de actores antagonistas”⁸⁸.

Aunque es difícil de probar con total fiabilidad y nos movemos en el terreno de las meras especulaciones, tenemos la impresión de que los estándares normativos han representado un papel relativamente importante a la hora de moldear y adaptar la respuesta que el Gobierno ha ido dando en las sucesivas etapas del proceso de paz desde la presentación inicial del proyecto de Ley de Alternatividad Penal. De todas maneras, nos encontramos ante una situación de permanente tira y afloja del Gobierno, como la aprobación reciente de varios decretos reglamentarios se encarga de demostrar. Estos decretos tienen la pretensión de regresar, en la medida de lo posible, a los contenidos de la Ley de Justicia y Paz antes de la sentencia de la Corte Constitucional de mayo de 2006⁸⁹. Esta táctica continua del Gobierno obliga a que debemos estar permanentemente alertas y extremar las precauciones ante cualquier intento de desvirtuar los estándares en materia de justicia, verdad y reparación. Aunque debemos ser conscientes de que nos movemos en un terreno muy complejo y muy resbaladizo, como el caso colombiano nos demuestra, lo importante sería tratar de defender un núcleo mínimo de estándares jurídicos no susceptible de negociación. Como se ha puesto de relieve,

una de las principales ventajas de la utilización del paradigma de la justicia transicional reside en su capacidad de introducir en el proceso transitorio componentes objetivos basados en las normas y principios jurídicos internacionales que orientan una determinada concepción de la justicia⁹⁰.

que no asistan a las audiencias ni reclamen”. Véase Una burla al país, en *El Tiempo*, Bogotá, 11 de julio de 2007.

⁸⁷ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, ob. cit., p. 207.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 209.

⁸⁹ Véase el texto de Camila de Gamboa Tapias en este mismo volumen: *Las fórmulas de paz del Gobierno con las AUC, una lectura desde el realismo político*.

⁹⁰ Bonet, Jordi y Rosana Alija, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, ob. cit., p. 125.

De la misma manera, algunas instituciones internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional también pueden funcionar, y de hecho lo están haciendo como “restricciones virtuosas”. La Corte Interamericana ha emitido varias sentencias condenando al Estado colombiano por complicidad u omisión en casos de masacres cometidas por grupos paramilitares⁹¹, lo que está contribuyendo enormemente a la garantía del derecho individual y colectivo a la verdad sobre las atrocidades del paramilitarismo y sobre el papel jugado por el Estado. Asimismo, las sentencias de la Corte son muy relevantes desde la óptica de los derechos a la justicia y a la reparación de las víctimas⁹², dejando sentado claramente el principio de que la garantía de la paz no puede pasar en ningún caso por la impunidad. En este sentido, se ha defendido que el estándar de reparación establecido por la Corte Interamericana debería ser el referente en el cual se mirase la CNRR, “no sólo para blindar el proceso ante eventuales litigios internacionales ante la propia Corte, sino para asegurar unos estándares que permitan restablecer la dignidad de las víctimas”⁹³.

La Corte Penal Internacional también ha prestado atención al proceso de desmovilización, enjuiciamiento y castigo de los paramilitares en Colombia. Como sabemos, Colombia depositó el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma sobre el Tribunal Penal Permanente Internacional el 5 de agosto de 2002, entrando en vigor a partir del 1 de noviembre de 2002⁹⁴. Un hecho relevante respecto de la eventual competencia de la Corte Penal Internacional sobre los crímenes cometidos en Colombia se produjo el 2 de marzo de 2005, cuando el fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, envió una comunicación oficial al Gobierno

⁹¹ Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C n°. 109; *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n°. 134; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n°. 140; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C n°. 148; *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C n°. 163.

⁹² Un análisis interesante del sistema interamericano desde la óptica del derecho de las víctimas a la reparación se puede encontrar en Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

⁹³ Cuervo, Jorge Iván, *Estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. La aplicación de la Ley de Justicia y Paz*, ob. cit., p. 17.

⁹⁴ El gobierno colombiano, utilizando la prerrogativa que le concede el artículo 124 del Estatuto de Roma, realizó, al depositar el instrumento de ratificación, una declaración en virtud de la cual “durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor para él, no aceptará la competencia del Tribunal sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8”. Esto supone que hasta el 1 de noviembre de 2009 el Tribunal Penal Internacional carecía de competencia por la comisión de *crímenes de guerra* en su territorio. De todas formas, el Tribunal sí era competente por genocidio (artículo 6 del Estatuto) o por crímenes contra la humanidad (artículo 7) a partir de 2002, fecha de la entrada en vigor del Estatuto de Roma para Colombia. Véase Naciones Unidas, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, entró en vigor el 1 de julio de 2002.

colombiano en la que solicitaba explicaciones⁹⁵ sobre cuál había sido la respuesta estatal ante informaciones recibidas acerca de la comisión de numerosos y graves crímenes contra la humanidad a partir de noviembre de 2002, fecha de entrada en vigor en Colombia del Estatuto de Roma. Asimismo, el fiscal se mostró muy interesado en los diferentes anteproyectos de ley que se estaban discutiendo para encauzar el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, conminando al Gobierno colombiano a que le “(...) mantuviera informado de los avances a este respecto”⁹⁶.

Como podemos comprobar, el fiscal de la Corte Penal Internacional pretende seguir muy de cerca los crímenes cometidos en el conflicto armado en Colombia y las respuestas que el Estado ofrezca a dichos crímenes, extremo que ha quedado totalmente reafirmado con su visita a Colombia en octubre de 2007. En esta visita, el fiscal llevó a cabo una declaración bastante esclarecedora: “[E]stoy al tanto de los procesos judiciales que hay en Colombia, vinculados con crímenes que podrían entrar en mi jurisdicción. Yo sigo los procesos judiciales y verifico que ellos cumplan su función”⁹⁷. En principio, una correcta aplicación de la Ley de Justicia y Paz privaría a la Corte Penal Internacional de competencia sobre los individuos que participaron en el proceso y los crímenes cubiertos por esta ley, dado el principio de complementariedad que rige la justicia penal internacional. Ahora bien, como señala acertadamente Hernando Valencia, en la medida en que la aplicación de la Ley de Justicia y Paz condujera a la “apariencia o simulación de justicia”⁹⁸, la Corte Penal Internacional sería competente por genocidio y crímenes contra la humanidad (y por crímenes de guerra a partir del 1 de noviembre de 2009). En este sentido, es aplicable el artículo 17 del Estatuto de Roma, que regula las condiciones de admisibilidad de casos por parte de la Corte. En concreto, la Corte tiene que determinar “si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado..., teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional”. Para calibrar si hay o no realmente disposición de hacer justicia, el artículo 17 enumera un conjunto de circunstancias que se deben tener en cuenta. Es decir, si el Estado *no está dispuesto o no puede* llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento de

⁹⁵ El artículo 15.1 del Estatuto de Roma concede al fiscal la posibilidad de “iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia del Tribunal”. El fiscal tiene que analizar la veracidad de la información recibida, para lo que, según el artículo 15.2, “podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas...”. Naciones Unidas, Estatuto de Roma, *ibíd.*

⁹⁶ Carta del fiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo, al embajador de Colombia ante la CPI, Guillermo Fernández de Soto, 2 de marzo de 2005.

⁹⁷ Corte Penal Internacional le sigue la pista a la parapolítica, en *El Tiempo*, 21 de octubre de 2007, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2698429>.

⁹⁸ Valencia Villa, Hernando, Colombia ante la Corte Penal Internacional, en *Hechos del Callejón*, año 1, n.º. 4, PNUD, Bogotá, 2005, p. 8.

los presuntos responsables, entraría en juego, subsidiariamente, la competencia de la Corte Penal Internacional. En el fondo, se trata de evitar la impunidad en crímenes que repugnan a la conciencia de la humanidad y han afectado a miles de víctimas en Colombia. La justicia penal internacional se puede convertir así en una herramienta muy oportuna que sirva para complementar los esfuerzos de una sociedad por hacer justicia y garantizar los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas⁹⁹.

E. Hoja de ruta clara para futuros procesos de paz

Debemos partir del reconocimiento de que en anteriores procesos de paz en Colombia nunca se juzgaron crímenes de lesa humanidad, nunca se obligó a los victimarios a confesar, siquiera mínimamente, la verdad de sus crímenes, ni se tuvieron en cuenta las víctimas y su derecho a la reparación¹⁰⁰. Con el actual proceso de desmovilización paramilitar emprendido en 2002, aun con todas las limitaciones y abusos del Gobierno y los líderes paramilitares que hemos puesto de manifiesto, se está tratando, al menos formalmente, que imperen los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación, así como las garantías de no repetición. El proceso todavía no ha acabado, y debemos esperar un tiempo prudencial para poder calibrar realmente hasta qué punto el discurso de la justicia transicional ha operado como un mero manto legitimador de las pretensiones de garantizar amplias dosis de impunidad y desconocer los derechos de las víctimas a una auténtica reparación o realmente ha contribuido a abrir espacios tanto oficiales como no oficiales para que la justicia, la verdad y la reparación vean la luz.

De todas maneras, lo que resulta de todo este proceso y de un contexto internacional en el que los principios de la justicia transicional operan cada vez más como límites a la impunidad, es que difícilmente futuros procesos de paz en Colombia van a poder sustraerse a las exigencias mínimas del discurso de la justicia transicional. Este proceso puede contribuir a dejar sentada una hoja de ruta clara a la hora de abordar futuras negociaciones de paz con los grupos armados ilegales, sean paramilitares que aún no se hayan desmovilizado o sean grupos guerrilleros. Como ha señalado al respecto Jorge Iván Cuervo, del éxito y consolidación de este proceso “dependerá el éxito de futuros procesos de negociación con otros grupos armados ilegales y, en general, una pacificación justa y digna del país”¹⁰¹.

Por tanto, consideramos que, a pesar de todas las limitaciones que impone intentar aplicar un esquema de justicia transicional en un contexto no transicional

⁹⁹ Odio Benito, Elizabeth, Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición, en Almqvist, Jessica y Carlos Espósito (ed.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, ob. cit., pp. 241-54.

¹⁰⁰ Rangel, Alfredo, Prólogo, en Rangel, Alfredo, *Justicia y paz...*, ob. cit., p. 13.

¹⁰¹ Cuervo, Jorge Iván, *Estándares internacionales de verdad, justicia y reparación. La aplicación de la Ley de Justicia y Paz*, ob. cit., p. 56.

caracterizado por la persistencia de un sangriento conflicto, existen razones más que fundadas para defender el uso del discurso de la justicia transicional.

A modo de conclusión

Del análisis efectuado de este modelo sui géneris de justicia transicional, podemos extraer conclusiones que, con carácter general, nos ayuden a abordar este tipo de transiciones que salen del marco tradicional de transiciones a la democracia o transiciones a la paz.

En primer lugar, a pesar de los problemas que plantea este tipo de transiciones que se salen de la ortodoxia del discurso de la justicia transicional, creemos haber justificado la utilidad de seguir aplicando dicho discurso. Debemos ser muy cautos y extremar las precauciones, pero estoy convencido de que los aspectos positivos priman sobre los riesgos que podemos correr, los cuales, además, son inherentes a cualquier proceso de justicia transicional.

Uno de los aspectos más positivos de la aplicación del esquema de la justicia transicional es la progresiva emergencia de las víctimas como actor social y político con el que se debe contar en cualquier proceso de este tipo. Su mayor visibilidad, la creación de asociaciones y organizaciones que legítimamente representan sus intereses y hablan en su nombre, y la canalización de una mayor cantidad de recursos a su favor, han posibilitado interesantes procesos de empoderamiento. Asimismo, cuando los poderes públicos no colman las expectativas generadas o algunas víctimas se sienten discriminadas pueden surgir sentimientos de frustración que pueden acabar minando la confianza cívica, uno de los objetivos últimos de la justicia transicional.

También debemos reconocer que las víctimas y la sociedad civil han dado un fuerte impulso al proceso de extensión del discurso de la justicia transicional. En este sentido, se han desencadenado interesantes procesos *desde abajo* de generación de espacios alternativos de verdad, de justicia y de reparación en que el rol protagonista lo interpretan las propias víctimas.

Otro elemento importante asociado a estos procesos es la imparable presencia de la verdad y la memoria. Una vez que comienzan los procesos, los diferentes actores que participan ponen en marcha iniciativas que, de una u otra manera, contribuyen a hacer luz sobre los abusos del pasado y a dar voz a las víctimas. Los procesos de justicia transicional vienen acompañados de iniciativas artísticas, literarias, cinematográficas y documentales que no tienen otro objetivo que contribuir a que emerjan la verdad y la(s) memoria(s) sobre un pasado que se resiste a quedar en el olvido.

Finalmente, el avance producido en el desarrollo de los estándares normativos e institucionales en el campo de la justicia transicional ha hecho que los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición hayan estado muy presentes en el caso colombiano. Hoy ya no es posible orillar estos

derechos cuando se discute sobre un proceso de justicia transicional, aunque su concreción práctica venga, en gran medida, condicionada por las características del contexto en el que se aplican.

Por todo ello, y por muchas otras razones que se quedan en el tintero, es ineludible aplicar el discurso de la justicia transicional a estos procesos que se salen de los moldes clásicos, aunque tratando siempre de ser conscientes del contexto y de las dificultades y barreras que impone dicho contexto.

Capítulo 7

Una paz conflictiva: luchas epistémicas en torno a la definición de la justicia transicional en Colombia

Delphine Lecombe

La Ley 975 de 2005, llamada Ley de Justicia y Paz, introdujo en Colombia normas de justicia transicional (derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación) para acompañar el proceso de desmovilización de los grupos paramilitares, negociado en 2003. A pesar de la inversión del Gobierno en la “gramática” de la justicia transicional, su política sigue siendo cuestionada por las organizaciones de víctimas y los defensores de derechos humanos que la critican por “manipular los estándares internacionales”. En junio de 2009, después de casi dos años de discusión, y a pesar de la movilización de la mesa técnica sobre la Ley de Víctimas¹, la bancada uribista hundió el proyecto de Ley de Víctimas, rechazando el costo de la norma y el principio de igualdad de beneficios a las víctimas de los grupos “terroristas” y de agentes del Estado².

Este acontecimiento es representativo de las tensiones que siguen rodeando la aplicación de la justicia transicional en el contexto colombiano y da lugar a un diagnóstico: seis años después de los primeros debates sobre el proyecto de Ley de Alternatividad Penal, la relación de fuerzas entre el Gobierno nacional y las organizaciones de víctimas vinculadas a las redes internacionales de derechos humanos beneficia a la coalición uribista. La diseminación y apropiación de los “estándares internacionales” de la justicia transicional por parte de las instituciones estatales dista mucho de ser un éxito. La concurrencia de los principales miembros de la comunidad internacional al Congreso Internacional de Desarme, Desmovilización y Reintegración (CIDDDR), organizado en mayo de 2009 por la Presidencia de la República, es una prueba de la capacidad del Gobierno nacional para dar a conocer su propia interpretación de la “justicia transicional”. El proceso de desmovilización de los paramilitares en Colombia está acompañado de luchas epistémicas, o sea de luchas sobre el sentido y las implicaciones de la justicia

¹ Coalición compuesta por organizaciones de víctimas, de defensa de derechos humanos –Fundación Social, Viva la ciudadanía, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), etc.– y apoyada por organismos de cooperación internacional –Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) acompañó la iniciativa del Senador liberal Juan Fernando Cristo.

² Discurso del Presidente Álvaro Uribe en el Seminario *Pobreza, desarrollo y ODM*, en la Universidad de la Salle, 18 de junio del 2009, disponible en <http://web.presidencia.gov.co/sp/2009/junio/18/07182009.html>.

transicional. El propósito de este capítulo es entender cuáles son las condiciones que siguen generando las luchas epistémicas en torno a la justicia transicional en Colombia, cómo se manifiestan y cuáles son los efectos de tales luchas sobre los conceptos claves de la justicia transicional.

El presente artículo parte de la hipótesis según la cual las luchas epistémicas que se originan en lo que se denomina la esencia de la justicia transicional están reforzadas por el contexto de conflicto armado. Veremos que la justicia transicional funciona como un “consenso ambiguo”³ que incluye una multitud de herramientas y da lugar a luchas epistémicas reforzadas por la estructura de poder internacional y por el contexto nacional de guerra.

Con este trabajo pretendemos analizar las dinámicas que están en juego en los campos social y político para la definición de la justicia transicional en Colombia. Para eso, situaremos la reflexión dentro del marco teórico del análisis cognitivo que se ha desarrollado desde los años setenta en la ciencia política norteamericana y, más recientemente, en Europa. Este tipo de análisis parte de la idea que los cambios en políticas públicas se acompañan siempre de un cambio del marco normativo. Se detiene a cuestionar el papel de los expertos, de las ideas, de los símbolos y de las creencias en las dinámicas de creación de lo político⁴. Tiene un desarrollo teórico importante en Francia, que se dará a conocer en este texto. Se centra en los mecanismos a través de los cuales los intereses de los actores se expresan en las ideas que difunden⁵. Su contribución es aplicar al estudio de la justicia transicional en Colombia herramientas analíticas bastante novedosas o, por lo menos, poco aplicadas en este campo de investigación.

El presente capítulo está organizado en tres secciones. La primera se dedica al estudio de los factores endógenos a la justicia transicional. Demuestra que, independientemente del contexto nacional de vigencia del conflicto armado, la justicia transicional, por una parte, tiende a generar luchas epistémicas por ser una construcción histórica compuesta de instrumentos diversos y, por otra, funciona como un “consenso ambiguo”. La segunda sección recalca la incidencia del contexto político colombiano en la generación de las luchas epistémicas. Se analizará la capacidad del Gobierno nacional de competir en el proceso de producción de la norma transicional. La tercera y última sección se enfoca en la descripción de los efectos de las luchas epistémicas en los conceptos e instrumentos de la justicia transicional.

³ Palier, Bruno, Gouverner le changement des politiques sociales, en Favre, Pierre (ed.), *Être gouverné. Études en l'honneur de Jean Leca*. Paris, Presses de Sciences Po., 2003, p. 175.

⁴ Haas, Peter M., Epistemic communities and international policy coordination, en *International Organization, Knowledge, Power, and International Policy Coordination*, vol. 46, n°1, Boston, MIT Press, 1992, pp. 1-35.

⁵ Muller, Pierre, Esquisse d'une théorie du changement dans l'action publique. Structures, acteurs et cadres cognitifs, en *Revue française de science politique*, vol. 55, n°1 (155-187), Paris, Presses de Sciences Po, 2005, p. 170.

I. Los factores endógenos a la generación de luchas epistémicas

Antes de analizar lo particular del contexto político colombiano —la ausencia de transición política—, es preciso puntualizar por qué la justicia transicional, en sí, da lugar a usos competitivos de sus conceptos. Este fenómeno tiene que ver con la construcción histórica de la justicia transicional y el hecho de que funciona como un “consenso ambiguo”.

A. La justicia transicional es una construcción histórica fragmentada

La justicia transicional no tiene una estructura teórica previa que haya originado sus manifestaciones sociales y políticas. No es un concepto⁶ ni un paradigma⁷. Lo que llamamos hoy justicia transicional se originó en instrumentos diseñados por actores políticos según sus intereses, y las obligaciones políticas y jurídicas a las cuales se enfrentaban en su momento. La justicia transicional es indisociable de los usos que han hecho y siguen haciendo de ella los actores políticos nacionales, sean gobiernos o defensores de derechos humanos. Se origina en las transiciones a la democracia del Cono Sur en los años ochenta y noventa, en contextos en los que no era posible administrar justicia por la vigencia de leyes de amnistía. La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) de Argentina, y la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, conocida como la Comisión Rettig, se establecieron en contextos de tensiones políticas y trataron de combinar los intereses de las víctimas de acceder a un espacio de reconocimiento de su condición, los intereses de los militares de no cuestionar la amnistía de la que se beneficiaban, y los intereses de los nuevos gobiernos en mantener la paz. La justicia transicional no emana entonces de esferas teóricas supuestamente desinteresadas, sino como respuesta a demandas e intereses de actores políticos y sociales. Por eso, los usos políticos de la justicia transicional⁸ no son un fenómeno exclusivo del contexto colombiano.

Las configuraciones políticas de los países que salieron de un conflicto en las dos últimas décadas generaron una gran diversidad de instrumentos que se abarcan hoy en día bajo el apelativo de “justicia transicional”. En efecto, aparte de las comisiones de la verdad, cabe destacar, por ejemplo, los mecanismos de reparación administrativa a las víctimas (como el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos en Chile), los programas de reinserción de los combatientes desmovilizados, los programas de reforma institucional (como la creación por la ONU

⁶ Lefranc, Sandrine, La justice transitionnelle n'est pas un concept, en *Mouvements, Vérité, justice, réconciliation, les dilemmes de la justice transitionnelle*. París, La Découverte, 2008, pp. 61-69.

⁷ De Greiff, Pablo, Una concepción normativa de la justicia transicional, en Rangel, Alfredo (ed.), *Justicia y Paz, ¿cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá, Intermedio Editores, 2009, p. 23.

⁸ Uprimny, Rodrigo y María Paula Saffon, Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia, en Rangel, Alfredo (ed.), *Justicia y Paz*, ob. cit., pp. 159-235.

de una nueva policía en Kosovo), y los mecanismos de reconciliación (las “comunidades de reconciliación” en Timor Occidental). Pero la justicia transicional abarca también instrumentos judiciales; estos empezaron a institucionalizarse en la última década en el ámbito del derecho internacional, donde fue recalcada la importancia de la lucha contra la impunidad⁹. Las sentencias de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y para la ex Yugoslavia, y las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ se enfocan en el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y en la necesidad de dispositivos legales que acompañen los mecanismos de reparación y de difusión de la verdad. El esfuerzo normativo y teórico de integración de los diversos instrumentos de la justicia transicional es un fenómeno muy reciente¹¹ que no debe ocultar el origen bastante fragmentado del campo.

Por eso, la justicia transicional da lugar a luchas epistémicas en el marco de una construcción teórica y normativa *a posteriori* de sus manifestaciones empíricas. Los orígenes diversos de la justicia transicional permiten que funcione como un “consenso ambiguo”.

B. La justicia transicional funciona como un “consenso ambiguo”

Para un observador extranjero que descubre el panorama político colombiano, resulta sorprendente constatar que actores con intereses tremendamente distintos, por ejemplo el Gobierno nacional y representantes del Movimiento de Víctimas de Crímenes del Estado (Movice), usan el mismo lenguaje, es decir, los mismos lemas del derecho a la verdad, la justicia y la reparación –que son la esencia de la justicia transicional. La hipótesis desarrollada aquí es que la justicia transicional ha funcionado en Colombia como un “consenso ambiguo”. Estudiando las reformas de seguridad social en Francia, Bruno Palier observa que “para ser viable, una medida innovadora tiene que ser suficientemente polisémica para obtener apoyo de intereses discrepantes, asociar interpretaciones contradictorias sobre la base del consenso más amplio posible”¹². Aunque el contexto colombiano se asemeje a las experiencias pasadas de justicia transicional, la gran mayoría de los pacificadores no rechazaron el principio de su implementación en el país. El primer factor

⁹ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe sobre la impunidad y el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad del relator Louis Joinet*, 1997. Este informe fue actualizado en el 2005 por Diane Orentlicher; véase U.N. Doc. E/CN.4/2005/102.

¹⁰ Botero Marino, Catalina y Esteban Restrepo Saldarriaga, Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia, en Rettberg, Angelika (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Bogotá, Uniandes; Ottawa, IDRC, 2005, pp. 19-65.

¹¹ Orentlicher, Diane, Estudio Independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, U.N. Doc. E/CN.4/2004/88; De Greiff, ob. cit.

¹² Palier, ob. cit., p. 174.

explicativo del amplio reconocimiento de la necesidad de la justicia transicional en un país que no conoce la transición, es que ésta tiene causas consensuales. El derecho de las víctimas de la violencia a la verdad, la justicia, la reparación y a la no repetición de los crímenes que han sufrido son lemas que se originan en el campo ético y a los cuales resulta muy difícil aportar contraargumentos. Además, aunque se haya escrito mucho durante la última década sobre la justicia transicional, sigue resultando difícil dar una definición precisa de los conceptos e instrumentos que abarca la misma. Por eso, los expertos del tema tienden a proporcionar una definición bastante amplia de la justicia transicional, refiriéndose a los objetivos sin entrar en el detalle y en el debate de los instrumentos oportunos para lograrlos. Es el caso, por ejemplo, de Naciones Unidas que estipula que “la justicia transicional 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”¹³. Pero la “justicia” y la “reconciliación” son nociones muy amplias que tienen sentidos múltiples y dan lugar a interpretaciones contradictorias. Así, los términos “verdad”, “justicia” y “reparación” que defiende el Movice no tienen la misma acepción que aquellos que promueve el Gobierno colombiano.

La justicia transicional funciona entonces como un “consenso ambiguo”. Al albergar valores consensuales y universales, esta noción polisémica y polimorfa puede adaptarse a posiciones y situaciones políticas y culturales muy diversas. Estas características explican seguramente el éxito de la propagación de la expresión en el mundo. En efecto, la justicia transicional constituye la herramienta discursiva y normativa que parece imprescindible tanto en los contextos de posconflicto, como de conflicto.

Este es, precisamente, el otro factor que explica las luchas epistémicas y la adopción de una fachada discursiva común a la gran mayoría de quienes intervienen en el campo de los derechos humanos en Colombia. Si bien es cierto que hay factores endógenos a la justicia transicional que originan luchas para la definición de su “esencia”, también es preciso destacar los factores políticos propios del contexto colombiano que nutren el fenómeno.

II. Los factores que refuerzan las luchas epistémicas: estructura internacional y conflicto armado interno

Vamos a explorar en esta sección el argumento según el cual las luchas epistémicas respecto a la justicia transicional están reforzadas por el contexto

¹³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, U.N. Doc. S/2004/616, 23 de agosto de 2004, citado en De Greiff, ob. cit.

político colombiano. La movilización de una “comunidad epistémica” que aboga por la implementación de los estándares internacionales de la justicia transicional en Colombia tuvo un impacto limitado en el Estado. Efectivamente, la política del Gobierno nacional se beneficia de una estructura de poder internacional que la privilegia. Además, en el nivel nacional, el conflicto armado condiciona la participación del Gobierno en la definición de la justicia transicional. En efecto, la necesidad de adaptar las herramientas al contexto colombiano abre un espacio de competencia por el dictamen de las normas de posconflicto; espacio en el cual el Gobierno nacional supo invertir.

A. La “comunidad epistémica” de la justicia transicional frente a la estructura de poder internacional

La desmovilización de los paramilitares abrió una configuración política inédita en Colombia: a comienzos de la década de 2000, el contexto internacional ya no permitía otorgar amnistías a desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, como se había hecho en la década de los ochenta. Los acuerdos de Santa Fe de Ralito, desconectados de todo marco legal, abrieron un escenario marcado por la incertidumbre de los instrumentos que serían implementados y sus implicaciones¹⁴. Como lo teorizó Peter M. Haas, un contexto de incertidumbre provoca una demanda de parte del Estado nacional y de las organizaciones involucradas en una reforma. En Colombia, la desmovilización de los paramilitares provocó una demanda de conocimiento sobre las prácticas internacionales de solución del conflicto por parte del Estado y de las organizaciones de derechos humanos. La difusión de la justicia transicional empezó con los debates en torno al Proyecto de Ley de Alternatividad Penal y continuó con el trámite de la aprobada Ley de Justicia y Paz.

Una “comunidad epistémica”¹⁵ compuesta de abogados, expertos en derecho internacional y militantes de derechos humanos se formó en ese tiempo y presentó un *amicus curiae* ante la Corte Constitucional (CEJIL, ICTJ, CCJ, entre otros) para influir en la interpretación de la Ley de Justicia y Paz. Esta comunidad epistémica, compuesta de organizaciones internacionales o colombianas vinculadas a redes internacionales está vinculada a círculos académicos, actores estatales (Corte Constitucional), líderes políticos (Rafael Pardo), movimientos de víctimas, y está apoyada por actores de la cooperación internacional (Naciones Unidas o Unión Europea). Comparte la creencia de que los derechos de las víctimas a la verdad, la

¹⁴ Haas, ob. cit., p. 15.

¹⁵ Peter M. Haas define una comunidad epistémica como una red compuesta por actores que comparten creencias y normas de referencia, nociones de validez de sus creencias y una empresa política común. La acción de la comunidad epistémica está basada en el reconocimiento y la autoridad de su conocimiento. Haas, *ibid.*, p. 3.

justicia, la reparación y la no repetición constituyen la base de “las mejores prácticas para salir de un conflicto armado”¹⁶. Comparte también el conocimiento de las normas internacionales y la creencia en su superioridad. Es interesante notar que las luchas epistémicas que en el año 2005 enfrentaron al Gobierno colombiano a esta comunidad epistémica, son las mismas que se dan cuatro años después en el marco de los debates del Proyecto de Ley de Víctimas. Los principales debates se concentran en la definición del universo de víctimas, el papel del Estado colombiano en la reparación, y la participación efectiva de las víctimas en el proceso. Los miembros de la “comunidad epistémica” de la justicia transicional colombiana comparten también repertorios de acción como la movilización por el derecho, la acción de cabildo ante las instituciones competentes, y la producción de conocimiento por medio de publicaciones o la organización de seminarios y encuentros. Las luchas epistémicas respecto de la justicia transicional en Colombia son muy técnicas y ponen de relieve la figura del abogado. Lo que constituye la competencia de la comunidad epistémica –su conocimiento experto de las normas de derecho– puede representar un obstáculo en el momento de movilizar a las organizaciones de víctimas del conflicto. Es necesario abordar un proceso de traducción de los términos eminentemente jurídicos para que las víctimas entiendan los motivos y las implicaciones de la movilización. Por eso la organización de las audiencias regionales destinadas a debatir el Proyecto de Ley de Víctimas y conseguir un apoyo más amplio en las regiones colombianas, pasó por la difusión de cartillas diseñadas por las organizaciones integrantes de la mesa técnica de la ley de víctimas.

Sin embargo, el hundimiento del Proyecto de Ley de Víctimas, última batalla parlamentaria de la comunidad epistémica que nos interesa, revela que la circulación y acogida de sus normas en el Estado tuvo límites. Según Peter Haas, el impacto de una comunidad epistémica sobre un gobierno está condicionado por las estructuras de poder en los ámbitos nacional e internacional¹⁷. Detengámonos primero en la estructura de poder internacional. La cooperación internacional (USAID, OIM, GTZ, etcétera) aporta a la política de justicia transicional del Gobierno colombiano un apoyo técnico y financiero importante. Parece que la adopción por el Gobierno colombiano del marco normativo de la justicia transicional y la implementación de algunas medidas –como la creación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, el decreto de reparaciones administrativas o la estructuración de un programa de reinserción de los desmovilizados– fueron recibidas por la comunidad internacional como garantías de la respetabilidad del Estado colombiano. Cabe señalar que éste sigue siendo un aliado estratégico de Estados Unidos en un contexto marcado no sólo por el conflicto armado interno, sino por el narcotráfico y tensiones regionales con Venezuela y Ecuador. Frente a la firma del acuerdo que permite a Estados Unidos usar seis bases militares en el territorio colombiano, se

¹⁶ Véase Orentlicher, ob. cit.

¹⁷ Haas, ob. cit., p. 7.

puede intuir que existen intereses políticos internacionales que privilegian la postura normativa del Gobierno en detrimento de las de la comunidad epistémica.

Estudiemos ahora la estructura de poder en el ámbito nacional, y cómo ésta condiciona la participación del Gobierno en las luchas epistémicas respecto de la adaptación de la justicia transicional al contexto nacional.

B. Los intereses de un Estado en guerra

El contexto de guerra tiene que ver con la capacidad del Gobierno colombiano para competir en la producción de ideas y herramientas a propósito de la justicia transicional en Colombia. El elemento decisivo en la estructura nacional de poder es que el Gobierno es actor del conflicto armado. Las organizaciones de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, denunciaron en la década de los noventa la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en masacres de las Autodefensas Unidas de Colombia, como lo probó la sentencia de la Corte Interamericana del 15 de septiembre de 2005 en el Caso Mapiripán. La adopción del marco normativo de la justicia transicional para organizar la desmovilización de los paramilitares ofrecía al Gobierno la oportunidad de legitimar su política en el nivel internacional y neutralizar el “efecto bumerán”¹⁸ generado por las demandas de víctimas de agentes del Estado al nivel internacional. Sin embargo, los conceptos de la justicia transicional no eran completamente compatibles con la política de seguridad democrática, base del programa electoral del presidente Uribe. Por eso, el Gobierno ha adaptado la implementación de una justicia transicional que no deslegitime la política de seguridad democrática, basada en la representación de un Estado amenazado por la acción irracional de grupos terroristas y protegido por sus Fuerzas Armadas. El principio de no discriminación de las víctimas, reivindicado por la comunidad epistémica de la justicia transicional en Colombia, cuestiona las representaciones de “víctimas” y “victimarios” comprendidas en la doctrina de seguridad democrática. Según ésta, es el Estado quien es víctima de ataques terroristas. Son los soldados muertos en combate las víctimas de la guerrilla, dignificados por su devoción de proteger a la Nación¹⁹. El problema de otorgar a todas las víctimas del conflicto los mismos derechos es que amenaza la representación oficial, ofreciendo la posibilidad de invertir las categorías: no sólo las Fuerzas Armadas, sino el Estado se vuelven potencialmente victimarios, puestos así en el mismo nivel que la guerrilla, a quien el Gobierno niega el estatus de actor político. Por eso, el Proyecto de Ley de Víctimas fue rechazado por la bancada uribista. Para retomar el vocabulario de Peter Haas, la estructura nacional

¹⁸ Keck, Margaret y Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1998.

¹⁹ Véase el discurso de Álvaro Uribe Vélez en el Congreso Internacional de Desarme, Desmovilización y Reintegración (CIDRR) del 6 de mayo de 2009.

del poder que se origina en la vigencia del conflicto armado limita el impacto de la comunidad epistémica de la justicia transicional en las altas esferas del Estado.

La primacía del contexto de guerra en el nivel nacional, así como el apoyo de una parte de la comunidad internacional a la implementación de la Ley de Justicia y Paz, explican que el Gobierno haya sido muy activo en las luchas epistémicas sobre la justicia transicional. En la última sección del presente capítulo se estudiarán los efectos de la implementación de instrumentos y conceptos de la justicia transicional en el contexto colombiano.

III. Los efectos sobre los instrumentos y conceptos de la justicia transicional

El papel gubernamental en las luchas epistémicas sobre la justicia transicional pasó por la creación de instrumentos institucionales como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) o, más recientemente, la Dirección de Justicia Transicional en el Ministerio del Interior y de Justicia. Por su creación reciente resulta todavía difícil analizar su acción, por eso nos centraremos en la descripción de la CNRR como resultante de una transferencia muy parcial del modelo de las comisiones de verdad y reconciliación (CVR). Se analizará en una segunda parte cuáles son los efectos de las luchas epistémicas sobre la justicia transicional, partiendo de un estudio del evento del Congreso Internacional de Desarme, Desmovilización y Reintegración (CIDDR), ya mencionado, que tuvo lugar los días 4, 5 y 6 de mayo de 2009.

A. La CNRR: una comisión singular

De todas las medidas asociadas a la justicia transicional, las CVR siguen siendo el instrumento más emblemático de los derechos de las víctimas a la verdad. Durante las tres últimas décadas, comisiones de la verdad fueron creadas en más de 30 países. En ciencia política, se habla de “transferencia institucional” para describir los procesos de difusión y adaptación de un dispositivo en un país distinto al país en que fue diseñado²⁰. El contexto colombiano no reunía, en 2005, las condiciones percibidas como propicias para la implementación de una CVR. A causa de la vigencia de la guerra y la ausencia de una transición política, la implementación de la Ley de Justicia y Paz no se acompañó de la creación del instrumento emblemático de la justicia transicional. Sin embargo, la ley creó una institución no tan lejana de las CVR, pero con atribuciones distintas. La literatura

²⁰ Véase Dolowitz, David P., *Policy Transfer and British Social Policy. Learning from the USA?* Buckingham, Philadelphia, Open University Press, 2000.

sobre las transferencias institucionales nos enseña que los dispositivos transferidos lo son raramente de manera idéntica y son más bien sometidos a lógicas internas de apropiación²¹. La CNRR es entonces el fruto de una transferencia muy parcial del modelo de las CVR, con transformaciones y luchas internas en la organización, propias del contexto colombiano. Como su acrónimo lo indica, la CNRR carece de la función de divulgación de la verdad sobre las violaciones perpetradas. No tiene la función de “recoger testimonios individuales, organizar audiencias públicas, encargarse de investigaciones criminales o hacer investigaciones temáticas”²². En cambio, su mandato es bastante heteróclito. Está encargada, por una parte, de tareas de seguimiento del proceso –hacer recomendaciones–, y por otra, de funciones ejecutivas de gran envergadura como “garantizar la participación de las víctimas en el proceso” (art. 51-1), o “adelantar acciones nacionales de reconciliación” (art. 51-8). El carácter impreciso, atípico y singular del mandato de la CNRR incita a los miembros de la organización a precisarlo, lo que da lugar a “bricolajes” en el seno de la institución, transformaciones e interpretaciones del modelo de las CVR.

Lo peculiar de la CNRR respecto del modelo de las comisiones de la verdad se manifiesta primero en la división interna del trabajo de la Comisión. Consta de cinco áreas temáticas: justicia, reparación, reconciliación, otra de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) y, por último, una sobre memoria histórica. Es interesante notar cómo esta organización establece una transformación de las normas constitutivas de la justicia transicional. De los cuatro derechos de las víctimas intrínsecos a la lucha contra la impunidad, encontramos en la estructura de la CNRR la referencia al derecho a la justicia y a la reparación. Sin embargo, el derecho de no repetición de las violencias se traduce en “DDR”, mientras el “derecho a la verdad”, que pensábamos ausente del mandato de la Comisión, se traduce en el área de “memoria histórica”.

El contexto de guerra hace del descubrimiento de la “verdad” una actividad judicial vinculada a las versiones libres de los postulados a la Ley de Justicia y Paz. Sin embargo, el grupo de “memoria histórica” se encargó, sin asumirlo nunca de manera plena²³, de un trabajo similar al de una comisión de la verdad con proyectos de investigación sobre las violaciones de derechos humanos, basados en testimonios de víctimas²⁴. Así, el área de “memoria histórica”, que fue creada bajo la condición de un estatuto particular de la CNRR, muestra que dentro del contexto de vigencia del conflicto armado, de ausencia de la divulgación de la verdad en el mandato de la organización, y de amplia

²¹ Delpuech, Thierry, L'analyse des transferts internationaux de politiques publiques: un état de l'art, en *Questions de recherche / Research in question*, n°27, diciembre de 2008, disponible en <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm>.

²² Hayner, Priscilla, *Truth Commissions: A Schematic Overview*, en *International Review of the Red Cross*, n°862, 2006, p. 295.

²³ Entrevista con Gonzalo Sánchez, 29 de marzo de 2007, Bogotá D.C.

²⁴ Véase Grupo de Memoria Histórica, *Trujillo, una tragedia que no cesa. Primer informe de Memoria histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación*. Bogotá, Planeta, 2008.

representación del Gobierno en la misma, se negocian y se reformulan las normas claves de la justicia transicional. Su adaptación al contexto colombiano da lugar a “bricolajes” que dependen de los recursos que tienen los actores. A manera de ejemplo, la autoridad y legitimidad académica del coordinador del área de “memoria histórica” (Gonzalo Sánchez) y la capacidad de movilizar recursos humanos de los integrantes del área y de las organizaciones a las que pertenecen, le permitió al área independizarse relativamente de la CNRR y crear un espacio para la verdad de las víctimas. Sin embargo, la vigencia del conflicto le impide hablar de “verdad” sino de “memoria histórica”, y también le impide otorgar a su área la simbólica etiqueta de “Comisión de la Verdad”.

Por su lado, el área de “DDR” es entendida como la versión del derecho de las víctimas a la “no repetición” de las violaciones perpetradas. Esta concepción es una de las principales muestras del intento de adaptación de los términos de la justicia transicional a la desmovilización de los paramilitares. La ausencia de una transición política y la vigencia del conflicto armado imposibilitan las reformas estatales garantes de la no repetición de la violencia. Para el Gobierno, asumir tales reformas correspondería a reconocer los fallos del aparato estatal –estrategia inconciliable con la política de un Estado en guerra. La creación de la CNRR resulta entonces de una transferencia muy parcial del modelo de las comisiones de la verdad: constituye un escenario de tensión entre las lógicas internas del contexto de guerra (imposibilidad de crear una CVR, interés del Estado en controlarla), y la influencia del modelo de las comisiones de la verdad defendido por algunos de sus miembros, en función de sus recursos. La CNRR es objeto de “bricolajes”, transformada de una parte por representantes del Gobierno y, de otra, por actores que intentan acercar su acción a los estándares heredados de las comisiones de la verdad. La CNRR contribuye entonces a transformar los conceptos de la justicia transicional al adaptarlos a un contexto de vigencia del conflicto armado.

B. Los efectos conceptuales de la transferencia de la justicia transicional a un contexto de guerra

Mientras sectores de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos emitían críticas sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz a finales de 2005, el Presidente de la República acompañado por el delegado del Vicepresidente en la CNRR, Eduardo Pizarro Leongómez, resaltaba la modernidad del proceso en comparación con experiencias extranjeras²⁵. El discurso destinado a insertar la experiencia colombiana en la red internacional de las “mejores prácticas” de salida de un conflicto se concretó

²⁵ “Quiero agradecer a todos este inmenso esfuerzo. Este inmenso esfuerzo que nos ha traído un marco legal novedoso, que empieza a ser mirado en el mundo como algo que eleva los estándares, como algo que crea doctrina”, fragmento de las palabras del presidente Uribe al instalar la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 4 de octubre de 2005, disponible en <http://www.cnrr.visiondirecta.com/09e/spip.php?article266>.

en la organización, por parte de la Presidencia de la República, del Primer Congreso Internacional de Desarme, Desmovilización y Reintegración (CIDDR). Casi todos los actores de la cooperación internacional que actuaban en el proceso de Justicia y Paz participaron en el Congreso, además de expertos extranjeros y desmovilizados de las guerrillas colombianas y de las AUC, que presentaban sus trabajos artesanales en puestos ubicados en los pasillos del evento, no lejos de los de las principales organizaciones presentes (la CNRR, la Alta Consejería para la Reintegración, Naciones Unidas y la Organización Internacional para las Migraciones). Las palabras del Alto Comisionado para la Paz y la Reintegración en el certamen demuestran que el CIDDR formó parte de una política intencional del Estado colombiano de actuar sobre los conceptos y las prácticas internacionales de la construcción de la paz (*peace-building*). “La Ley de Justicia y Paz es una de las leyes de justicia transicional más ambiciosas del mundo. El Gobierno hubiera podido ser menos ambicioso, pero decidimos ser visionarios”²⁶. Lo acontecido en el evento de Cartagena ofrece un referente de estudio de los usos conceptuales que se están dando.

El proceso de Justicia y Paz se origina en la negociación privatizada entre los jefes de las AUC y el Gobierno. Los acuerdos alcanzados en Santa Fe de Ralito condicionan la Ley de Justicia y Paz, poniendo a los desmovilizados –y no a las víctimas, ausentes en la negociación– en el centro del proceso. Vimos a través de la estructura de la CNRR que el derecho de las víctimas a la no repetición de los crímenes perpetrados se traduce en Colombia en un énfasis en el DDR y no en reformas institucionales. El CIDDR es una expresión de los usos gubernamentales de los principios de lucha contra la impunidad. Podríamos pensar que la centralidad del DDR y de los victimarios en la retórica gubernamental de la justicia transicional sería incompatible con los estándares internacionales que privilegian los derechos de las víctimas. El CIDDR nos enseña que el Gobierno tiende a neutralizar tal contradicción por la abolición de la distinción entre víctimas y victimarios. Esta operación conceptual permite ubicar (otras) “víctimas” en el centro de la política colombiana de justicia transicional: los paramilitares.

Durante su discurso de cierre del CIDDR el 6 de mayo del 2009, el presidente Uribe afirmó: “[R]eparación total, no hay. Lo digo delante de actores (desmovilizados) que se dieron cuenta que eran víctimas”. Un poco antes, en medio de su discurso, Frank Pearl, el Alto Consejero Presidencial para la Reintegración, aludió a una mujer de Cúcuta con quien se había encontrado unos días antes, que le había confesado estar dispuesta a perdonar, “porque el perdón la libera y no quiere que su hija viva en el miedo en que ella vivió”. En la misma tarde, respondiendo a la crítica de que los desmovilizados no habían tenido la palabra durante este Congreso, el comité organizativo cambió la agenda e improvisó un panel. En éste participaron cinco desmovilizados, entre los cuales figuraba una mujer de las AUC y uno de las FARC.

²⁶ Fragmento del discurso de cierre del CIDDR, el 6 de mayo del 2009, en Cartagena.

Ambos agradecieron la acción del Gobierno nacional y de la Alta Consejería para la Reintegración (ACR). Luz Mery, la desmovilizada de las AUC, agradeció a la comunidad internacional y dijo, con lágrimas en los ojos: “no podemos construir la paz solos. Necesitamos sentir este proceso como el nuestro. Estábamos invisibles, nos hicimos visibles. Si nos caemos siete veces, necesitamos que nos ayuden a levantarnos siete veces”. Su intervención suscitó la emoción del auditorio y varias personas se levantaron, aplaudiendo. Más tarde, entre los discursos de Pearl y Uribe, una desmovilizada de las FARC, Sara Morales Padilla, contó que había sido reclutada a los 12 años, víctima de muchos abusos, y que había tenido dos niños en la guerrilla. Agradeció el “inmenso apoyo de la ACR y a los proyectos de educación y atención psicosocial”, que le permitieron superarse y hoy cuidar y darles amor a sus hijos. Presentó el proyecto “Canta conmigo”, que une a la comunidad y a desmovilizados de grupos armados, como una sola voz pidiendo paz. Precisó que con este proyecto, los desmovilizados están pidiendo perdón, y que quieren la paz y la reconciliación.

Los tres testimonios descritos muestran cómo la última jornada del CIDRR consagró a los desmovilizados el estatuto de víctimas. La pertenencia al grupo armado fue abordada de manera incidental en los testimonios para resaltar su carácter forzado (Sara) o para manifestar arrepentimiento, expresando el sufrimiento y la condición emocional de la víctima (Luz Mery). Es interesante notar hasta qué punto el campo léxico de las víctimas se transfiere a los desmovilizados. Por ejemplo, Luz Mery se refirió a la necesidad de hacer del proceso de reintegración un proceso participativo (“este proceso como nuestro”) y que les permitiera “visibilizar[se]”; ambas necesidades son usualmente reivindicadas por y para las víctimas.

Por fin, la abolición de las fronteras entre víctimas y victimarios fue acompañada de la figura del perdón solicitado (Sara) y otorgado (anécdota contada por Pearl). El CIDRR se cerró con la canción “Canta conmigo”, interpretada por desmovilizados de distintos grupos armados y miembros de las comunidades en las que se reintegraron, beneficiarios del programa de la ACR.

La última operación conceptual que legitima la posición central del DDR en la adaptación de la justicia transicional colombiana es el vínculo causal hecho con la reconciliación. No es fortuito que el CIDRR se cierre con la canción “Canta conmigo”, interpretada por desmovilizados y “miembros de la comunidad en la que se reintegraron” (nótese que no se refieren a “víctimas”), indiferenciados por estar vestidos con la misma camiseta blanca en la cual figuran los logos del programa y de la ACR.

La política gubernamental de justicia transicional desarrollada por el Gobierno colombiano no considera entonces la noción de reconciliación como resultado del largo proceso de implementación de medidas de justicia y reparación, sino como un elemento que se debe fomentar. La CNRR, que tiene un área de reconciliación que intenta acercar a grupos de desmovilizados a grupos de víctimas, declaró el año 2009 como “año de la reconciliación”.

La implementación de la justicia transicional en un contexto de vigencia del conflicto armado tiene entonces efectos sobre la estructura conceptual de las

normas del posconflicto. En el caso colombiano, la implementación de la Ley de Justicia y Paz se acompañó de una mutación normativa que permitió legitimar la centralidad de los desmovilizados en el proceso. El derecho de las víctimas a la no repetición de los crímenes perpetrados fue cambiado por el DDR, y legitimado por la abolición de las fronteras conceptuales entre las víctimas y los victimarios. Un vínculo causal entre la reintegración exitosa de los desmovilizados y la reconciliación tiende a excluir del panorama epistémico los temas de la justicia, la verdad y la reparación.

Conclusión

La transferencia de la justicia transicional al contexto colombiano se acompaña de una mutación normativa de los conceptos y de los dispositivos de la misma. Los conceptos de “víctima”, “verdad”, “reparación”, “reconciliación”, y el dispositivo de comisión de la verdad resultan transformados por las luchas que se dan para definir lo que debe ser la justicia transicional en un contexto de guerra. Describimos en este capítulo el proceso por el cual tienen lugar estas transformaciones.

Primero, las luchas epistémicas respecto a la adaptación de la justicia transicional al contexto colombiano se originan en la construcción histórica de la misma, y en el hecho de que la justicia transicional funciona como un “consenso ambiguo”. Los estándares internacionales defendidos en Colombia por la comunidad epistémica que se movilizó en 2008 para apoyar el Proyecto de Ley de Víctimas tuvieron un impacto limitado en las esferas más altas del Gobierno. En efecto, desde 2003, las estructuras de poder internacional y nacional alimentaron la capacidad y el interés del Gobierno nacional en competir en la producción de los marcos conceptuales para la adaptación de la justicia transicional al contexto colombiano. Este fenómeno dio luz a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, transferencia muy parcial del instrumento emblemático de la justicia transicional. En mayo de 2009, el CIDDD ofreció al Gobierno un escenario para difundir su representación del proceso colombiano de justicia transicional: un proceso centrado en los programas de DDR que conducen a la reconciliación entre desmovilizados y miembros de las comunidades en las que se reintegran –víctimas indiferenciadas de un mismo conflicto. El caso colombiano ilustra que la transferencia de un conjunto conceptual e institucional a un país con una estructura política distinta a contextos de posconflicto da lugar a apropiaciones ligadas al escenario político interno. Así, este trabajo nos invita a preguntarnos sobre el carácter transferible de las “buenas prácticas” del posconflicto. Algunas de las preguntas abiertas son: ¿pueden adaptarse los conceptos y dispositivos de la justicia transicional a todos los contextos políticos? ¿En contextos de guerra, no será que esta adaptación provoca efectos imprevistos o contraproducentes en relación con quienes abogaban por su transferencia? En fin, ¿no revela el caso colombiano las limitaciones de la construcción normativa de la justicia transicional?

Capítulo 8

Justicia para la democracia

Iván Cepeda Castro

Los crímenes contra la humanidad son procesos sociales y no simplemente sucesivos eventos desligados. Al tiempo que en el mundo se consolida un sistema internacional de justicia, los límites que imponía la visión del derecho penal casuístico cede paso progresivamente a análisis y tipologías en los que se examinan los contextos sociohistórico y sociopolítico en el que han aparecido este tipo de manifestaciones. Asimismo, en los que se les entiende como prácticas sociales. Desde esta óptica, el genocidio, la desaparición forzada y la tortura se conciben como un conjunto de relaciones de diversa índole que integran las llamadas “tecnologías del poder”¹.

Esto significa una doble comprensión. Por una parte, enfocar la criminalidad como expresión de relaciones políticas, económicas y sociales; por la otra, considerarla sistema de relaciones y no simplemente actos delictivos. El desplazamiento forzado, por ejemplo, implica el desarraigo de poblaciones enteras y la usurpación a través de actos de terror. Al mismo tiempo, abarca la destrucción de la base material y el proyecto de vida de las comunidades víctimas, los complejos procesos de legalización de los bienes usurpados, la elaboración de un discurso y un imaginario social que esconde o legitima la existencia del destierro, etcétera.

El análisis de este planteamiento general ilumina determinados aspectos de la definición penal. En primer lugar, contrario a lo que con frecuencia se sostiene, los crímenes contra la humanidad no son “crímenes del pasado”. Su duración temporal y la prolongación de sus efectos se extienden más allá de la ejecución de los hechos puntuales. En algunos de estos casos, como los de la desaparición o los de desplazamiento forzado, se trata de crímenes de ejecución continuada. En otros, las víctimas sobrevivientes quedan en situación de padecimiento de efectos prolongados que no se circunscriben al acto mismo de supresión de la vida o de violación de la integridad. La reafirmación de la impunidad, la explotación, la legalización de un poder que emerge de la criminalidad y el estigma social son apenas algunas de las consecuencias visibles de los regímenes de atrocidades. Por eso es un contrasentido catalogar a las víctimas de un hecho ocurrido hace algunas décadas como “víctimas del pasado”. Esa expresión parece sugerir que los hechos criminales se restringen a la

¹ Dos buenos ejemplos de esa clase de estudios sociológicos son las obras de Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, y Klein, Naomi, *La doctrina del shock*. Barcelona, Paidós, 2007.

ejecución de una acción determinada en la que se ha causado algún daño particular. Se pierden de vista las relaciones que se instauran tanto por la violación de derechos humanos como por efectos de la nueva “correlación de fuerzas” que se instaura a partir del ejercicio de la violencia en masa. De esta forma, apelar a los “crímenes del pasado” permite generar el sentido de la extinción temporal tanto de los efectos como de las prácticas violentas, incluso cuando estas continúan perpetrándose bajo otros o iguales modelos de encubrimiento.

En segundo lugar, esos nuevos vínculos entre los sectores víctimas y los sectores perpetradores son de naturaleza muy diversa –dominación, conquista, control, represión, exterminio, invasión, agresión, integración forzada–, pero guardan en común que son relaciones de fuerza y de poder en el que “las víctimas” –o los sectores sociales víctimas– conforman el aspecto subalterno de la relación y “los victimarios” –o los “sectores victimarios”– detentan el rol dominante. La especificidad en cada caso de esa tipología de vínculos sociales tiene que ver con estadios de desarrollo de los modelos políticos y económicos. Los genocidios, para mencionar sólo un ejemplo, son de distinta índole de acuerdo con las fases históricas de la madurez de los Estados y de los sistemas institucionales en una sociedad. Algunos sociólogos que estudian las prácticas genocidas han clasificado las relaciones que instauran en dependencia de si el Estado-nación, en su acepción moderna, está naciendo, se ha consolidado o requiere transformarse y mantenerse. En cada una de esas fases, los exterminios de grupos inauguran o ayudan a mantener cierta clase de nexos sociales al servicio de la colonización, de la revolución o de la transformación de los modelos políticos y económicos².

Otro rasgo que permite comprender la definición de la que se viene hablando es que la perpetración de la criminalidad de sistema, como su nombre lo indica, compromete el surgimiento y la actuación de aparatos, estructuras e instituciones. Su realización implica operaciones de alta complejidad en cuanto a la concertación de la voluntad, el diseño de planes, el adoctrinamiento de los ejecutores y la realización exitosa de las operaciones. También implica la existencia de pautas, patrones y protocolos operativos. Su concepción y dirección supone un mando, una jerarquía, una cadena de mando, una autoría en la cúspide que, a la vez que concibe los planes criminales, se encarga de verificar su ejecución y de poner en movimiento la máquina de muerte³.

Por último, los crímenes de lesa humanidad requieren un marco cultural, una institucionalidad y una legalidad encargadas de producir una hegemonía de

² Sobre este particular puede verse mi ensayo Genocidio y régimen político. Consideraciones sobre la tipología del genocidio contra la Unión Patriótica, en *Escribir la vida con mil manos*. Bogotá, Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2009, pp. 33-48.

³ Sobre este aspecto cabe citar los desarrollos que recientemente se han presentado en materia jurisprudencial en el caso del proceso contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori. En Colombia, esta jurisprudencia comienza a elaborarse a partir de recientes sentencias de los altos tribunales. Véase, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 32672, 3 de diciembre de 2009.

determinadas interpretaciones en el imaginario colectivo. La continuidad en el tiempo de las relaciones de poder se soporta en un estado permanente de impunidad, de imposición del relato oficial de la historia, de segregación social de las víctimas sobrevivientes y, en contraste, de legitimidad social de los perpetradores. Las formas del discurso político e histórico que moldean tales representaciones apelan a la negación de la existencia de los crímenes masivos, sus autores y sus víctimas (una distorsión de la realidad conocida como negacionismo), a la reducción de ese estado de cosas que busca banalizar su carácter, a la justificación de las causas que llevaron a la ejecución de los crímenes o a la abierta apología e incitación al odio⁴. Dichas formas discursivas ocurren en sistemas de impunidad abierta –propio de regímenes dictatoriales– o en variantes más sutiles de impunidad que se encubren con modelos de integración forzada en los que las víctimas deben aceptar condiciones de aparente “reconciliación” en los que el reconocimiento formal de responsabilidades enmascara la continuidad de la condición subalterna de los sectores víctimas –situación propia de sociedades formalmente democráticas.

Una de las principales consecuencias de esta manera de concebir los crímenes contra la humanidad es que se debe cuestionar a fondo determinados conceptos de los esquemas de justicia y reconciliación que se ponen en práctica en los periodos llamados transicionales. Asimismo, esa comprensión debe permitir entender de modo distinto las medidas de verdad, justicia y reparación.

Desde esa perspectiva, en el contexto colombiano actual existen al menos cinco criterios para evaluar los alcances del modelo de justicia con relación a los derechos de las víctimas y de la sociedad⁵. Como resultado de los esfuerzos contra la impunidad se debería alcanzar: 1) estándares satisfactorios de justicia y, en especial, el juzgamiento de los máximos responsables de las violaciones masivas de los derechos humanos y de las graves infracciones al derecho internacional humanitario; 2) la disolución plena de las estructuras paramilitares y de su base política y económica; 3) la no repetición de los crímenes contra la humanidad cometidos y el “punto cero” en la ejecución de esta clase de delitos; 4) un cambio sustancial y verificable en la situación de las víctimas y de los sectores víctimas como resultado de la reparación integral, y en particular, de la restitución de tierras y territorios usurpados; y 5) el surgimiento de un relato histórico y de una cultura de la memoria acordes a la realidad del espectro de las violencias que han tenido lugar en el último medio siglo en el país.

⁴ Sobre este tema puede consultarse mi ensayo *La legitimación social del genocidio contra la UP*, en *Democracia o impunidad*. Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura, 2005, pp. 78-95.

⁵ Esos criterios son fruto de la práctica, la jurisprudencia y la normatividad internacionales que han determinado una serie de estándares mínimos con relación a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en condiciones de crímenes contra la humanidad. Como referencia de esta afirmación puede consultarse, por ejemplo, la Resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, U.N. Doc. A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006.

Determinados enfoques de origen oficial buscan generar la sensación de que Colombia vive una situación inicial de posconflicto en la que estaría realizándose un proceso de justicia transicional. En realidad, el proceso de verdad y de justicia que se desarrolla en el país se enfrenta a dos posiciones distintas, y podría decirse opuestas: una que busca limitar al máximo los alcances de los derechos de las víctimas, y que será tratada en la parte I de este artículo (el modelo de justicia para la “reconciliación”) y otra que parte de las consideraciones esbozadas en la parte inicial de este texto y que se abordarán en la parte II bajo el título el modelo de justicia para la democracia.

I. El modelo de justicia para la “reconciliación”

La primera de las concepciones enunciadas ha sido asumida por las administraciones del gobierno del presidente Uribe y es el resultado de adaptaciones progresivas del marco legal y jurídico del llamado proceso de desmovilización de los grupos paramilitares. En esencia, ese modelo permite mantener las estructuras de los aparatos criminales, bajo una metamorfosis que posibilita conservar sus funciones, y plantea un esquema de justicia destinado a sancionar de modo exclusivo a ejecutores de segundo nivel y dejar en la impunidad a los máximos responsables de los crímenes masivos. Asimismo, dicho modelo crea programas de asistencia humanitaria indemnizatoria que se presentan a la opinión pública como modalidades de auténtica reparación a las víctimas, y una interpretación de la historia que distorsiona o simplifica el carácter de la violencia y niega la criminalidad de Estado⁶.

En el centro de ese modelo figura una noción de reconciliación forzada, que obliga a las víctimas a aceptar actos formales de arrepentimiento y adaptarse a contextos en los que se mantiene el desequilibrio de fuerzas en la sociedad. En circunstancias en que se mantiene vigente el control social de los agresores sobre los agredidos, la aceptación de las víctimas de ese orden y sus reglas implica la legitimación pública de la convivencia impuesta. O en otras palabras, es la continuidad adaptada a una nueva legitimidad pública de la desposesión de los atributos políticos y jurídicos de las víctimas.

En el campo de la justicia, el marco normativo que sostiene el modelo –la aplicación de las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005– no permite la persecución

⁶ Ese modelo está en la manera en que el Gobierno ha buscado el mayor margen de impunidad en la aplicación de la Ley 782 de 2002 y la Ley 975 o Ley de Justicia y Paz, con sus respectivos decretos reglamentarios. Como parte de ese esfuerzo se cuentan la extradición de los principales jefes paramilitares a los Estados Unidos como mecanismo probado de obstrucción a los procesos judiciales en Colombia, las diversas propuestas hechas por el poder ejecutivo para aprobar normas que garanticen inmunidad a los congresistas ligados a la llamada ‘parapolítica’, y las iniciativas de “reforma” que pretenden restringir severamente las competencias penales de la Corte Suprema de Justicia.

penal de los máximos responsables, pues la metodología de investigación no corresponde a aquella que se debe emplear en la dilucidación de macrocrímenes y en el tratamiento penal de aparatos criminales que incluyen estructuras institucionales. De la información judicial y documental hoy disponible se deduce que el verdadero organigrama de la criminalidad de Estado en Colombia contiene estructuras complejas entre las cuales las Autodefensas Unidas de Colombia y otras organizaciones paramilitares han sido apenas dependencias del aparato criminal. No obstante, las investigaciones en curso no toman en cuenta en forma rigurosa el carácter sistemático de los crímenes, los patrones con los que se han cometido, las cadenas de mando y de ejecución, ni tampoco analizan en forma adecuada los contextos⁷.

En cuanto a la incapacidad para garantizar la desarticulación de las estructuras criminales, el problema no se reduce a la demostrada persistencia de grupos paramilitares que—a pesar de haber asumido otros nombres—continúan ejecutando diversos tipos de violencia⁸. Como se ha documentado ampliamente, la cuestión radica en que las bases políticas y económicas del paramilitarismo y de los sectores que lo han auspiciado continúan, en lo esencial, intactas⁹.

Las medidas diseñadas como alternativas para atenuar la ausencia de reparación por vía judicial corresponden a la concepción neoliberal que los gobiernos del presidente Álvaro Uribe han aplicado en el terreno de la atención de las demandas sociales. Se trata de programas que remplazan la garantía de los derechos de las personas y las comunidades por el pago de subsidios asistenciales y humanitarios, o que confunden la prestación estatal de servicios básicos a la población con procesos de reparación¹⁰. Una de las consecuencias de esta política es que de hecho quedan invisibilizados asuntos cruciales para producir una verdadera transformación en la condición de

⁷ En las versiones libres que han rendido los paramilitares vinculados al sistema de la Ley de Justicia y Paz han sido mencionados más de 3.900 particulares y servidores públicos, entre los que figuran cerca de 140 miembros de la fuerza pública, y más de 200 políticos o empresarios, con relación a los cuales existen muy pocas investigaciones. El sistema de Justicia y Paz presenta otros problemas fundamentales, como su ineficacia para dar cuenta de los delitos confesados por los paramilitares que se han sometido al procedimiento, y la imposibilidad de asegurar la reparación de las víctimas por vía judicial. Véase Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, *Sin justicia y sin paz*. Bogotá, 2010.

⁸ Sobre este fenómeno puede verse el informe de la organización Human Rights Watch, *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*. New York, HRW, 2010. Según la Comisión Colombiana de Juristas, entre julio de 2002 y junio de 2008 los grupos paramilitares habrían cometido más de 4.600 actos de violencia sociopolítica. Comisión Colombiana de Juristas, *Violaciones de derechos humanos y violencia sociopolítica en Colombia. Derecho a la vida. Ejecuciones extrajudiciales, homicidios sociopolíticos, muertes en combate y desapariciones forzadas*, disponible en www.coljuristas.org.

⁹ Sobre la base política del paramilitarismo puede verse el completo estudio de la Corporación Nuevo Arco Iris, *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá, Intermedio Editores, 2007.

¹⁰ La Corte Constitucional colombiana ha dejado claramente establecida la diferencia entre la asistencia humanitaria, la garantía de derechos sociales y las medidas de reparación integral. Véase Corte Constitucional, sentencia T-085 de 2009.

vida de millones de personas: la restitución de tierras, la persecución de toda forma de legalización del despojo, la reparación de los daños causados por las empresas multinacionales, la creación de espacios democráticos para la participación ciudadana en las zonas de control paramilitar, y la eliminación de los grupos paramilitares y de sus vínculos con las esferas oficiales, políticas y económicas.

II. El modelo de justicia para la democracia

El Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado es una amplia red de organizaciones de comunidades que reclaman el derecho de identificarse como afectadas por la violencia de estamentos estatales y de grupos paramilitares, y que sostienen que en Colombia se han utilizado en el pasado, y se utilizan actualmente, modalidades de exterminio. Por tal motivo, esta coalición ha opuesto al modelo centrado en la reconciliación forzada una concepción en la que la finalidad política de los procesos de justicia y no repetición de los crímenes es la democracia.

Esta posición parte del supuesto de que es inviable que surja la democracia de un proceso de reconciliación artificial. En cambio, es posible que en una situación de auténtica democratización social surjan opciones no forzadas de reconciliación. A esa finalidad –la democracia en todas sus expresiones como resultado de un auténtico cambio social que contribuye a erradicar los crímenes contra la humanidad– pueden aportar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, entendidos en un sentido transformador; procesos con carácter público y universal que generen la mutación de las estructuras de poder político y económico, y cuya esencia no se limite a la apariencia “humanitaria” o “reconciliadora”.

Tal concepción supone, desde luego, el reconocimiento de que las personas víctimas son sujetos individuales y colectivos de la acción política. Las víctimas han perdido o visto limitada severamente su ciudadanía como secuela de variadas formas de violencia. La conculcación de sus libertades exige el movimiento por los derechos que se expresa en variados procedimientos de demanda judicial ante las instancias estatales y transnacionales, en la movilización pública y en la acción comunicativa que les permite revertir esa situación.

El contenido de esa clase de acción política, judicial y comunicativa parte no solamente de los preceptos que contienen las leyes, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. La condición de las personas afectadas por actos extremos de violencia implica una experiencia vital atravesada por el impacto de esa traumática experiencia. Siendo así, las víctimas conciben la realidad social con la sensibilidad y la reflexión que les ha proporcionado conocer vivencialmente las atrocidades. De la historia de vida de quienes han padecido la violencia proviene también su convicción y fuerza para oponerse a la guerra y a los crímenes en masa, para reivindicar la justicia y para relatar, en calidad de sujetos de memoria, acerca de lo que han soportado y de lo que no desean que

vuelva a acontecer. Testimoniar en público puede convertirse en una labor de pedagogía social que, desde la convicción ética de la necesidad de la paz y desde la autoridad moral de la injusticia padecida, es ejemplarizante para la sociedad. Por estas razones, la palabra de las víctimas es tan significativa en situaciones en las que se intenta finiquitar una espiral de violencia o en las que se quiere romper la impunidad crónica.

La primera conquista que deben alcanzar los sectores que han sido objeto de agresiones en períodos de larga duración es precisamente el reconocimiento de esa agresión, de su condición de víctimas y de la condición de perpetradores de quienes han planificado y realizado los actos criminales. En Colombia, un aspecto fundamental de esa reclamación ha sido lograr el reconocimiento de la existencia de la criminalidad de Estado, de su carácter sistemático y de sus máximos responsables como funcionarios de gobierno con capacidad de mando¹¹.

Reconocer la existencia de la criminalidad de Estado en el contexto colombiano proporciona una base sólida para la interpretación histórica de la violencia, que contrasta con las visiones oficiales que buscan diluir la responsabilidad estatal a través de la negación del conflicto armado o de la idea de la “guerra contra los civiles”, que excluye la concentración de riqueza y poder como causa de los crímenes masivos y los genocidios. En esa clase de interpretaciones, la historia de la violencia sociopolítica y del conflicto armado es sustituida por explicaciones que sólo vislumbran el narcotráfico –cuyo tratamiento se desliga de la genealogía del poder político– y el “terrorismo” como factores de violencia.

Las devastadoras consecuencias de los crímenes de Estado son, desde esta concepción, las pruebas materiales de su existencia. El genocidio por razones sociopolíticas ha sido utilizado para la eliminación sistemática de movimientos de oposición política, movimientos sindicales, comunidades campesinas, pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes. Por sus características, entre esos exterminios se destaca el genocidio perpetrado durante más de dos décadas contra el movimiento político Unión Patriótica. Como se ha mencionado, el desplazamiento forzado ha sido una estrategia desarrollada para usurpar grandes extensiones de tierra y controlar extensas zonas territoriales. Su consecuencia ha sido conducir a la miseria a millones de personas y despoblar regiones enteras del país. Para desplazar a las comunidades en zonas rurales y urbanas, en desarrollo de incursiones paramilitares, se ha usado la ejecución de masacres como espectáculos públicos de

¹¹ Un momento inaugural de ese reconocimiento social fueron las manifestaciones del 6 de marzo de 2008 promovidas por el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado. El Movimiento de Víctimas sostiene que en Colombia se han cometido en el pasado, y se cometen actualmente, modalidades de exterminio que se expresan en acciones y patrones criminales planificados y ejecutados desde sectores e instituciones del aparato estatal. Algunas de esas modalidades criminales de origen estatal que se han desarrollado en el último medio siglo son el genocidio por razones políticas y sociales, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones del derecho humanitario.

terror. También se ha desarrollado la práctica de la desaparición forzada masiva, por medio de fosas comunes y cementerios clandestinos. En ese contexto general se han diversificado otras atrocidades: ejecuciones extrajudiciales, tortura, detenciones y encarcelamientos arbitrarios, violaciones sexuales, etcétera.

Conclusión

El Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado ha propuesto ocho estrategias que entrañan una conceptualización propia sobre lo que puede y deber ser un modelo de justicia para la transformación democrática. En el marco de las estrategias propuestas se establece la necesidad de elaborar conceptos claros sobre lo que es la criminalidad del Estado, su estructura y sus mecanismos de ejecución. Asimismo, se plantea la tarea de construir un bloque de las comunidades y organizaciones víctimas con poder y capacidad de incidir políticamente en el país, que pueda contribuir a provocar los cambios que requiere un verdadero proceso de erradicación del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad.

De esta agenda forman parte las instancias en las que la participación de las víctimas tenga incidencia social.

El catastro alternativo de tierras pretende recaudar información veraz sobre la magnitud del despojo, a fin de poner en evidencia la contrarreforma agraria por la vía del arrasamiento de las comunidades rurales que garantiza la acumulación de tierras. Este instrumento integra los datos técnicos reunidos por especialistas con la investigación participativa en la que las comunidades despojadas se convierten en sujetos de memoria y en fuentes de información.

Las audiencias ciudadanas por la verdad son eventos realizados en escenarios públicos, con la presencia de autoridades judiciales, en los que se documentan cientos de casos. Las audiencias permiten a las comunidades víctimas de zonas rurales y de zonas urbanas marginales denunciar hechos que no son investigados por el sistema judicial. Al mismo tiempo, posibilitan testimoniar y difundir públicamente la realidad de tales hechos.

A este mismo tipo de estrategias pertenecen la gestión de proyectos legislativos con amplio debate de las organizaciones sociales, las iniciativas humanitarias que aportan en el propósito de lograr una salida incruenta del conflicto armado, las propuestas de memoria social que reconfiguran la hegemonía cultural y el diseño de garantías de no repetición tendientes a dismantelar los grupos paramilitares y su influencia política.

La obtención de poder político y económico para los sectores víctima y el debilitamiento de la base del poder de los sectores perpetradores es un fin necesario para la construcción de un Estado democrático. En este sentido, verdad, justicia y reparación se convierten en derechos cuyo ejercicio va más allá de la superación del sufrimiento privado e individual para convertirse en una tarea universal.

Capítulo 9

La sociedad civil en el marco de la justicia transicional en Colombia

Gabriel Arias

“...un set de diversas organizaciones no gubernamentales lo suficientemente fuerte como para contrarrestar al Estado y que, sin impedirle al Estado que cumpla su rol de garantizar la paz y arbitrar entre los principales intereses, pueda, de todas maneras, impedirle dominar y atomizar el resto de la sociedad”
(Ernest Gellner)¹

A continuación expongo algunas consideraciones sobre la dinámica de la sociedad civil colombiana (en adelante SCC) a la luz del proceso político-jurídico que se inició con los acuerdos del gobierno de Álvaro Uribe Vélez y los máximos comandantes de los grupos paramilitares en el año 2002, y que en la actualidad se desarrolla, principalmente, en el marco de los procesos penales de la Ley 975 de 2005.

Dicha ley plantea la desmovilización y reinserción de los grupos armados al margen de la ley, con el propósito de alcanzar la paz, bajo el cumplimiento de los principios básicos de la justicia transicional, vale decir, garantizando a las víctimas los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y el establecimiento de condiciones de no repetición.

La parte I del presente capítulo explica el contexto relevante a las dinámicas actuales de la sociedad civil colombiana. El análisis se abordará desde tres ejes: la participación de la sociedad civil en el contexto transicional, en la parte II, la influencia de la cooperación internacional sobre la agenda de la sociedad civil, en la parte III, y, por último en la parte IV, el papel de los medios de comunicación en ese escenario de tránsito.

Las reflexiones presentadas en este capítulo se basarán, además de en mi propia experiencia con grupos de la sociedad civil colombiana, en entrevistas realizadas entre septiembre y noviembre de 2009 en el marco de este proyecto a diversos miembros de la sociedad civil colombiana así como a representantes de las agencias de cooperación internacional.

¹ Gellner, Ernest, *Conditions of Liberty, Civil Society and its Rivals*. London, Hamish Hamilton, 1994 (edición española: *Condiciones de libertad: la sociedad civil y sus rivales*. Barcelona, Paidós, 1996).

I. Contexto

Hablar de la sociedad civil² en Colombia es referir un tema tan abstracto como complejo por su variada composición, por tan disímiles posturas y porque en todas las esferas se han atravesado las nefastas consecuencias del conflicto armado interno. La lógica de la confrontación armada, en la que cualquiera puede ser el enemigo, ha penetrado a la sociedad entera y, por ello, la ha fragmentado de tal forma que ha sido difícil construir identidades y luchas colectivas tras propósitos comunes. Tal situación se torna aun más evidente si se analiza a la luz del marco transicional promovido por la conocida Ley de Justicia y Paz.

Para analizar a la SCC es preciso, en primer lugar, referenciar históricamente el desarrollo de nuestro conflicto armado interno toda vez que éste ha afectado todos los órdenes sociales, políticos y económicos de la nación y, en segundo lugar, reconocer que las dificultades para su construcción, y su innegable fraccionamiento, obedecen también a las notorias diferencias entre lo regional y el nivel central. Colombia es un país de por lo menos cinco grandes regiones, lo que genera dinámicas de la más variada índole, bastando señalar que en lo local la sociedad civil se dinamiza más como blindaje frente a los actores violentos, mientras que en el nivel central opera más en el marco de un ejercicio de pesos y contrapesos políticos.

En nuestro país, como en buena parte de los países de América Latina, la sociedad civil (SC) comenzó a tener un mayor protagonismo a finales de la década del sesenta y, principalmente, en la del setenta, como contrapeso a las crisis de democracia y de Estado, entendiendo por tal la pérdida de legitimidad ante el creciente número de actores violentos que, de una u otra forma, lo suplantaron en diversas regiones del país. Guerrillas y paramilitares se posicionaron a lo largo y ancho de la geografía, fundamentalmente en las zonas más distantes de los centros urbanos donde la institucionalidad era aún más precaria.

La pérdida de credibilidad en la institucionalidad hizo que una SC en formación, a partir de la denuncia de las violaciones de los derechos humanos, fuera ampliando su entorno y el ámbito de actuación para llegar, incluso, a generar redes de orden regional y nacional inclinadas a reclamar el cumplimiento estatal de sus obligaciones de respeto y garantía. Se gestó y se fortaleció así un sector de la sociedad cuyo principal ámbito de intervención se focalizó en los derechos humanos, en su denuncia y su reclamación³.

² El propósito de este documento no es hacer un ensayo sobre el concepto de sociedad civil. No obstante para los fines del mismo se parte de la base elemental de entender a la sociedad civil como esa red de asociaciones, independientes del sector estatal o gubernamental, que se agrupan por identidades para alcanzar intereses y objetivos públicos y, de esta manera, ejercer un contrapeso a los excesos de poder. Para la mayoría de los tratadistas en el tema, la sociedad civil cumple un papel de intermediación entre el individuo y el Estado y, en consecuencia, ejerce un poder social.

³ Como por ejemplo, la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos y el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, creados en 1973 y 1979, respectivamente.

Es importante destacar las distintas organizaciones que se generaron alrededor de causas comunes, como por ejemplo, la de ser víctima de la desaparición forzada, del desplazamiento forzado, de la discriminación contra la mujer o la discriminación por razones étnicas o de orientación sexual, a la par que colectivos interesados por la divulgación de la nueva y amplia gama de derechos fundamentales y de mecanismos de protección de tales derechos.

Como consecuencia de la intensidad y la degradación del conflicto armado interno, aparecieron igualmente organizaciones que se reivindicaron como víctimas de la guerrilla o de los paramilitares procurando ganar espacio en los debates políticos del país. Es en ese escenario en el que se fueron alineando posturas de la llamada SCC, bien sea en una actitud de abierta oposición al Estado o, por el contrario, de colaboración y defensa de la institucionalidad⁴. Un sector importante de la SCC encontró en el tema de la salida pacífica del conflicto armado un camino hacia la paz y, por consiguiente, aparecieron importantes organizaciones que priorizaron en su agenda pública el propósito de la consecución de la paz⁵.

Sectores de la clase política, económica y de la SCC presionaron a los diferentes gobiernos para que se emprendieran diálogos con los actores armados a efecto de buscar una negociación que pusiera fin a la confrontación. Diversos intentos fallidos como los de los gobiernos de Virgilio Barco y de Belisario Betancur llenaron de marcado escepticismo el panorama nacional. La secuela dejada por ello fue el discurso público de derrota militar del enemigo (la guerrilla) como única alternativa. Por consiguiente en la década del 90, principalmente en el gobierno de Ernesto Samper, se reactivó la estrategia militar vinculando a la población civil al conflicto armado a través de las cooperativas de seguridad privada, llamadas Convivir, dejando de paso ejércitos de miles de civiles organizados como autodefensas regionales y luego de carácter nacional.

Con la adopción de un nuevo marco constitucional en 1991, se estableció un Estado social de derecho, participativo y pluralista, y se le dio rango constitucional a mecanismos de participación democrática potenciando el impulso que venía ejerciendo la SC. Encontramos así una sociedad con mayor interacción en los distintos tópicos del interés colectivo, más interesada en generar mecanismos para el fortalecimiento de la débil democracia nacional.

Los diálogos del gobierno nacional con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se reanudaron en la administración de Andrés Pastrana y el país entero fue espectador de un nuevo fracaso de soluciones negociadas del conflicto armado. En este contexto llega el primer gobierno de

⁴ Un análisis amplio se encuentra en Romero, Mauricio, Paz, reformas y cambio en la sociedad civil colombiana, en Panfichi, Aldo (cord.), *Sociedad Civil, esfera pública y democratización en América Latina: Andes y Cono Sur*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 331 y ss.

⁵ Para profundizar véase García, Mauricio, *Movimiento por la paz en Colombia, 1978-2003*. Bogotá, CINEP, 2006.

Uribe, con el antecedente inmediato de que el máximo jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) señalara su disolución, aunque pocos meses después los nuevos jefes paramilitares manifestaron públicamente el restablecimiento y la intención de buscar propuestas de paz con el nuevo gobierno. Se llega así, a mediados de 2003, a la firma del conocido Pacto de Santa Fe de Ralito en el que el gobierno se comprometió a buscar mecanismos jurídicos para solucionar la situación penal de los integrantes de las autodefensas y éstas se comprometieron a desmovilizarse dentro de los dos años siguientes.

En acatamiento a lo acordado con las autodefensas, el gobierno de Uribe presentó en agosto de 2003 un proyecto de ley de alternatividad penal para sustituir las penas de prisión a los desmovilizados. El trámite legislativo culminó el 25 de julio de 2005 con la aprobación de la Ley 975 (conocida como Ley de Justicia y Paz). Este proyecto de ley fue discutido prácticamente a puerta cerrada en la Casa de Nariño y bajo presión de los grupos paramilitares. Además contó con el apoyo de un porcentaje alto de los miembros del Congreso de la República de ese entonces, que fueron elegidos con el apoyo regional de los mismos victimarios.

Sobre el fondo real de cómo se negoció, se discutió y se aprobó la ley de rebaja de penas para los criminales, un sector de la SCC ha reclamado el derecho que tiene el país de conocer la verdad.

La llamada Ley de Justicia y Paz emerge, entonces, como un mecanismo jurídico complementario al marco legal de amnistías e indultos (Ley 782 de 2002, decretos 128 y 3360 de 2003) pero que por diversas razones no se aplicó a todos los desmovilizados culpables de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Se inicia así un proceso de desmovilización de más de treinta mil hombres por iniciativa de sus comandantes. Se debe ser enfático en señalar que si bien era necesaria la desmovilización de las autodefensas, ello no es una condición suficiente para lograr el objeto de la ley: alcanzar la paz –bajo la premisa de garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas y de la sociedad entera, entendida ésta como víctima respecto de los crímenes de lesa humanidad.

II. Participación de la sociedad civil en el contexto transicional⁶

Hablar de un contexto transicional en Colombia obliga a tener como punto de referencia, necesariamente, a la Ley 975 de 2005 y al gobierno de Álvaro Uribe Vélez, pues antes de ello no se había introducido masivamente la conceptualización de la justicia de transición en el país. Ello no quiere significar que efectivamente dicha legislación esté motivando el cambio de un cuadro persistente de violaciones de

⁶ En adelante por sociedad civil me referiré, principalmente, a los sectores que trabajan en el ámbito de los derechos humanos, en la consecución de la paz y en la consolidación de la democracia, sin hacer alusión a otros sectores como los gremiales o empresariales.

derechos humanos hacia un escenario de respeto y garantía, ni que se estén edificando las bases para una solución pacífica del conflicto, ni menos aún que se esté avanzando en el camino hacia la paz y la consolidación de una verdadera democracia. Por estas razones cuando hablo de *contexto transicional o de justicia transicional* entiéndase que lo hago entre comillas por el alto nivel de escepticismo que me genera.

Tan sólo quiero enmarcar que, por virtud de esa ley, de acuerdo con interpretación de la Corte Suprema de Justicia, el país se haya frente a un entorno de transición⁷ y que el tema hace parte de la agenda pública de hoy.

Para comenzar debo señalar que la aprobación de dicha normativa puso en evidencia, una vez más, el fraccionamiento de la SCC. En efecto, un sector de la sociedad de derechos humanos, alineado con la política del nuevo gobierno, avaló incondicionalmente ese marco jurídico sin hacer reparos sobre la suerte de los derechos de las víctimas. Otro sector, sin embargo, analizó la norma a la luz de estándares internacionales de derechos humanos y los principios básicos de la justicia transicional y, en defensa de las víctimas y de la sociedad, lideró una voz de rechazo al soterrado indulto.

Pocos días después de aprobada la ley, el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, por ejemplo, planteó que los funcionarios deberían aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz⁸ y, como consecuencia, el no acatamiento. Dicha postura contó con el respaldo de varias ONG nacionales y numerosas organizaciones sociales de Europa que comenzaron a presionar distintos escenarios para que no se respaldara la aplicación de la citada norma. Ello en el marco de la alianza de ese sector de la SCC y las organizaciones europeas para demandar el respeto de los derechos humanos en Colombia.

“La demanda de inconstitucionalidad que dio inicio al presente proceso fue interpuesta por un grupo de ciento cinco (105) ciudadanos colombianos, obrando en nombre propio o en representación de diversas organizaciones, en contra de la Ley 975 de 2005”⁹. Este hecho demuestra la alineación de un sector importante de la sociedad civil en contra de una iniciativa del ejecutivo que contó con el aval del órgano legislativo.

Ahora bien, no resulta una tarea fácil determinar cuantitativamente, o por lo menos en niveles porcentuales aproximativos, cuántas o qué sector de las organizaciones de la SCC han asumido un rol más contestatario con el gobierno en este período transicional o cuántas o qué sector cumplen un papel más colaboracionista. Pese a ello me atrevo a aseverar que en nuestro país, cuantas más organizaciones de la SCC se conforman y más actúan en el escenario público, menos sociedad civil se tiene. Me refiero a aquella parte de la sociedad civil que interactúa con

⁷ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto del 12 de marzo de 2009, radicado 31320.

⁸ Véase página web del Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado: www.movimientodevictimas.org.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-370/06 del 18 de mayo de 2006, expediente D-6032.

posturas más homogéneas tendientes a procurar un equilibrio de poderes frente al discurso hegemónico del gobierno. El grueso de la SCC no sólo se ha alineado con el lenguaje del gobierno sino que lo defiende a ultranza. Tal vez en ello ha incidido que buena parte de las organizaciones que vienen surgiendo en la última década lo han hecho por el impulso y financiamiento oficial, desdibujándose así la naturaleza esencial de las sociedades civiles, pudiéndose señalar, incluso, que en Colombia lo político y lo social se fusionan en un solo cuerpo alrededor de las miradas y lenguajes sectarios impuestos por el gobierno nacional.

En la relación del gobierno de Uribe con un sector de la SC que gravita en el ámbito de los derechos humanos, se puede apreciar una gran incongruencia: por un lado, invitación al diálogo y a la concertación y, por el otro, la descalificación y la estigmatización. Veamos.

A. Fortalecimiento de escenarios de concertación

Paradójicamente bajo la administración de Uribe se dio inicio a un proceso estratégico de relación entre el gobierno nacional y la SCC alrededor de la agenda de cooperación internacional. Dicho acercamiento se comenzó a consolidar con el llamado proceso Londres-Cartagena-Bogotá que, en síntesis, es un diálogo tripartito Estado/sociedad civil/cooperación internacional sobre estrategias de la cooperación, principalmente en los campos de derechos humanos, fortalecimiento de la democracia y la agenda por la paz.

La Declaración de Londres (2003)¹⁰ se convirtió en un primer marco de referencia en las relaciones gobierno-sociedad civil-comunidad internacional y de allí se debe resaltar que se propugnó por avanzar en el Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos. Por su parte, la Declaración de Cartagena (2005)¹¹ básicamente se encaminó a reafirmar el proceso iniciado en Londres. Previo a dichas reuniones hubo Declaraciones de Consensos de Organizaciones de la Sociedad Civil Colombiana que representan un logro importante de concertación, el cual fue acogido favorablemente por los cooperantes y el gobierno nacional. Por último, la tercera conferencia internacional sobre Colombia se llevó a cabo en Bogotá, en noviembre de 2007, y en ella el gobierno anunció su adherencia a la Declaración de París para fortalecer los temas de armonización y alineación de la cooperación internacional.

Hay que indicar que este escenario fue más político que los dos anteriores —que giraron más en torno a la cooperación y los temas prioritarios—, mientras que

¹⁰ Véase Reunión en Londres sobre apoyo internacional a Colombia, *Declaración de Londres*, 10 de julio de 2003, disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/internacional/DeclaraciondeLondres.pdf>.

¹¹ Véase Declaración de Cartagena, febrero de 2005, segunda reunión de la Mesa de Coordinación y Cooperación Internacional para Colombia, disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/internacional/DeclaraciondeCartagena.pdf>.

en Bogotá la SCC le mencionó a la comunidad internacional que los proyectos de cooperación otorgados al gobierno son utilizados para la guerra y no para la paz o la construcción de derechos humanos, y criticó la política de seguridad democrática de Uribe como incapaz de superar el conflicto armado interno.

Si bien este escenario interinstitucional de diálogo persiste, sobre todo en la formulación del Plan Nacional de Derechos Humanos, es de fuerza reconocer que las partes se han distanciado en lo sustancial, debido, por una parte, a las posturas contradictorias e inconsecuentes del Gobierno Nacional y, por la otra, a la inflexibilidad de algún sector de organismos no gubernamentales que han acrecentado su gestión en torno a la exigibilidad jurídica de las responsabilidades de respeto y garantía que le corresponden al Estado.

B. Una dinámica de pesos y contrapesos

En los últimos años el sector de derechos humanos de la SCC ha venido en un proceso de fortalecimiento de los mecanismos de coordinación que le permita consolidar posturas más homogéneas que, a su vez, le hagan más fuerte en la interacción con el gobierno. En efecto, se han diseñado y concretado varias plataformas –agrupaciones temáticas de organizaciones de derechos humanos–¹² para adelantar el diálogo político no sólo con el gobierno sino con las agencias cooperantes internacionales. Un número importante de las organizaciones vinculadas a dichas estrategias vienen ejerciendo un papel de representación de las víctimas, no sólo en el escenario judicial, procesos penales y disciplinarios, sino en el ámbito político.

Por la otra parte, el gobierno anuncia, fundamentalmente en los escenarios internacionales, una apertura para las concertaciones con las organizaciones de la SCC pero ello no se traduce de la misma forma en los distintos niveles de la administración. Basta reconocer que los diálogos y consensos se construyen con los niveles bajos y medios de la institucionalidad oficial, pero existen posturas férreas y, por lo general, cerradas en los niveles altos y de decisión. Son las ambigüedades del juego político en el que se crean lazos y mecanismos de relación, coordinación y concertación pero los entornos decisivos se vuelven lentos y poco interesados realmente en la adopción final de medidas.

Así las cosas, ese sector de la SCC del que venimos hablando se vislumbra fortalecido frente al gobierno y éste aduce posturas abiertas y flexibles, sin embargo, la mayoría de las veces tan sólo se configura una parodia política de elocuentes indefiniciones.

¹² En la actualidad hay tres plataformas: la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, que trabaja más en el ámbito de los derechos civiles y políticos y fue la primera en su género; la Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo; y la plataforma Alianza de Organizaciones Sociales y Afines.

C. Política de garrote y zanahoria

El período que se analiza se ha caracterizado por los reiterados y constantes descalificativos para los defensores de derechos humanos y líderes sociales, el hostigamiento, la persecución y la estigmatización de voces del presidente y vicepresidente hacia abajo. Estas hacen pensar que puede tratarse de una estrategia gubernamental, toda vez que lo han hecho de manera repetida a través de los años.

La polarización entre ese sector de la SCC —que se ha apropiado del discurso oficial de que no existe conflicto armado interno sino una lucha del Estado contra el terrorismo—, en contraposición con otro sector de la misma sociedad —que reconoce la existencia del conflicto y sus nefastas consecuencias para la población civil— deja traslucir una tensión propia de los conflictos armados: *quien no está conmigo está contra mí* y, en este sentido, los descalificativos para quienes se apartan del lenguaje hegemónico del gobierno pululan la cotidianidad de los escenarios públicos y privados.

En efecto, no son pocas las organizaciones y sus integrantes que vienen sufriendo la persecución política, de distintas formas, por mantener posturas críticas e independientes frente al proceso que se adelanta con los victimarios en el marco de Justicia y Paz. Estigmas y juicios descalificatorios de las actividades que se realizan hacen parte de la agenda gubernamental¹³.

¹³ Las alusiones difamatorias han sido difundidas ampliamente. Con relación a la marcha convocada para honrar a las víctimas del paramilitarismo:

(...) el asesor presidencial Sr. José Obdulio Gaviria, en una entrevista dada a Caracol radio el 10 de febrero de 2008, aseguró que ni él “ni el presidente Uribe, participarán en la marcha del próximo 6 de marzo” porque según él está “convocada por las FARC [Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia]”. “Yo personalmente no participaré tal como lo hice y con todo entusiasmo en la marcha programada contra las FARC”, dijo el Sr. Gaviria al agregar también que “difícilmente la sociedad colombiana participará en tal tipo de convocatoria cuando precisamente estamos marchando contra los que convocan.

FIDH, Comunicado de prensa, *El gobierno descalifica el homenaje nacional a las víctimas del paramilitarismo, la parapoltica y los crímenes de Estado*, 20 de febrero de 2008, disponible en http://www.fidh.org/IMG/article_PDF/article_a5247.pdf.

Poner fin a los señalamientos sistemáticos. Las declaraciones públicas de altos funcionarios gubernamentales, incluido el Presidente de la República, tienden a descalificar el trabajo de defender los derechos humanos y señalar a defensores(as) como aliados de la guerrilla, poniéndoles en una situación de mayor riesgo.

Véase *Campaña internacional por el derecho a defender los derechos humanos*, www.corporacion-compromiso.org.

Durante los últimos meses, hemos visto ataques en contra de defensores y organizaciones de derechos humanos, impulsados por altos miembros del gobierno y ejército colombiano una y otra vez, con la culminación durante esta semana con las declaraciones del Presidente Uribe. El lunes, 8 de Septiembre y durante una declaración a los militares, el Presidente Uribe atacó a las organizaciones de derechos humanos como “politiqueros al servicio de terrorismo. El Presidente Uribe declaró que las organizaciones de derechos humanos en Colombia son “agentes terroristas y cobardes quienes esconden sus ideas políticas detrás de los derechos humanos”.

Por otra parte el gobierno, en oportunidades excepcionales, se muestra abierto al diálogo y a la construcción de consensos con las agendas de las plataformas de derechos humanos, tal vez motivado tan sólo por presiones políticas de agencias internacionales de cooperación y de algunas embajadas, dejando la sensación en el ambiente público de incertidumbre sobre sus reales intenciones y generando con ello más desconfianzas en los movimientos de defensores de derechos humanos.

Justamente esas desconfianzas son las que han desgastado los escenarios de diálogo y han provocado que el sector que promueve los derechos humanos tienda a buscar más apoyo y respaldo de los organismos internacionales, para que sean éstos los que denuncien y ejerzan las correspondientes presiones. La pregunta que corresponde hacer, entonces, es ¿hasta cuándo y dónde mantener el diálogo con un régimen poco democrático que quiebra el estado social de derecho y que estigmatiza a los defensores de derechos humanos y a los líderes de la oposición, calificándolos de terroristas? Por ahora ninguna de las partes se levanta de la mesa de concertación, por los altos costos políticos que le acarrearía a quien desista del escenario, aunque, en mucho, las mismas partes son conscientes de que puede tratarse sencillamente de un diálogo de sordos con ciertos dividendos en el plano puramente político.

D. Una mirada desde las víctimas de violaciones de derechos humanos

El proceso transicional que pretende la ley 975 puso en la agenda pública el tradicional debate entre la justicia y la paz, la necesidad de alcanzar ambos fines sin detrimento ostensible uno del otro. En un marco de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, ¿cuánta pena deben soportar los victimarios para lograr de éstos su reincorporación a la sociedad en un proceso de construcción de la paz? ¿Cuánta impunidad están dispuestas a soportar las víctimas y la sociedad en su conjunto con tal de que los victimarios sean constructores de entornos propicios para la paz?

Esas y otras preguntas de similares particularidades han sido respondidas desde la teoría de la justicia transicional pero muchas veces no resueltas por las sociedades concretas, en este caso por la colombiana. Recordemos que la ley de Justicia y Paz fue discutida de espaldas al país y sin contar con los debates públicos suficientes para que el país se enterara de los oscuros acuerdos que se ventilaban entre los victimarios y los poderes ejecutivo y legislativo.

Estos comentarios inflamatorios y peligrosos fueron hechos unos días después de que 80 grupos de derechos humanos publicaron un informe crítico de algunas medidas de la Política de seguridad del Presidente Uribe, las cuales, desde su punto de vista incrementaron la represión en contra de la población civil. El informe fue publicado por algunos de los más respetados grupos de derechos humanos, incluyendo la Comisión Colombiana de Juristas, el Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, y el Centro para Educación Popular e Investigación.

Declaración en el Senado de los Estados Unidos del senador demócrata por Massachusetts, James P. McGovern, el 13 de septiembre de 2003, disponible en <http://colombia.indymedia.org/mail.php?id=5807>.

La representación de los derechos e intereses de las víctimas no es nuevo en el ámbito nacional, no obstante desde los últimos códigos de procedimiento penal y, en particular, desde la vigencia de la ley de Justicia y Paz, el rol de las víctimas en el contexto judicial, político y social ha adquirido significativa importancia.

Sin duda alguna, en el ejercicio político de interlocución entre el gobierno nacional y el sector de derechos humanos de la SCC, las víctimas son el punto focal. Unos y otros se abrogan para sí la defensa y la garantía de sus más legítimas aspiraciones. El gobierno afirma que desde el Estado en su conjunto se procura su dignificación y se les presta gratuitamente su representación judicial – aunque debe reconocerse que ésta es absolutamente insuficiente a la demanda y adolece de evidentes dificultades que desdibujan una verdadera asistencia técnica. Por su parte, varias organizaciones se han dedicado al litigio estratégico en los estrados judiciales de la Ley 975, en representación de las víctimas y de la misma sociedad.

Si bien han aparecido numerosas agrupaciones y asociaciones de víctimas, éstas todavía no alcanzan el nivel de madurez necesario para que participen en los ámbitos judiciales y políticos con plena autonomía e independencia. Las organizaciones defensoras de derechos humanos continúan siendo su más recurrente canal de interlocución con las instituciones concernidas en la circunscripción de la justicia transicional.

El panorama se torna más complejo en la medida en que aparecen asociaciones de víctimas de uno u otro bando de los actores del conflicto armado. Así las cosas, tenemos hoy, en el difuso mundo de la SCC, asociaciones de víctimas de la guerrilla, víctimas del paramilitarismo y víctimas del Estado, a la par de asociaciones de victimarios –tanto guerrilleros como paramilitares– que se endilgan el rol de delincuentes políticos con las correspondientes organizaciones que entran en el juego político, no sólo apropiándose de ese discurso, sino reivindicando, por diferentes mecanismos, sus aspiraciones y demandas.

Ahora bien, la normativa de Justicia y Paz condicionó la imposición de la pena alternativa a los victimarios como trueque institucional por su desmovilización, bajo la premisa de garantizarle a las víctimas la trilogía de derechos básicos de verdad, justicia y reparación.

No obstante lo anterior, muy cercanos a cumplirse el primer quinquenio a partir de la expedición de la ley, las investigaciones que adelanta la Fiscalía no dan cuenta del contexto generalizado y sistemático en el que se realizaron las conductas criminales y, por consiguiente, se vislumbra una verdad no sólo bastante reducida sino completamente fragmentada y parcializada. Por otra parte, no se ha producido ninguna sentencia en firme¹⁴ que ponga en evidencia que se está impartiendo

¹⁴ El 19 de marzo de 2009 se produjo la primera sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra Wilson Salazar Carrascal, alias “El Loro”, no obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la declaró nula mediante auto del 31 de julio de 2009, radicado N°31539.

justicia. Más aún, los procesos más avanzados hasta la fecha de elaboración de este análisis no pasan de cinco y recaen sobre mandos medios y miembros rasos de las estructuras paramilitares y ninguno sobre los integrantes de la cúpula de las Autodefensas Unidas de Colombia, pues la mayoría de ellos fueron extraditados a los Estados Unidos y los otros son reticentes a los procesos de Justicia y Paz. Por último, el único incidente de reparación que se aprobó en la sentencia aludida corrió la misma suerte de ser anulada y, por consiguiente, hasta ahora ninguna víctima ha sido reparada en el marco de los procesos de la Ley 975.

Este marco desolador para las víctimas se agrava en cuanto pueden ser instrumentalizadas, tanto por el gobierno como por algunas organizaciones de la SCC. De un lado, el gobierno –de pronto anticipándose al fracaso de los procesos penales de Justicia y Paz– ha lanzado una política de reparación administrativa, jugando con las precarias condiciones económicas y sociales de las víctimas, lo que sin duda es una mayor afrenta a su dignidad. Entre tanto, en el ámbito internacional, pregonan supuestos grandes logros en la reivindicación de sus derechos. De otro lado, algunas de las organizaciones de víctimas de los distintos grupos en contienda, en aras de la defensa de sus intereses, se están nutriendo de las agencias de cooperación internacional. Es oportuno recalcar que no son todas las organizaciones de víctimas pero sí se empieza a detectar ese fenómeno, de acuerdo con versiones recogidas en entrevistas realizadas para este análisis.

Para finalizar este apartado conviene analizar la postura de algunas organizaciones de derechos humanos que radicalmente se opusieron a la aprobación de la ley 975 y condenaron al gobierno por entablar diálogos con los victimarios. En primera instancia, con el devenir de los procesos penales de Justicia y Paz fueron incorporándose paulatinamente a estos estrados y, hoy por hoy, no solamente hacen seguimiento y monitoreo de los mismos sino que hasta intervienen en representación de los derechos e intereses de víctimas determinadas.

En segunda instancia, de la inflexible posición inicial de proscribir los diálogos con las cabecillas del paramilitarismo, hoy en día se les ve con alguna frecuencia visitar a los jefes de las AUC que fueron extraditados a los Estados Unidos, donde están detenidos por delitos de narcotráfico, bajo el reparo de que están buscando los mecanismos para que dichos postulados a la pena alternativa de Justicia y Paz continúen con sus compromisos asumidos de contar la verdad.

Estas dos circunstancias resultan bastante controvertidas, por decir lo menos. En efecto, no son pocas las valoraciones que con rigor se realizan sobre el particular, en su mayoría calificando como un alto costo político ese tipo de “reversazos”, en la medida en que dejan entrever una instrumentalización del mismo proceso político-jurídico de Justicia y Paz. Si bien las motivaciones esgrimidas para el cambio de posturas pueden tener asidero en contundentes argumentaciones, en el ambiente queda la sensación de que también son notorias sus inseguridades misionales, coadyuvando con ello a avivar el clima de desconfianza que se palpa frente a las actuaciones institucionales y frente a las actuaciones de la SCC.

E. Sobre una comisión oficial de la verdad

El 21 de septiembre de 2009 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), mediante un auto de trámite dentro de un proceso penal de Justicia y Paz dispuso: *“Exhortar al Gobierno Nacional para que convoque a las principales fuerzas sociales –representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otras agrupaciones civiles–, en orden a estudiar la conformación de una comisión de la verdad, que paralelamente con los juicios penales que se siguen a la luz de la Ley de Justicia y Paz, ayude a establecer la verdad sobre el pasado que aquí se juzga”*¹⁵.

En las consideraciones para llegar a esa decisión la CSJ hizo un recuento del marco legal del derecho a la verdad (art 7, ley 975) como un derecho de las víctimas y de la sociedad en su conjunto, y destacó el correlativo deber del Estado. De la misma manera, aludió a las interpretaciones que sobre el tema han hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos –analizando los correspondientes artículos de la Convención Americana– y de órganos especializados de las Naciones Unidas. Seguidamente la CSJ resaltó las observaciones de la Corte Constitucional sobre el alcance del derecho a la verdad a la luz de la ley de Justicia y Paz y luego aseveró que la comisión de la verdad sería un mecanismo idóneo para complementar las verdades limitadas que están produciendo los procesos de Justicia y Paz.

Han sido realmente pocos los sectores de la SCC que se han pronunciado respecto de la invitación que hizo la Corte Suprema de Justicia. Si bien se trata de tan sólo una exhortación y que de acogerse tendría un carácter oficial, la comunidad defensora de los derechos humanos no se puede marginar del debate público que se debería dar alrededor de tal iniciativa por los efectos que el mismo análisis puede generar. No se trata de que la SC responda de plano afirmativamente a la convocatoria sino que, sobre la base de la misma se pueden generar muchas propuestas pedagógicas, de orden nacional y regional, para que la sociedad en su conjunto participe directamente en la exploración de argumentos sobre la conveniencia o no para el país de estos mecanismos propios de las experiencias transicionales. Sin duda, la no reacción de la SCC a la propuesta puede verse como una lamentable indiferencia hacia la suerte del proceso de Justicia y Paz y hacia los instrumentos alternativos que pueden coadyuvar en la búsqueda de la verdad histórica del marco sistemático de violaciones que ha sufrido el país.

¹⁵ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto del 21 de setiembre de 2009, radicado No. 32022, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

III. Influencia de la cooperación internacional sobre la agenda de la sociedad civil colombiana

Con cierto temor me introduzco brevemente en este tema debido a las dificultades, obviamente razonables, de acceder a información precisa sobre los lineamientos, proyectos, objetivos e intencionalidades de los agentes de la cooperación internacional que interactúan en el medio colombiano, específicamente apoyando a distintos sectores de la SCC.

Unas cuantas entrevistas con personajes claves en este campo y mi experiencia profesional de años relacionada con distintos aspectos de la cooperación internacional, me dan elementos de análisis que a continuación pongo a consideración para el debate.

Sea lo primero señalar que se puede encontrar un escenario común de la cooperación internacional y que puede circunscribirse en cuatro grandes componentes: proyectos de derechos humanos, proyectos de fortalecimiento de la democracia, proyectos de búsqueda de soluciones pacíficas al conflicto armado y proyectos de generación de recursos y desarrollo.

Otra característica generalizada es que la gran mayoría de los cooperantes son gobiernos de otros países y de forma muy reducida se trata de organizaciones privadas. En efecto, como cooperantes se pueden contar fácilmente una treintena de Estados que alimentan el mayor porcentaje de la cooperación frente a un número inferior de agencias privadas que, de igual manera, manejan reducidos recursos.

Este aspecto resulta relevante para el análisis pues, a la luz de la Declaración de París¹⁶, la cooperación internacional debe ser focalizada, principalmente, a través de los gobiernos, de tal suerte que puede suceder que la cooperación para las organizaciones sociales se vaya reduciendo paulatinamente en alguna consideración. Se puede encontrar aquí una posible explicación al fenómeno creciente de cooptación de organizaciones de la SCC que, por virtud de asegurar su sostenibilidad administrativa, se van alineando a los discursos oficiales y, de contera, van enajenando los pilares esenciales de su propia naturaleza. Aflora, entonces el interrogante, ¿Se puede encontrar detrás de algún sector de la cooperación internacional una estrategia de neutralización de la misión natural de las organizaciones de la SCC? No tengo suficientes elementos para responder en uno u otro sentido pero planteo la inquietud para provocar la reacción sobre el particular.

No obstante, debe reconocerse que los recursos de donantes internacionales que llegan a las distintas organizaciones colombianas son bien importantes, de tal manera que la gran mayoría de ellas no subsistiría sin ese tipo de ayuda.

¹⁶ Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo. Apropiación, Armonización, Alineación y Resultados y Mutua Responsabilidad. Aprobada en París el 3 de marzo de 2005 por parte de los Ministros de países desarrollados y en desarrollo.

Ahora bien, en lo que hace alusión a la cooperación dirigida al campo de los derechos humanos se aprecia que, bajo el período que se examina en este artículo, una buena dosis de recursos se están destinando para dos sectores estrechamente relacionados: uno, para las organizaciones que vienen adelantando estrategias de representación judicial en favor de las víctimas y, dos, directamente para las organizaciones de víctimas.

De otro lado, y en lo que hace referencia a la representación judicial de las víctimas, se viene observando en los escenarios de Justicia y Paz que un número importante de ellas le ha otorgado poder a los abogados adscritos a la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. Cifras reportadas por el Comité Interinstitucional de Justicia y Paz indican que cerca de sesenta mil víctimas han acudido a ese organismo estatal para recibir la representación gratuita en los procesos penales de la ley 975.¹⁷ Por su parte, un número más reducido de víctimas ha otorgado poderes de representación judicial a sus abogados de confianza, la gran mayoría de ellos adscritos a organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, y una fracción mínima a abogados que intervienen cuota *litis*.

Se presenta aquí una situación de singular importancia pues la inmensa mayoría de las víctimas, debido a sus precarias condiciones económicas, se ve obligada a acudir a los servicios jurídicos de la Defensa Pública, pese a que muchas de ellas reconocen no sentirse eficazmente representadas. Frente a ese panorama, varias organizaciones han pretendido llenar tales falencias pero no cuentan con suficientes abogados para responder a la demanda de litigio en Justicia y Paz. Así las cosas, el reto es mayúsculo, no sólo para el Estado en cuanto a su obligación de cualificar la defensa pública, sino para la sociedad civil y las agencias de cooperación empeñadas en aportar esfuerzos orientados a que se garanticen plenamente los derechos de las víctimas.

El otro rubro importante se orienta al apoyo directo de las organizaciones de víctimas que, con la introducción del marco de Justicia y Paz, han crecido notablemente en el país. Como referente, cabe recordar que a partir de la ley 387 de 1997 que regula lo concerniente a la atención integral de la población en condición de desplazamiento forzado por la violencia, las organizaciones conformadas por este grupo de personas creció de manera alarmante, desordenada y con muy pocos referentes de coordinación interinstitucional como componentes que son de una sociedad civil. Este mismo fenómeno se ha evidenciado a partir de la ley de Justicia y Paz con la aparición de numerosas asociaciones de víctimas motivadas, al parecer, por las expectativas de reparación judicial o de reparación administrativa.

Alrededor de estos dos ejes se vienen otorgando importantes financiaciones. Una de las personas entrevistadas para este análisis, que labora para una agencia

¹⁷ Para la fecha de elaboración de este artículo –enero de 2010– la Defensoría Pública cuenta con una planta de 190 abogados que representan judicialmente a las víctimas en los procesos de Justicia y Paz. Dato suministrado por la Defensoría del Pueblo.

de financiación, señalaba la alarma que les viene generando la enorme cantidad de proyectos de financiación que reciben para asesorar a víctimas, para representar legalmente a víctimas, para fortalecer a asociaciones de víctimas y para generar recursos de subsistencia para las víctimas. Pareciera que ahora todos los proyectos giran en torno a ellas, afirmaba con cierta preocupación, lo cual puede generar una instrumentalización de las mismas y propiciar justamente el efecto contrario, afectando doblemente su dignidad.

En este sentido conviene que los organismos donantes adopten precisas medidas para fortalecer efectivamente a las víctimas y no caigan en la ingenuidad de aportar recursos con tal destinación pero que, eventualmente, se pierden en el sostenimiento de crecientes cuerpos administrativos y burocráticos.

El sector de la sociedad civil de derechos humanos tiene ante sí otro reto de singular importancia: demostrar, con fuentes reales de verificación, que su papel representativo de los intereses y aspiraciones de las víctimas se cumple a cabalidad y con eficacia, justo como una medida reparadora de la misma sociedad.

Por último señalar, con cierta desazón, que frente a los retos administrativos y logísticos que demandó la puesta en marcha de la estructura institucional de Justicia y Paz, el Estado hizo notorios esfuerzos. No obstante, debe reconocerse que si no es por la colaboración internacional la situación resultaría más precaria de lo que hoy aparece. Servidores públicos consultados sobre los rubros de donantes extranjeros para el desarrollo de los procesos penales de la ley 975 indicaron, de manera muy convincente, que el andamiaje de Justicia y Paz se sostiene en buena medida por los recursos de cooperación internacional, de tal suerte que de no contar con ellos el sistema colapsaría.

¿No existe un evidente riesgo de que esa cooperación internacional, por lo menos en lo que atañe al desarrollo de Justicia y Paz, caiga en la equivocación no pretendida de suplantar al mismo Estado y con ello diluir su responsabilidad de garante, a la luz de los compromisos emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos? La pregunta, sin respuesta por ahora, sugiere la conveniencia, al menos, de la realización de un estudio riguroso sobre el tema, dadas sus connotaciones y eventuales consecuencias de los resultados, provocando de la SCC una mayor atención y análisis sobre el particular.

IV. Papel de los medios masivos de comunicación en el período transicional

En noviembre del año 2003, cuando comenzaron las primeras desmovilizaciones masivas de los grupos paramilitares, los medios masivos de comunicación inundaron de esa información al país. Igual sucedió con la aprobación de la Ley de Justicia y Paz en el año 2005 y con las últimas desmovilizaciones y entrega de armas en el 2006. Fueron tres años en que el eje de información nacional gravitó en estos escenarios.

Posteriormente, a finales de 2006 e inicio de 2007, cuando se dieron las primeras versiones de los victimarios postulados por el gobierno nacional a la pena alternativa de la Ley 975, los medios nuevamente saturaron a la opinión con los relatos de su actuar criminal. Muchos de ellos con una postura más amarillista que de información objetiva o de generación de opinión sobre lo que estaba presenciando la sociedad y la comunidad internacional.

No obstante, el escenario de transición fue perdiendo paulatinamente relevancia en las páginas principales de los diarios o en las noticias centrales de los medios audiovisuales. Los relatos sobre las aterradoras formas en que se torturó, desapareció o asesinó dejaron de ser impactantes y, por consiguiente, perdieron importancia periodística. Hoy en día, esporádicamente, tan sólo se conocen algunos pronunciamientos de órganos judiciales y pareciera que la opinión pública se olvidó que en los estrados se sigue juzgando a criminales involucrados en graves violaciones a los derechos humanos, que con ello se persigue conocer la verdad sobre la violencia paramilitar de las últimas décadas y que se pretende reparar a centenares de miles de víctimas.

Este breve panorama sobre el manejo que los medios de información le vienen dando a la experiencia transicional de Justicia y Paz plantea dos interrogantes pertinentes para el análisis que se adelanta: ¿sólo lo que reflejan los medios es lo importante del acontecer nacional? ¿Quién o quiénes determinan el manejo de la opinión pública nacional y regional?

Si bien algunos consideramos que la Ley 975 no es el instrumento más óptimo para una verdadera transición en el país, sin duda alguna los juicios penales que se adelantan en Justicia y Paz son muy significativos. Se está procesando a centenas de victimarios que pueden dejar ciertas bases para reconstruir la verdad sobre el accionar paramilitar y sus estrechas relaciones con el Estado y algún porcentaje de víctimas –muy mínimo– pueden obtener cierta reparación.

Salvo algunos medios de opinión y pocos columnistas, de los llamados comúnmente alternativos, la gran mayoría de los informativos –sobre todos los masivos– han ido desconociendo los desarrollos de Justicia y Paz y con ello incidiendo desfavorablemente en la opinión pública sobre la importancia de estos procesos. La importancia se mantiene para las víctimas directas y para quienes están involucrados en el ámbito de los derechos humanos, pero para el grueso de la población el tema transicional no tiene ninguna relevancia.

En este sentido, hay que reconocer el poder social y político que tienen los medios, su capacidad no sólo para informar sino para formar opinión. Infortunadamente para nuestro entorno, la opinión está direccionada por los propietarios de los medios que por lo general hacen eco de las voces oficiales del gobierno. Bajo estas consideraciones se entiende el porqué los medios fueron tan prolíficos en informar sobre las desmovilizaciones de los paramilitares pero no hacen mucho despliegue de las más recientes confesiones de los victimarios, que vinculan directamente el accionar de funcionarios del Estado en esa empresa criminal.

Para cualquier proceso transicional en el mundo se requiere, sin lugar a dudas, de medios de comunicación objetivos e independientes que den cuenta del desarrollo del proceso, divulguen abiertamente a la sociedad sobre las verdades que allí se van reconstruyendo y empleen un lenguaje respetuoso de la dignidad de las víctimas. En este orden, los medios de comunicación tienen un rol importante en la construcción de la historia y por consiguiente en la reconstrucción de la memoria. Infortunadamente, en Colombia, no contamos con ese tipo de medios informativos; la gran mayoría están orientados fundamentalmente a reproducir el discurso oficial. Así las cosas, nuestra sociedad no está debidamente informada sobre los desarrollos de Justicia y Paz y de esta manera están coadyuvando a cercenar el derecho a saber, del cual también es titular, junto con las víctimas directas.

Ahora bien, por excepción hay algunos medios de comunicación, que por lo general reciben apoyo de agencias de cooperación internacional, que tratan de mantener informada objetivamente a la sociedad sobre los verdaderos alcances de Justicia y Paz, sus adelantos, las verdades que allí se vienen construyendo y las decisiones judiciales y jurisprudenciales. No obstante, el alcance de su incidencia pública es muy relativa y prácticamente se circunscribe a la esfera de la SCC defensora de los derechos humanos.

A manera de consideraciones finales

Para finalizar estas consideraciones inconclusas sobre la intervención de la SCC en el marco transicional, condenso a continuación algunas de mis apreciaciones esbozadas en este artículo.

Inicio por recordar que difícilmente se encuentran documentos analíticos sobre el particular, no sólo frente a dicho marco, sino en general respecto de todo su accionar. La realización de este artículo me llevó a descubrir la importancia de generar un proceso reflexivo y analítico sobre el rol que cumple (y debería cumplir) la SCC en la dinámica transicional colombiana. Sin duda alguna, se podrían derivar resultados interesantes que le den herramientas a la misma SCC para que tenga una intervención o participación más activa y propositiva en este período histórico. Como contribución a un esperado inicio de esa discusión y reflexión, ofrezco estas palabras de cierre.

Si bien parto del criterio básico de entender a la sociedad civil como una multiplicidad de asociaciones, independientes del sector gubernamental o estatal, que orientan sus esfuerzos en torno a una causa común, la SCC se encuentra perfectamente atomizada en multiplicidad de sectores e intereses, muchos de ellos no comunes sino abiertamente encontrados.

Si se reduce el espectro de análisis para recabar sólo en aquel sector que se identifica alrededor de la causa de los derechos humanos, también encontramos polarizaciones abiertamente marcadas: posturas decididamente colaboracionistas

con el gobierno de turno y aquellas que mantienen un juicio crítico frente al mismo. En el primer ámbito se hayan fracciones que –apropiadas del lenguaje oficial– desconocen la existencia y las consecuencias de un conflicto armado interno; en el segundo, aquellos sectores que, bajo la interpretación del derecho internacional humanitario, reconocen la existencia de grupos combatientes que se disputan las hegemonías territoriales y sociales. Para aquellos el problema central se reduce a una lucha estatal contra el terrorismo; para los otros, en el conflicto armado persistente subyacen no sólo problemas de órdenes políticos sino principalmente sociales y económicos. Tales diferenciaciones son determinantes a la hora de proyectar sus actividades misionales y de plantear alternativas de solución a la compleja problemática del país.

El fraccionamiento y mayor distanciamiento de sectores de la sociedad civil defensora de los derechos humanos no obedece en sentido estricto a la llegada de esta propuesta transicional sino, más bien, su germen puede encontrarse en las actitudes que se asumen frente al discurso oficial negacionista de violaciones de derechos humanos, del conflicto armado interno y del papel que jugó el mismo Estado para engendrar las estructuras criminales del paramilitarismo. En este sentido es razonable aseverar que el proceso de cooptación de un gran sector de la sociedad civil por parte del gobierno actual ha sido arrasador, a tal punto que los límites entre lo oficial y lo social se encuentran desdibujados notoriamente.

Esa polarización extrema ha acrecentado los lenguajes descalificatorios, el hostigamiento y la persecución, hasta el punto de que la gran mayoría de los voceros del ala crítica de la sociedad civil defensora de los derechos humanos han sido agredidos en su intimidad laboral y personal, mediante interceptaciones telefónicas ilegales, seguimientos y registros arbitrarios, cuando no de amenazas directas de muerte.

Pese a todo lo anterior, la sociedad civil defensora de los derechos humanos tiene ante sí un reto enorme de recuperar la esencia de su naturaleza, no simplemente contestataria o colaboracionista, sino como un cuerpo heterogéneo pero autónomo, que plantea propuestas para potenciar el marco de Justicia y Paz; hace sugerencias respecto de mecanismos no oficiales de búsqueda de la verdad y recuperación de la memoria; dinamiza a la sociedad en su conjunto para hallar reales salidas al conflicto armado interno; y coadyuva en el fortalecimiento del Estado social y de derecho, y no simplemente en el concepto vacío de democracia que tenemos hoy en día.

PART II:

Experiencia comparada

Capítulo 10

Uganda: la búsqueda de la paz y la justicia bajo la sombra de la CPI

Michael Otim y Marieke Wierda

La búsqueda de la paz y la justicia en Uganda tardó décadas, sin embargo, el país llegó a ser tema de interés internacional relativamente hace poco tiempo, al ser objeto del primer caso investigado por la Corte Penal Internacional (CPI). El establecimiento de la CPI, cuyo estatuto entró en vigor en 2002, fue percibido como un paso importante en la lucha contra la impunidad, pero la investigación del caso ugandés ante esta Corte reveló rápidamente algunas de las dificultades implícitas en la tarea de buscar justicia en medio de un conflicto prolongado, como mostraremos en el presente capítulo.

La parte I de este texto describe los complejos orígenes del conflicto, sus consecuencias humanitarias y cómo esto se ve reflejado en las posturas sobre su resolución. La apertura de una investigación, en julio de 2004, por parte del Fiscal de la Corte Penal Internacional contra los líderes del Ejército de Resistencia del Señor (*Lord's Resistance Army*, LRA, por su sigla en inglés), generó temores en el sentido que ya no podría alcanzarse la paz. No obstante, las negociaciones más alentadoras hasta la fecha entre el gobierno ugandés y el LRA tuvieron lugar en Juba entre agosto de 2006 y noviembre de 2008. Sin embargo, estas negociaciones no produjeron un acuerdo final lo que generó especulaciones de que la CPI era el obstáculo. La parte II de este capítulo discutirá las negociaciones de Juba, el impacto de la CPI y el contenido del firmado Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación.

La parte III analiza la situación actual. Aunque el acuerdo final no se firmó, las negociaciones de Juba permitieron incorporar un marco integral para la justicia transicional, que podría jugar un papel constructivo en Uganda. En la actualidad, sin embargo, el marco se implementa de manera dispar, con énfasis en el componente penal y el establecimiento en julio de 2008 de una División de Crímenes de Guerra, al igual que en la adopción de normas que permitan que crímenes internacionales sean juzgados en Uganda. En la parte IV se evalúa una eventual oposición por parte del gobierno de Uganda a la competencia de la CPI por razones de complementariedad como un posible escenario.

Por último, en la parte V, abordamos cómo las víctimas y las comunidades afectadas perciben estos temas. En el norte del país, las percepciones públicas sobre la CPI y otros asuntos de justicia transicional son complejas pero revelan que existe una demanda para una aproximación integral a la justicia que aborde las causas y consecuencias del conflicto, a través de medidas como la búsqueda de la

verdad y las reparaciones. La experiencia de Uganda no arroja lecciones precisas, y el balance entre justicia y paz todavía esta en juego; no obstante, las medidas futuras en materia de justicia deben tomar en cuenta este contexto político más amplio y las perspectivas de las poblaciones más afectadas.

I. Antecedentes

A. El conflicto entre el Gobierno y el LRA

El 29 de junio de 2007, los rebeldes del LRA y el gobierno de Uganda firmaron un Acuerdo de Rendición de Cuentas y Reconciliación, seguido por un Anexo firmado el 19 de febrero de 2008. Este acuerdo y el anexo sientan las bases a partir de las cuales se busca hoy justicia transicional en Uganda. Las negociaciones de paz, bajo la mediación de Riek Machar, empezaron en julio de 2006 en Juba, sur de Sudán, y finalizaron sin llegar a un acuerdo definitivo a finales de noviembre de 2008. El líder del LRA, Joseph Kony, se negó a firmar el acuerdo de paz expresando preocupación por las órdenes de captura expedidas por la CPI contra tres líderes sobrevivientes de este movimiento.

Las negociaciones de paz, analizadas a profundidad más adelante, tenían por objeto ponerle fin al brutal conflicto que duró más de veinte años en el norte de Uganda. Éste comenzó como una rebelión del Ejército Democrático Popular de Uganda (UPDA, por su sigla en inglés), conformado principalmente por oficiales del Ejército que habían sido derrotados y huyeron de la capital (Kampala) cuando llegó al poder en 1986 el actual presidente de Uganda, Yoweri Museveni, líder del Ejército de Resistencia Nacional (NRA, por su sigla en inglés)¹. Los rebeldes que no se rindieron en 1988 en virtud del acuerdo de paz entre el UPDA y el NRA se transformaron paulatinamente en un ejército rebelde altamente estructurado y en un movimiento permanente con características de culto llamado el Ejército de Resistencia del Señor (LRA)². Joseph Kony, el escurridizo líder del LRA, se inspiró en una mujer llamada Alica Lakwena, quien formó el Movimiento del Espíritu Santo (HSM, por su sigla en inglés) en el norte del país. Este movimiento tuvo un apoyo público importante pero fue derrotado en Jinja a finales de 1987. El LRA aún conserva ciertas prácticas y rituales, y muchos de sus combatientes creen que Joseph Kony posee poderes espirituales.

A diferencia del HSM, el LRA obtuvo abiertamente poco apoyo a su causa y, por el contrario, sus acciones afectaron directamente a la población civil del

¹ Yoweri Museveni, líder del movimiento subversivo NRA, tomó el poder tras cinco años de guerra continua en el Triángulo de Luwero contra el gobierno de Obote II. Él derrocó a la Junta Militar de Tito Okello en enero de 1986.

² Se cree que el nombre es una parodia del Movimiento Ejército de Resistencia Nacional. Véase Doom, Ruddy y Koen Vlassenroot, Kony's Message: A New Koine? The Lords Resistance Army in Northern Uganda, en *African Affairs*, vol. 98, 1999, pp. 5-36.

norte del país, donde muchos habitantes pertenecen a la tribu Acholi. Con el apoyo financiero y militar de Jartum, y el uso de Sudán del Sur como refugio seguro y plataforma de lanzamiento de sus operaciones, el LRA probó ser militarmente exitoso y emprendió una campaña en la que usó de manera frecuente tácticas de terror. Su principal blanco eran civiles, usualmente acusados de ser colaboradores del gobierno, y las atrocidades cometidas incluían asesinatos, secuestros y mutilaciones espantosas como la cercenadura de brazos, piernas, orejas, narices y labios. Aunque las atrocidades del LRA se suelen mostrar como actos sin sentido, la violencia buscaba de manera deliberada sembrar el terror, violentar los valores o estructuras de poder locales, aumentar el pie de fuerza por medio del secuestro y reforzar la cohesión interna. Se estima que hasta 75.000 personas fueron retenidas o raptadas durante los veinte años que duró el conflicto³. Después de que el LRA fue atacado en 2001 en Sudán del Sur por el Ejército ugandés, conocido como las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda (UPDF, por su sigla en inglés), en el marco de la Operación Puño de Hierro (*Operation Iron Fist*), el LRA intensificó sus ataques matando a cientos de civiles inocentes en el norte y nororiente del país, deteniéndose a sólo 200 kilómetros de Kampala.

Las consecuencias humanitarias de los 20 años de conflicto fueron catastróficas⁴. Aproximadamente 1,8 millones de personas en el norte del país fueron desplazadas, viviendo en campamentos bajo pésimas condiciones de vida. En 2005, la Organización Mundial de la Salud (OMS) calculó una tasa de exceso de mortalidad de 1.000 personas por semana para la región Acholi⁵.

Las necesidades básicas de la población en situación de desplazamiento fueron atendidas por organizaciones humanitarias como el Programa Mundial de Alimentos antes que por el gobierno local o nacional. La precaria situación humanitaria produjo la desintegración del tejido social en el norte de Uganda y consecuencias sociales degradantes. Consideremos, a manera de ejemplo, el fenómeno denominado “*night commuting*”, en el que decenas de niños caminaban cada noche hasta las ciudades desde las localidades aledañas, huyendo de la inseguridad y del temor al rapto, se creyó en un comienzo. Sin embargo, al hacer un análisis más profundo, las agencias de apoyo informaron que este fenómeno quizá fue producto de la desarticulación de la vida familiar y la incapacidad de los padres de cuidar a sus hijos. Otro ejemplo ilustrativo es la situación de las madres menores de edad quienes retornaron del cautiverio después de haber sido raptadas

³ Pham, Phuong, Patrick Vinck y Eric Stover, *Abducted: The Lord's Resistance Army and Forced Conscription in Northern Uganda*. Berkeley-Tulane Initiative on Vulnerable Populations, 2007.

⁴ El Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios y Coordinador del Socorro de Emergencia, Jan Egeland, resaltó en particular este aspecto. Véase Naciones Unidas, *La situación en África, Presentación de información por el Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios y Coordinador del Socorro de Emergencia*, U.N. Doc. S/PV.5331, Consejo de Seguridad, Sexagésimo año, Nueva York, 19 de diciembre de 2005.

⁵ OMS, *Health and mortality survey among internally displaced persons in Gulu, Kitgum and Pader districts, Northern Uganda*, Kampala, julio de 2005.

y obligadas a casarse con los altos mandos subversivos, y quienes dieron a luz a hijos por quienes no pueden reclamar línea paterna. Estas son sólo algunas de las complejas consecuencias sociales de este prolongado conflicto.

La naturaleza extrema de la catástrofe humanitaria tuvo dos consecuencias inmediatas: (1) prestó una enorme urgencia a la resolución del conflicto para así permitir el retorno de las personas a sus casas y aldeas para que reanudaran sus vidas, lo cual, a su debido tiempo, supuestamente enmendaría el tejido social, y (2) generó, en el norte del país, un fuerte resentimiento contra el gobierno que, a juicio de la ciudadanía, incumplía con su deber de resolver el conflicto y proteger a la población civil. El gobierno adoptó medidas como la imposición de toques de queda estrictos, los cuales tenían un efecto inmediato en la capacidad de las personas de realizar sus actividades cotidianas para ganarse la vida. Para los pobladores locales, muchas de estas medidas eran degradantes y, hasta cierto punto, vengativas y punitivas en contra del pueblo Acholi. También había tensiones en la relación entre las UPDF y los desplazados por la falta de protección contra los ataques del LRA y, a veces, por los excesos y comportamiento indisciplinado de las mismas UPDF hacia las comunidades locales.

B. Perspectivas divergentes sobre cómo alcanzar la paz

Las miradas sobre cómo resolver el conflicto siempre han diferido mucho entre el nivel nacional y la comunidad local. El resentimiento contra el gobierno y las UPDF a veces implica una actitud ambivalente de los Acholi hacia el LRA. Sin embargo, esta ambivalencia se debe más al hecho de que el LRA está conformado, en gran medida, por los familiares e hijos secuestrados de los Acholi (y más recientemente también de otras tribus). Por cierto, debido a la práctica generalizada del rapto, que tenía como víctimas niños, y a la ferocidad del adoctrinamiento dentro del LRA, se ha vuelto borrosa la línea divisoria entre víctima y victimario. Aunque los habitantes del norte del país siempre han condenado los delitos cometidos por el LRA, esta realidad afecta sus opiniones sobre la forma de encarar estos crímenes.

Ante la violencia, el gobierno respondió de dos maneras contradictorias: la confrontación militar y la negociación esporádica. Durante la mayor parte de los 20 años de conflicto, el gobierno promovió abiertamente una solución militar y desató una guerra ofensiva contra el LRA, estrategia que le permitió ser beneficiario de gran ayuda militar extranjera. La guerra en el norte se convirtió, progresivamente, en un negocio lucrativo, sobre todo para ciertos líderes militares. Después del 11 de septiembre, el gobierno ugandés logró que Estados Unidos incluyera al LRA en su lista de organizaciones terroristas. El presidente Museveni favorece la amnistía como un plan alternativo, de último recurso. De manera esporádica, el gobierno intentó asumir negociaciones con el LRA, principalmente bajo el auspicio de Betty Bigombe, una mujer Acholi y Ministra de Gobierno, quien asumiendo enormes

riesgos personales hizo intentos por reunirse con el LRA en 1994 y nuevamente en 2004. Sus intentos fueron muy admirados pero para el verano de 2005 eran vistos como destinados al fracaso.

Las opiniones sobre el conflicto y la manera cómo éste se debía resolver siempre estuvieron divididas de manera drástica entre el norte de Uganda, donde se vivía el conflicto, y el resto del país que, por lo general, prosperaba⁶. En el norte, líderes religiosos y tradicionales se movilizaban para tratar de buscar soluciones locales y pacíficas al conflicto, incluyendo el diálogo y un enfoque de reintegración de ex combatientes del LRA⁷. A esta postura se sumaron varias coaliciones conformadas por organizaciones humanitarias y defensoras de los derechos humanos. Estas coaliciones manifestaron abiertamente la necesidad de recurrir al diálogo y hacer uso de las ceremonias acholies tradicionales para hacerle frente a los crímenes del LRA.

Otra iniciativa fue la aprobación de una Ley de Amnistía en el año 2000. Esta ley es única porque: (1) fue promovida por los grupos afectados y respaldada en consultas a lo largo del país antes de su entrada en vigor⁸, y (2) continúa gozando de cierto grado de apoyo, incluso entre las poblaciones más afectadas por la violencia⁹. La amnistía también reconoció que, a lo largo de la historia violenta de Uganda desde su independencia, nunca fue una opción viable obtener justicia en las cortes nacionales. La amnistía se interpretó como un gesto hacia aquellos que habían sido raptados para darles confianza en que había otro camino distinto al LRA¹⁰. Los requisitos de elegibilidad son bajos: los postulados para amnistía sólo están obligados a renunciar a la insurgencia para así poder ser reintegrados, no es necesario que divulguen información sobre las atrocidades ni que participen en cualquier otro proceso de justicia. Una Comisión de Amnistía otorga certificados y paquetes de reintegración. Algunos comandantes de alto rango del LRA, así como mandos e integrantes de menor jerarquía, se han beneficiado de la amnistía pero esto no ha bastado para la desintegración del grupo.

⁶ Se suele decir que la línea divisoria va a lo largo del río Nilo.

⁷ Entre los ejemplos están la Iniciativa de Paz de los Líderes Religiosos de Acholi (ARLPI, por su sigla en inglés) y las Organizaciones para la Paz de la Sociedad Civil en el Norte de Uganda (Csopnu, por su sigla en inglés). Véase Afako, Barney, *Reconciliation and Justice: Mato Oput and the Amnesty Act*, Conciliation Resources, 2002.

⁸ A diferencia de muchas otras amnistías, la amnistía no fue solicitada por aquellos que buscaban beneficiarse de ella.

⁹ ICTJ y Human Rights Center – University of California–Berkeley, *Forgotten Voices, A Population-Based Survey on Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda*, julio de 2005; Conciliation Resources y Quaker Peace & Social Witness, *Coming Home: Understanding why Commanders of the Lord's Resistance Army Choose to Return to a Civilian Life*, mayo de 2006. Uganda tuvo varias amnistías antes de la Ley de Amnistía de 2000, incluyendo un estatuto de amnistía en 1987 que excluía genocidio, homicidio, secuestro y violación.

¹⁰ El preámbulo de la Ley de Amnistía reza en parte: “[I]t is the expressed desire of the people of Uganda to end armed hostilities, reconcile with those who have caused suffering and rebuild their communities.” (“Es el deseo manifiesto del pueblo ugandés ponerle fin a las hostilidades armadas, reconciliarse con aquellos que han generado el sufrimiento y reconstruir sus comunidades”).

Algunos líderes religiosos y tradicionales junto con algunos activistas de la sociedad civil en el norte del país promueven otra aproximación: el uso de ceremonias tradicionales para reintegrar a miembros del LRA. Estas ceremonias forman parte de las tradiciones acholies y son sumamente variadas. Van desde ritos sencillos de limpieza hasta la ceremonia más elaborada del *Mato Oput*. Mato Oput se refiere a la “raíz amarga”. Implica una amplia negociación entre los clanes de la víctima y el victimario con el fin de llegar a una versión común sobre los hechos y acordar una compensación; se continúa con una ceremonia de reconciliación que culmina cuando ambas partes intercambian la bebida de raíces amargas. El Mato Oput es muy publicitado y objeto de debate local e internacional.

Pese a los esfuerzos de los grupos de la sociedad civil, la guerra en el norte de Uganda fue por mucho tiempo un conflicto olvidado¹¹. Hasta el nombramiento de Joaquim Chissano, en 2006, como enviado especial del Secretario General de la ONU para las áreas afectadas por las actividades del LRA, el tema no estuvo en la agenda del Consejo de Seguridad. Sólo de manera ocasional llegaban noticias del LRA a los medios de comunicación occidentales y en términos imprecisos, con muy poco análisis a profundidad, centrándose en el horror de las atrocidades cometidas por el LRA y la falta de claridad de sus exigencias políticas.

Estos factores que surgen de los antecedentes del conflicto, particularmente de la brecha entre el norte y el sur del país, son muy importantes para entender algunos de los componentes claves de las dinámicas en el norte de Uganda. Primero, ayudan a explicar las reacciones algo negativas, en un principio, de las poblaciones afectadas frente a la intervención de la CPI, tema que explicaremos brevemente en la parte II. Segundo, ayudan a explicar el amplio apoyo a favor del proceso de negociación en Juba, que se describe en la parte III, el cual fue visto como la oportunidad más importante, hasta la fecha, para solucionar el conflicto. La grave crisis humanitaria creó una sensación de urgencia para lograr que las negociaciones de Juba fuesen exitosas. Aquellos que luego, con el beneficio de la retrospectiva, expresaron gran escepticismo sobre este proceso y sobre si las negociaciones se realizaron de buena fe, no deberían olvidar estas dinámicas.

Estos antecedentes también afectan los desarrollos actuales. El respaldo a las órdenes de captura se percibe como una postura a favor de una solución militar al conflicto, sobre todo después del reciente operativo militar (Operación Relámpago-Trueno) que empezó a finales de 2008. La discusión en torno al establecimiento de una División de Crímenes de Guerra y la Ley sobre la Corte Penal Internacional, descrita a continuación, puede interpretarse como un indicio de que el gobierno ha “ganado” el conflicto.

¹¹ Véase Liu Institute for Global Issues, “*The Hidden War, The Forgotten People*”: War in Acholiland and its Ramifications for Peace and Security in Northern Uganda, University of British Columbia, 30 de octubre de 2003.

C. Oposición inicial en el norte del país contra las intervenciones de la CPI

Es en el marco de este contexto que la comunidad internacional empieza, repentinamente, a centrar su atención en Uganda entre 2003 y 2004. Esta atención incluyó una visita muy publicitada del jefe de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas (OCHA), Jan Egeland, en la que declaró que Uganda vivía la “peor crisis humanitaria del mundo”¹², aumentando así la atención de la CPI en el conflicto. El Fiscal de la CPI declaró por primera vez su interés en Uganda tras la masacre de Barlonyo que tuvo lugar el 21 de febrero de 2004 en Lira, norte de Uganda, y anunció de manera formal la apertura de una investigación en julio de 2004.

La oposición contra las intervenciones de la CPI surge, por lo general, de tres fuentes. Primero, en el norte del país, muchos temían que la participación de la CPI hiciera imposible un acuerdo de paz con el LRA. Hubo mucho debate en torno a este punto antes, durante y después de Juba¹³. Segundo, algunos veían a la CPI como arbitraria y carente de legitimidad. Muchos habitantes en el norte del país jamás habían oído hablar de la Corte cuando el gobierno ugandés firmó el Estatuto de Roma¹⁴. A su juicio, la “justicia occidental” que buscaba imponer la CPI no debería primar sobre los mecanismos locales. Este debate fue muy controversial y surgió de una simplificación excesiva de una situación compleja. En últimas, no es útil sugerir que existen sólo dos alternativas: los juicios ante el tribunal de la Haya o las ceremonias acholies tradicionales.

Finalmente, también existía la sensación que esta intervención específica de la CPI no era imparcial. El anuncio de la remisión de la situación por parte del gobierno de Uganda al Fiscal, en una conferencia de prensa con el presidente Museveni, dio lugar a la percepción de que la Corte se aliaba con el gobierno, percepción que ha sido muy difícil deshacer. En Uganda, las destrezas políticas del presidente Museveni son admiradas y respetadas incluso por sus opositores, por lo que muchos asumieron que era él quien llevaba las riendas del proceso judicial en vez del Fiscal de la CPI. Aquellos que ponen en duda la imparcialidad de la CPI resaltan el hecho de que este tribunal no haya abierto investigaciones contra el ejército ugandés o por el crimen de desplazamiento forzado. Algunos aseguraron que las condiciones en los campamentos de refugiados causaron muchas más

¹² BBC, Uganda Conflict Worse than Iraq, en *BBC News*, 10 de noviembre de 2003, disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/3256929.stm>.

¹³ Como hay bastante literatura sobre la oposición a la CPI en el norte de Uganda, las razones no se explorarán a cabalidad en el presente texto. Para dos miradas opuestas sobre este tema, véase Allen, Tim, *Trial Justice: the International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*. Londres, Zed Books, 2006; y Refugee Law Project, *Peace First, Justice Later*, Working Paper 17, julio de 2005.

¹⁴ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9, entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

muertes que el mismo LRA. Los partidarios de esta perspectiva también señalan que ante la imposibilidad de hacer cumplir las órdenes de captura por sí misma, la CPI depende de la cooperación del Estado.

Aunque lejos de ser homogénea, el hecho que la oposición viniera de los habitantes del norte, quienes eran principalmente las víctimas del conflicto, fue sorprendente para la CPI y para quienes apoyan la justicia internacional, lo que generó un desafío político considerable. En respuesta, la CPI adoptó una aproximación de bajo perfil en la investigación, observó de cerca el proceso de paz en curso liderado por Betty Bigombe, y sólo expidió las órdenes de captura en octubre de 2005, una vez el proceso dio muestras de estar moribundo¹⁵. En ese momento, la gente no podía prever que las negociaciones más significativas estaban aún por empezar.

II. El proceso de paz de Juba

A. Las negociaciones

A finales de 2005, el LRA sorprendió al mundo cuando se trasladó al Parque Nacional de Garamba en la República Democrática del Congo. Esto probablemente fue la consecuencia de la nueva situación política en Sudán del Sur tras la celebración del Acuerdo Integral de Paz (CPA, por su sigla en inglés) entre Sudán del Norte y Sudán del Sur. A comienzos de 2006, algunos líderes del LRA, como Vincent Otti, empezaron a proponer la apertura de un diálogo. Durante 2006, el vicepresidente del Sudán del Sur, Riek Machar, ofreció servir de mediador y el 26 de agosto de 2006, el LRA y el Gobierno de Uganda firmaron el primer acuerdo de cese de hostilidades¹⁶.

Las negociaciones de dos años y medio, conocidas como las conversaciones de paz de Juba, fueron accidentadas y enfrentaron varios desafíos y traspiés. El acuerdo de cese de hostilidades fue incumplido constantemente y el LRA irrespetó los plazos establecidos para las reuniones. Debido a las órdenes de arresto emitidas por la CPI, los cabecillas del LRA no podían ir a Juba para negociar en persona. Por esto, enviaron en su representación una delegación conformada por acholies exiliados quienes solían llevar su propia agenda política¹⁷. Varias reuniones entre el LRA, la delegación gubernamental y el mediador tuvieron que realizarse en lugares remotos, cerca del Parque de Garamba. Cuando se presentaron malentendidos

¹⁵ CPI, *Decision on the Prosecutor's Application for Unsealing of the Warrants of Arrest*, ICC-02/04-01/0, 13 de octubre de 2005.

¹⁶ Para un análisis extenso sobre las negociaciones de paz de Juba, véase International Crisis Group, *Peace in Northern Uganda*, Africa Briefing n.º. 41, 2006.

¹⁷ Ídem.

entre Kony y sus negociadores, varios líderes de la delegación fueron despedidos, incluyendo el jefe, Martin Ojul.

Además, también hubo importantes diferencias de opinión entre las partes. Para el gobierno ugandés, las negociaciones eran principalmente una oportunidad para un “aterrizaje suave” del LRA y la reintegración de los milicianos a la sociedad ugandesa, eliminando así las persistentes amenazas a la seguridad¹⁸. El LRA, por su parte, buscaba poner en la agenda temas relacionados con las causas del conflicto en el norte, y esperaba que el país recibiera a los combatientes como libertadores¹⁹. A lo largo de las negociaciones, el LRA recibió apoyo financiero y humanitario, lo cual es aún controversial. Probablemente el peor traspie para la negociación fue el fusilamiento por parte del LRA de Vincent Otti, el segundo al mando de Joseph Kony, en octubre de 2007. Hay quienes creen que este fue el punto de quiebre de las negociaciones, pues Otti era visto como el promotor del proceso de paz mientras que muchos dudaban de la voluntad de Kony de llevar las negociaciones a feliz término. Este tema, sin embargo, sigue siendo objeto de especulación.

La agenda de las negociaciones de Juba incluía cinco temas por resolver: (1) cese de hostilidades; (2) soluciones integrales; (3) rendición de cuentas y reconciliación; (4) desarme, desmovilización y reinserción; y (5) cese al fuego formal. Las negociaciones empezaron con los temas de rendición de cuentas, los cuales resultaron tan contenciosos que fueron rápidamente postergados. La lectura final del proceso: fueron logrados acuerdos en todos los temas de la agenda así como en varios anexos, pero no se llegó al Acuerdo definitivo o final.

B. El impacto de las órdenes de captura de la CPI en el proceso de paz de Juba²⁰

En los próximos años, continuará el debate sobre si las órdenes de captura fueron el principal factor de desmoronamiento del proceso de paz de Juba. En ese sentido, la justicia internacional en Uganda puso en riesgo la búsqueda de la justicia nacional. Este es un tema muy complejo frente al cual resultaría imposible ser estrictamente empírico. Es muy difícil señalar un solo factor como el causante del hundimiento de las negociaciones; es más, múltiples factores contribuyeron a ese resultado. Algunos analistas también consideran que la expedición de las órdenes de captura sirvió para llevar al LRA a la mesa de negociación. El LRA definitivamente aprovechó las negociaciones para librarse del problema de las órdenes

¹⁸ Clarke, David, Uganda Rebels Not Serious about Peace—President, en *Reuters*, 20 de noviembre de 2006.

¹⁹ Véase *LRA Position Paper on Accountability, Truth and Reconciliation in the Context of Alternative Justice System for Resolving the Northern/Eastern Ugandan and Southern Sudan Conflicts*, presentado en Juba, Sudán del Sur, 19 de agosto de 2006.

²⁰ Véase también Wierda, Marieke y Michael Otim, Understanding Juba in Wrangle, en Pal, *The International Criminal Court and The Juba Peace Process or Global Law and Local Friction*, Fountain Publishers, en prensa.

de captura de la CPI. Pero, nuevamente, una variedad de factores contribuyeron a su participación en las negociaciones, por lo cual no es posible señalar las órdenes de captura de la CPI como el factor único o como el principal.

Lo que sí está claro es que las órdenes de captura de la CPI tuvieron un impacto significativo en el contenido de la negociación y, en particular, en el Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación (*Agreement on Accountability and Reconciliation*)²¹. En el transcurso de las negociaciones, el LRA exigió, una y otra vez, la eliminación de las órdenes de captura como condición para firmar el acuerdo final. El gobierno, por el contrario, adoptó una posición distinta: le solicitaría a la CPI o al Consejo de Seguridad la suspensión de las órdenes de captura siempre y cuando el LRA firmara el Acuerdo final.

Una serie de discusiones informales y sin registro oficial (*off-the-record*) tuvieron lugar con los líderes del LRA en el curso de las negociaciones, con el fin de abordar la naturaleza y consecuencias de las órdenes de arresto de la CPI. Durante estas discusiones, se explicó que sería necesario que una medida de rendición de cuentas acompañara cualquier arreglo final, y que ni la población afectada ni la comunidad internacional aceptarían como acuerdo otra amnistía o un simple “jalón de orejas” a los líderes del LRA. Miembros de la sociedad civil, incluyendo líderes religiosos y tradicionales, que tenían el estatus formal de mediadores, asumieron un rol crítico como intermediarios en algunas de estas discusiones, directamente con los cabecillas del LRA.

La discordia sobre las órdenes de captura salió a la luz con las discusiones en torno al punto 3 de la agenda, rendición de cuentas y reconciliación. El 1 de junio de 2007 se realizó en Juba un taller de un día completo sobre este tema. En éste se abordaron una variedad de asuntos: (1) justicia tradicional en zonas acholi y otras áreas del norte; (2) prácticas y estándares internacionales en materia de justicia transicional; y (3) la Constitución de Uganda, el sistema jurídico ugandés y las instituciones nacionales como la Comisión de Amnistía y la Comisión Ugandesa de Derechos Humanos. Todos estos temas eventualmente se verían reflejados en el acuerdo.

La discusión en Juba sobre estándares internacionales fue más allá de la discusión sobre las obligaciones de Uganda bajo el Estatuto de Roma. Por el contrario, abordó las tendencias actuales de la justicia transicional alrededor del mundo y el impacto de la entrada en vigor del Estatuto de Roma. Una conclusión central del taller fue que los procesos de justicia transicional a nivel nacional tienen mayores posibilidades de generar una transformación a largo plazo en una sociedad en particular, por lo que se debe buscar una solución nacional.

²¹ *Agreement on Accountability and Reconciliation Between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement* (Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación entre el Gobierno de la República de Uganda y el Movimiento/Ejército de Resistencia del Señor), 29 de junio de 2007, [en adelante “Acuerdo”].

De cara a la discusión sobre las órdenes de captura, se determinó que las disposiciones más relevantes del Estatuto de Roma eran los artículos 17-19, los cuales establecen el marco de complementariedad, en vez de los artículos 53²² o 16²³, que fueron objeto de discusión antes de Juba. Los participantes discutieron la alta probabilidad de que los procedimientos penales nacionales cumplieran el umbral de complementariedad²⁴. La Ley de Justicia y Paz (2005) en Colombia se planteó y se discutió como posible modelo, al ofrecer algunas pautas sobre el tema, particularmente en las disposiciones que vinculan la justicia con la verdad y la reparación, y aquellas que contemplan la reducción de penas. El artículo 17 del Estatuto de Roma no dice nada sobre los requisitos exactos para imponer sanciones²⁵.

Las conversaciones del 1 de junio de 2007 sentaron las bases de unas negociaciones al detalle para el Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación, que fue firmado el 29 de junio de 2007. La decisión de buscar una solución nacional permitió que las negociaciones avanzaran mucho más allá del tema 3 de la agenda ya que, en teoría, la solución nacional ofrecía una forma de encarar las órdenes de captura.

Después siguió un periodo de consultas intensas en el norte de Uganda, en las que se preguntó a los habitantes de distintas localidades su impresión sobre los mecanismos que se debían poner en marcha con el fin de implementar los principios establecidos en el acuerdo. Las consultas del gobierno y las del LRA se realizaron por separado. Aunque algunos aspectos del proceso de consulta fueron criticados, las visitas del jefe de la delegación del gobierno ugandés, el ministro Rugunda, a zonas remotas como el Nilo Occidental fueron importantes para crear un sentimiento de pertenencia sobre el resultado de las negociaciones. Tras estas

²² El artículo 53 del Estatuto de Roma establece que el Fiscal puede decidir no proceder si existen razones sustanciales para creer que una investigación “no redundaría en interés de la justicia”. Algunas de sus decisiones están sujetas a control judicial. La interpretación de esta frase ha sido objeto de un intenso debate incluyendo la situación ugandesa. En 2006, la Oficina del Fiscal publicó un Documento de Política Interna que aclara que la expresión “interés de la justicia” no equivale a interés de paz y que el artículo 53 sólo sería usado en circunstancias excepcionales.

²³ El artículo 16 dispone que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede pedir a la Corte que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

²⁴ Esto tendría que incluir la apertura de una investigación por las mismas conductas que fundamentan las órdenes de captura de la CPI, y la revocatoria de los fundamentos que dieron pie al traslado, es decir, la incapacidad de arrestar a los líderes del LRA. En otras palabras, el LRA, incluyendo a sus líderes, tendría que desarmarse e ingresar a suelo ugandés.

²⁵ Esto no es con el ánimo de sugerir que el tema del castigo sea irrelevante. En términos de voluntad, de acuerdo con el artículo 17(2), la Corte podría examinar “que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”. Se podría decir que una pena desproporcionadamente baja tenía la intención de proteger al perpetrador.

consultas, se redactó y firmó en febrero de 2008 un anexo al acuerdo²⁶. El contenido de este acuerdo y el correspondiente anexo se discutirá en la siguiente sección.

Hacia el final de las conversaciones, se hizo un gran esfuerzo por aclarar la propuesta con el LRA, sobre todo con respecto a la relación entre una División de Crímenes de Guerra, proposición contemplada en las conversaciones, y la justicia tradicional²⁷. En las últimas reuniones entre Kony y los líderes religiosos y tradicionales, en noviembre de 2008, fue claro que los principales cabecillas del LRA no confiaban en el proceso y que no estaban dispuestos a desmovilizarse.

C. El Acuerdo de Juba sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación: marco para la justicia transicional en Uganda

En Juba se tomó una determinación importante: que ningún mecanismo por sí sólo sería suficiente para abordar todas las necesidades de justicia; por lo que se necesitaban aplicar múltiples mecanismos tanto nuevos como ya existentes. El anexo establece los mecanismos que formarían parte de un “marco general de justicia”²⁸. El acuerdo prevé una aproximación amplia e integral que incluye justicia formal, justicia tradicional, búsqueda de la verdad, reparaciones, y las comisiones de derechos humanos y de amnistía.

Una piedra angular del acuerdo es el artículo 4.1 en el que se establece que “[m]edidas formales de justicia penal y civil aplicarán a cualquier individuo a quien se acuse de haber cometido delitos graves o violaciones de derechos humanos en el curso del conflicto, siempre y cuando los actores estatales estén sometidos a los procesos penales existentes y no a los procesos especiales previstos en el presente acuerdo”. El anexo especifica que “una división especial de la Alta Corte de Uganda debe constituirse a fin de procesar a aquellos individuos que presuntamente hayan cometido delitos graves durante el curso del conflicto”²⁹. Estas partes del acuerdo buscaban establecer los cimientos para una posible impugnación ante la CPI de la admisibilidad del caso por razones de complementariedad y su contenido fue directamente influenciado por las disposiciones del Estatuto de Roma que exigen investigación y persecución penal.

En el acuerdo se percibe no sólo la influencia del Estatuto de Roma sino también de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Tiene disposiciones que reflejan convenciones internacionales como la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y la *Convención sobre los*

²⁶ Annexure to the Agreement on Accountability and Reconciliation, 19 de febrero de 2008 [en adelante “Anexo”].

²⁷ Final Report, *Workshop on Accountability and Reconciliation in Uganda: Juba Peace Talks*, 6 y 7 de mayo de 2008.

²⁸ Acuerdo, art. 5.2.

²⁹ Anexo, art. 7.

*derechos del niño*³⁰, así como desarrollos sobre los derechos de las víctimas en el derecho internacional³¹. Por ejemplo, en cuanto a reparaciones, el acuerdo señala que éstas “podrían incluir una gama de medidas como: rehabilitación, restitución, compensación, garantías de no repetición, entre otras medidas simbólicas como pedidos de perdón, memoriales y conmemoraciones. Se le debe dar prioridad a los miembros de grupos vulnerables”³². Este lenguaje toma elementos de la definición de reparaciones presentada en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, adoptados por la Asamblea General de la ONU en 2005³³.

En cuanto a la búsqueda de la verdad, el anexo se refiere a un “organismo” cuyo mandato debe ser “el esclarecimiento del pasado y asuntos conexos”. Evita el término “comisión”, aunque muchas de las funciones enumeradas son similares a las que suelen desempeñar las comisiones de la verdad.

El Acuerdo sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación también señala a la justicia tradicional como una “parte central del marco para la rendición de cuentas y la reconciliación”. Reconoce la diversidad de mecanismos disponibles, haciendo referencia específica a *Culo Kwor, Mato Oput, Kayo Cuk, Ailuc y Tonu ci Koka*³⁴. Es importante notar que estas diferentes aproximaciones tienen elementos en común que enfatizan la necesidad de un proceso de negociación que permita llegar a una versión mutuamente aceptada de los hechos, seguido por la reconciliación y las reparaciones con el fin de restablecer la relación entre los clanes afectados. Según el anexo, el gobierno está en la obligación de examinar estos mecanismos “con miras a identificar la función más apropiada para estos”³⁵.

³⁰ Por ejemplo, el acuerdo prevé una “aproximación con enfoque de género” y afirma explícitamente que la implementación “reconocerá y atenderá las necesidades especiales de mujeres y niñas”, y las protegerá así como motivará y facilitará su participación. Acuerdo, art. 11. El acuerdo reconoce las necesidades especiales de los niños así como la importancia de reconocer sus puntos de vista, motivar y facilitar su participación, promover reparaciones y protegerlos. Acuerdo, art. 12.

³¹ El acuerdo ofrece una definición de “víctimas” que parece una versión elaborada de la definición de “víctimas” que se encuentra en la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI: las víctimas son “personas que han sufrido un daño de forma particular o colectiva; incluyendo daño físico y psicológico, sufrimiento emocional o pérdida económica, como consecuencia de crímenes y violaciones de derechos humanos que se cometieron durante el conflicto”. Acuerdo, art. 6.1. El acuerdo establece que el Gobierno “debe apoyar la participación eficaz y significativa de las víctimas en los procedimientos de rendición de cuentas y reconciliación” y que las víctimas “deben estar informadas respecto de los procesos y de cualquier decisión que afecte sus intereses”. Acuerdo, art. 8.2.

³² Acuerdo, art. 9.1.

³³ Acuerdo, art. 12(v).

³⁴ Acuerdo, art. 3.1. Para una mirada más profunda de estos mecanismos, véase Baines, Erin, *Justice & Reconciliation Project, Roco Wat I Acholi: Restoring Relationships in Acholiland: Traditional Approaches to Justice and Reintegration*, Liu Institute for Global Issues, Gulu District NGO Forum, Ker Kwaro Acholi, 15 de septiembre de 2005.

³⁵ Anexo, art. 20.

Para enfrentar las inquietudes sobre el posible carácter coercitivo de estas medidas, el anexo especifica que la participación en estos mecanismos será de carácter voluntario³⁶. Muchas preguntas se dejan abiertas, entre éstas si estos sistemas deben ser codificados. También persisten dudas sobre si la realización del *Mato Oput* en Acholi sería suficiente para reparar delitos distintos al homicidio. Otra preocupación que persiste es la representación de mujeres, jóvenes y niños³⁷. El anexo trata este asunto de manera directa, precisando que se debe tener en cuenta el impacto sobre mujeres y niños³⁸.

En el caso ugandés, el Acuerdo de Juba representó el comienzo de un marco de justicia transicional que permitiría continuar con futuros desarrollos. Lamentablemente, su potencial se ha minado a raíz de la imposibilidad de alcanzar el Acuerdo definitivo o final.

III. La situación actual en Uganda

A. El estatus jurídico del Acuerdo de Juba

Como se ha mencionado en otros textos³⁹, curiosamente, el proceso de Juba fue al mismo tiempo un fracaso y un éxito. La reanudación de acciones bélicas contra el LRA durante la Operación Relámpago-Trueno, el 14 de diciembre de 2008, así como las atrocidades cometidas por el LRA en los últimos meses de 2008 eliminaron la posibilidad de continuar las negociaciones en Uganda, haciendo que, en la actualidad, un acuerdo final con el LRA parezca más lejano que nunca⁴⁰. Al mismo tiempo, en el norte de Uganda se vive una relativa paz que ha hecho que muchos desplazados retornen a sus lugares de origen. Muchos creen que los beneficios derivados de este periodo de paz son permanentes.

No obstante, el hecho de que no se firmara un acuerdo final de paz crea una compleja situación jurídica. A lo largo del proceso, el LRA firmó varios acuerdos, pero era evidente que no tenía la intención de cumplir con estas obligaciones. Sin embargo, el gobierno prometió que las iba a implementar. El mediador, Riek Machar, también insistió en la implementación como una forma de construir confianza con el LRA, atender los agravios y las reclamaciones y otorgar beneficios a las

³⁶ Anexo, art. 22. Varios informes han señalado la diversidad de opiniones respecto de las ceremonias tradicionales de reconciliación, incluyendo Justice and Reconciliation Project y Quaker Peace and Social Witness, *Sharing the Burden of the Past: Peer Support and Self-Help Amongst Former Lord's Resistance Army Youth*, mayo de 2008.

³⁷ Justice and Reconciliation Project, *The Cooling of Hearts: Community Truth-Telling in Acholiland*, julio de 2007.

³⁸ Anexo, art. 20.

³⁹ Wierda, Marieke y Michael Otim, *Understanding Juba*, ob. cit.

⁴⁰ Se estima que miles de civiles fueron asesinados por el LRA tras la operación Relámpago-Trueno, cientos fueron raptados y cerca de 200.000 desplazados. Véase Atkinson, ob. cit., pp. 14-15.

comunidades afectadas por el conflicto⁴¹. El mediador también argumentó que los acuerdos logrados en Juba tienen validez legal y no son instrumentos provisionales. Todos fueron firmados por ambas partes.

B. La División de Crímenes de Guerra y la Ley sobre la Corte Penal Internacional

Después del fracaso en la firma del acuerdo final, el Gobierno constituyó una División de Crímenes de Guerra de la Alta Corte de Uganda (*War Crimes Division of the High Court of Uganda*) tal como lo exigía el anexo⁴². Recientemente, el 10 de marzo de 2010, fue aprobada la Ley sobre la Corte Penal Internacional. Antes de esto, debido a la falta un marco legal específico, no era claro si los milicianos del LRA podían seguir beneficiándose de la amnistía que continúa vigente. Durante recientes choques armados con el LRA se produjeron varios arrestos, incluyendo el del coronel Thomas Kwoyello, quien es acusado ante el Tribunal de los Magistrados de Gulu de secuestro con tentativa de homicidio. Podría tratarse del primer caso ante la División de Crímenes de Guerra.

Hasta hace poco no era clara la base jurídica de la competencia de la División de Crímenes de Guerra. Algunos argumentaron que el fundamento jurídico estaba en el derecho soberano que tiene Uganda de investigar e interponer acciones penales en respuesta a los delitos que se cometen dentro de su territorio o por sus nacionales. Otros reconocieron que si bien la conformación de la División de Crímenes de Guerra fue posible gracias a un acto administrativo, a través de la judicatura, se requerirá una mayor definición legal antes de que ésta entre en funcionamiento.

Un tema difícil y abierto a la discusión es si el Acuerdo de Juba le impide a la División de Crímenes de Guerra procesar a actores estatales o si puede procesar a cualquiera que cometa delitos dentro de su competencia. El artículo 4.1 del acuerdo establece: “[l]os actores estatales están sujetos a los *procesos de justicia penales existentes* y no a los procesos de justicia especial previstos en el presente Acuerdo”⁴³. Esta disposición se suele interpretar como aludiendo a los tribunales militares ante los cuales los miembros de las fuerzas militares de Uganda son normalmente procesados. Pero no se sabe hasta qué punto el Acuerdo sea vinculante para la División de Crímenes de Guerra. Sin embargo, en la práctica y por razones políticas, es muy probable que la División de Crímenes de Guerra juzgará, en primera instancia, los crímenes cometidos por el LRA, así el mandato de la División no esté limitado a este grupo.

⁴¹ Informe y Recomendaciones del Mediador Principal del Proceso de Paz entre el Gobierno de la República de Uganda y el LRA, 16 de junio de 2008, disponible en http://www.beyondjuba.org/peace_agreements/Machar_Report_1.pdf.

⁴² Anexo, art. 7.

⁴³ Acuerdo, art. 4.1 (énfasis añadido).

Cuatro jueces ugandeses ya han sido asignados a la Corte. Algunos de estos jueces tienen experiencia internacional y algún contacto previo con mecanismos similares. También se sugirió la adición de jueces internacionales, preferiblemente de otros países africanos que tengan tradición de derecho anglosajón. Lo anterior podría servir para reafirmar aún más la percepción de independencia de la Corte.

La discusión sobre la legislación requerida para la División de Crímenes de Guerra giró en torno al Proyecto de Ley sobre la Corte Penal Internacional de 2006. Las discusiones contaron con la asesoría de una organización internacional llamada *Public International Law and Policy Group* (PILGP). Esta iniciativa se concentró en revivir el previamente archivado Proyecto de Ley sobre la Corte Penal Internacional, con el fin de criminalizar las conductas previstas en el Estatuto de Roma (crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio) e incluir algunas disposiciones para contribuir a operativizar la División de Crímenes de Guerra. Por lo anterior, algunas de las discusiones se alejaron de los propósitos del Acuerdo de Juba y se centraron en la implementación del Estatuto de Roma de la CPI⁴⁴.

Respecto al derecho sustantivo que la División de Crímenes de Guerra podría aplicar, se presentaron tres opciones:

- *Ley relativa a los Convenios de Ginebra, 1964*. Hay cierta dificultad para la aplicación de esta ley, debido a que penaliza sólo las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, las cuales se suelen reconocer en contextos de un conflicto armado de carácter internacional. No es claro si el conflicto con el LRA se puede catalogar como un conflicto internacional. Alternativamente, se podría argumentar que las disposiciones del artículo 3 común, también incluidas en este marco normativo nacional, determinan de manera precisa las conductas prohibidas para que en el derecho ugandés se hayan establecido los crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado no internacional. Con todo, la punibilidad de las infracciones al artículo 3 común según el derecho internacional consuetudinario sólo quedó claramente establecida a partir de la creación de los tribunales penales internacionales ad hoc en 1993 y 1994.
- *Ley sobre la Corte Penal Internacional*. Tal como se explicó, aunque el proyecto de ley original estaba principalmente orientado a establecer un marco de cooperación con la CPI, las sucesivas enmiendas y modificaciones buscaron ampliarlo para que incorporara los delitos previstos en el Estatuto de Roma. Hubo mucho debate en torno al eventual alcance temporal de la ley y si su aplicación al conflicto con el LRA violaría la prohibición que establece la Constitución de Uganda contra la aplicación retroactiva de la ley⁴⁵. Algunos argumentaron que los “actos subyacentes” a los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, como los delitos de homicidio, secuestro y violación, ya estaban

⁴⁴ Estas provisiones fueron omitidas posteriormente.

⁴⁵ Constitución de la República de Uganda, art. 28(7).

prohibidos por la ley, y con fundamento en ello, las condenas por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad no serían injustas. Otros argumentaron que la injusticia inherente a la aplicación retroactiva de la ley se podría subsanar por otros medios, como a través de la atenuación de las penas.

- *El régimen penal doméstico.* Tal como se ha mencionado, el Código Penal ugandés contiene varios delitos que podrían ser relevantes para sancionar las conductas cometidas en el marco del conflicto. Algunos han argumentado que su uso es insuficiente por cuanto no ofrecen una descripción adecuada de la naturaleza generalizada y sistemática de las conductas en cuestión. El Acuerdo de Juba declaró que la Corte debería centrarse en “los delitos más graves, especialmente los que constituyen delitos internacionales”.

En marzo de 2010, el Comité de Asuntos Legales y Parlamentarios aprobó la Ley sobre la Corte Penal Internacional, que incorporó los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma y estableció el año 2002 como la fecha de entrada en vigencia.

Algunos debates álgidos durante la discusión del proyecto de Ley sobre la Corte Penal Internacional parecen hoy resueltos tras la aprobación. Por ejemplo, hubo una gran discusión sobre la edad mínima para la responsabilidad penal. El Estatuto de Roma establece la responsabilidad penal individual a partir de los 18 años de edad, mientras la ley ugandesa a partir de los 12 años. La Ley sobre la CPI parece dejar la solución de esta cuestión a las leyes domésticas antes que adoptar el umbral del Estatuto de Roma⁴⁶. Asimismo, el tema de la pena de muerte fue muy debatido (la pena de muerte existe en Uganda). Aunque el primer borrador contenía una cláusula que declaraba que “[l]a pena por un crimen de lesa humanidad será de cadena perpetua o por un periodo inferior, u otras penas que la corte decida imponer”, la Ley aprobada en 2010 establece la cadena perpetua como el castigo más grave. Tal como ocurre en países como Ruanda, esto genera una paradoja: aquellos condenados por delitos de menor gravedad se enfrentan a la pena de muerte, mientras los procesados por la División de Crímenes de Guerra no correrán este riesgo. En cualquier caso, la discusión sobre penas alternativas, tema abordado en el Acuerdo de Juba, parece estar fuera de discusión.

Tampoco es claro lo que sucederá con los responsables de delitos de menor gravedad. Durante las negociaciones en Juba, se pensaba que los acusados serían pocos y que la mayoría de los miembros del LRA no serían procesados. Desde la firma del acuerdo esto es menos claro. La Fiscalía (*Directorate of Public Prosecutions*, DPP) ya estableció una unidad especial conformada por analistas y un equipo multidisciplinario. Ahora, se prevé que los miembros capturados del LRA podrán ser acusados aunque hayan ocupado puestos relativamente bajos en la jerarquía de la organización. El Acuerdo de Juba también había resaltado el derecho

⁴⁶ Cuando se redactó este artículo aún no estaba disponible para el público la Ley sobre la CPI.

de los individuos de cooperar con los procesos penales mediante confesiones, revelaciones y entrega de información. El Acuerdo estipula que esta cooperación debería ser reconocida a la hora de emitir condenas⁴⁷. Por ejemplo, se preveía tener bajo consideración información relevante sobre la conducta del acusado, y detalles entregados sobre personas desaparecidas y la ubicación de minas y municiones sin detonar, entre otros artefactos explosivos⁴⁸. Estas disposiciones no están reflejadas en la ley aprobada.

C. Prelación otorgada a la justicia penal formal

En agosto de 2008, el gobierno asignó al Sector de Justicia, Derecho y Orden (*Justice, Law and Order Sector*, JLOS) la tarea de “desarrollar y administrar un sistema efectivo de justicia transicional para Uganda”. La iniciativa del JLOS representa la aproximación de múltiples donantes al desarrollo del sector justicia en este país. En este marco se creó un Grupo de Trabajo de Justicia Transicional bajo la dirección del magistrado James Ogoola, Juez Principal. El grupo está conformado por cinco subcomités: (1) jurisdicción penal formal; (2) búsqueda de la verdad; (3) justicia tradicional; (4) integración de la justicia formal y otras formas de justicia; y (5) asuntos de financiación. Estos subcomités están trabajando, aunque a distintos ritmos, y generando posiciones sobre los distintos temas.

En la práctica, el haberle confiado la responsabilidad sobre la justicia transicional a un sector que normalmente tiene que ver con la justicia formal ha conllevado a una implementación desigual de las medidas, con un énfasis en la justicia penal por encima de las otras. Además, debido a que a Uganda le interesaba mostrar el establecimiento de la División de Crímenes de Guerra y la aprobación de la Ley sobre la Corte Penal Internacional durante la conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, de la cual fue país anfitrión en mayo y junio de 2010, estas medidas de justicia penal se impulsaron más que el otro tipo de iniciativas más enfocadas en las víctimas.

Como se mencionó, la Ley sobre la CPI sólo aborda los temas de justicia penal, dejando de lado la integración del sistema jurídico formal con el sistema informal, como la justicia tradicional. Una pregunta central que aún está por responderse es si el sistema de justicia formal y los mecanismos de justicia tradicional deben ser concebidos como paralelos, es decir, funcionando de manera independiente y con poca interacción, o si, por el contrario, deben desarrollarse de manera integrada, incluyendo su operación conjunta o complementaria en torno a mecanismos de investigación o de establecimiento de penas.

El establecimiento de un vínculo demasiado estrecho entre la justicia tradicional y la justicia formal conllevaría ciertos riesgos. Si los ex combatientes creen que su

⁴⁷ Acuerdo, art. 3.6.

⁴⁸ Anexo, art. 15.

participación en las ceremonias de justicia tradicional podría conducir, de alguna manera, a un proceso de justicia formal, se podría desestimular su voluntad para participar. Si hay más personas dispuestas a participar en procesos de justicia tradicional que en procesos de justicia formal, quizá sea importante disociar estos dos tipos de justicia. En el contexto del norte de Uganda, es importante reconocer que probablemente será necesario recurrir al sistema de justicia tradicional para resolver crímenes graves y, posiblemente, masivos. Se han discutido varias opciones para la integración de la justicia formal e informal, incluyendo el uso de la justicia tradicional como puerta de entrada a la justicia formal⁴⁹; el uso de la justicia tradicional en el desarrollo de investigaciones⁵⁰; permitir que los líderes tradicionales asistan a los juicios formales como “asesores” de las personas que no son profesionales del derecho, de acuerdo a lo previsto en la ley ugandesa; permitir que los reinsertados del LRA se sometan a la justicia tradicional después del proceso formal; y tener en cuenta esa voluntad de someterse a la justicia tradicional a la hora de proferir condenas.

Al Grupo de Trabajo de Justicia Transicional aún le falta abordar estas preguntas en torno a la justicia tradicional. Sin embargo, el debate se ha ido centrando más en los aspectos técnicos de las leyes ugandesas e internacionales, y es dominado por actores distintos a los que participaron en las negociaciones de Juba. Los abogados y tecnócratas han asumido un papel protagónico, mientras que la participación de los políticos y líderes comunitarios es cada vez menor. El foro para la discusión se ha trasladado a Kampala, con miras a involucrar a la comunidad internacional (en el marco de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma). En suma, los recientes cambios legislativos disminuyen la flexibilidad requerida para abordar los temas con los rebeldes, lo que podría complicar cualquier intento de negociación en el futuro.

⁴⁹ Algunos argumentan que el sistema de justicia tradicional debería servir de puerta de entrada para todos los reinsertados. Así, cada uno acudiría primero a la justicia tradicional antes de someterse a otro mecanismo, y sería la investigación bajo este sistema la que debería determinar el siguiente paso. Sin embargo, la participación en la justicia tradicional debería ser voluntaria; es decir, nadie podrá ser obligado a participar. Además, las investigaciones realizadas por la Unidad Especial de la Fiscalía (DPP) probablemente serán bastante independientes. En ese sentido, es poco realista pensar que la justicia tradicional lleve a cabo la llamada “calificación de los delitos” como puerta de entrada a un sistema judicial integrado.

⁵⁰ En general, la investigación de delitos graves es un proceso distinto que implica consideraciones que deberían distinguirse de la determinación de los hechos o de las investigaciones que podrían formar parte de la justicia tradicional. La Fiscalía tiene el deber de llevar a cabo estas investigaciones de manera independiente, haciendo uso de una metodología multidisciplinaria (es decir, emplea investigadores, analistas, abogados, expertos en temas de género, etc.). Probablemente esta entidad tendrá interés no sólo en los crímenes en sí sino también en las jerarquías, tipos de responsabilidad, pruebas sobre la salud mental del autor, etc. Estas diferencias cruciales parecerían señalar las ventajas que implica proceder de manera separada en el caso de una investigación. Sin embargo, las ceremonias de justicia tradicional tienen un verdadero potencial en relación con la búsqueda de la verdad. Quizá sea necesario encontrar formas en las que la información revelada pueda ser usada en otros procesos de justicia transicional.

IV. ¿Desafiando la complementariedad?

El actual intento de Uganda por implementar medidas nacionales tiene un elemento central: una eventual impugnación de la admisibilidad del caso ante la CPI bajo el pretexto de la complementariedad. Aunque por ahora la pregunta es teórica, tiene también connotaciones políticas y ha despertado un fuerte interés dentro y fuera del país. Aunque las órdenes de captura siguen vigentes, en virtud del artículo 19 del Estatuto de Roma, Uganda retiene la potestad de impugnar la competencia de la CPI en el caso que se lleva contra los tres líderes sobrevivientes del LRA. El Estado tiene esta facultad porque el Estatuto de Roma le exige a la CPI deferencia al sistema nacional cuando estos están dispuestos a llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento y tienen la capacidad para hacerlo⁵¹. La admisibilidad del caso o la competencia de la Corte puede ser impugnada por un estado o por el acusado. El artículo 19 afirma que la admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte podrán ser impugnadas sólo una vez, con algunas excepciones. Básicamente, esto significa que Uganda debe interponer una acción de impugnación de complementariedad sólo cuando ésta tenga una alta probabilidad de éxito.

A menudo hay confusión en torno al significado del principio de complementariedad. Esto se debe a su complejidad procesal y al hecho de que aún no ha sido aclarado en la doctrina. Algunos expertos creen que la Corte tendrá en cuenta una amplia variedad de factores, incluyendo: si aplica la pena de muerte; si hay una adecuada participación de las víctimas o protección de testigos; el grado de competencia del sistema jurídico, y si el proceso cumple con estándares internacionales de justicia. Dichos criterios sugieren que los procesos nacionales deben ser similares en sus estándares y procedimientos a los de la CPI. Sin embargo, mientras algunos de estos temas podrían entenderse como buenas prácticas, no coinciden con lo que está previsto en el Estatuto de Roma. Éste establece un umbral menor y examina si el Estado, “debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”⁵². Esto significa que, en cuanto a capacidad, la Corte es muy deferente con los sistemas jurídicos nacionales.

En términos de voluntad, la Corte podría examinar “que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte”⁵³. Por ejemplo, una sentencia desproporcionadamente laxa podría ser un indicio de esto. Entre otros factores podría estar el retraso

⁵¹ Estatuto de Roma, art. 17.

⁵² Estatuto de Roma, art. 17.3.

⁵³ Estatuto de Roma, art. 17.2.a.

indebido o, en términos más generales, que “el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”⁵⁴.

Existen una variedad de factores que podrían aumentar la probabilidad de que la impugnación de la admisibilidad del caso por razones de complementariedad sea exitosa. Primero, con base en lo que se conoce hasta la fecha sobre la práctica de la CPI en materia de complementariedad, es claro que Uganda tendría que abrir una investigación en aquellos casos en los que quiere impugnar la admisibilidad. Ante la falta de procesos nacionales, bajo la actual jurisprudencia de la Corte el caso continúa siendo admisible. Además, la CPI ha establecido en el caso de *Lubanga* que: “los procesos nacionales deben incluir la persona y la conducta objeto del caso ante la Corte”⁵⁵. Aún no es claro si se respetará este criterio en el presente caso, pero para aumentar la probabilidad de éxito de una impugnación, los fiscales nacionales deben examinar las órdenes de captura vigentes contra los líderes del LRA y tratar de ceñirse a éstas hasta donde les sea posible, inclusive teniendo en cuenta las formas de autoría y participación criminal que están determinadas. Cuanto más avanzado esté el proceso nacional, más probable será el éxito de la impugnación de la admisibilidad de una causa.

En segundo orden, Uganda tendría que argumentar que ya no aplican los fundamentos sobre los cuales refirió el caso a la CPI. En ese momento, Uganda argumentó que no era capaz de arrestar a los líderes del LRA porque se encontraban fuera de su territorio. La Cámara de Asuntos Preliminares de la CPI determinó que el caso era admisible, y señaló que “el Gobierno de Uganda ha sido incapaz de arrestar (...) [a las] personas que podrían tener la mayor responsabilidad por los crímenes dentro de la situación señalada”⁵⁶. Uganda tendría que demostrar que en la actualidad tiene la capacidad de detener a las personas en cuestión⁵⁷.

En tercer lugar, Uganda tendría que asegurarse de que no parezca falta de voluntad el hecho de tener un régimen alterno de sanciones que permita penas

⁵⁴ Estatuto de Roma, art. 17.2.c.

⁵⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Decision concerning Pre-trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo*, Annex I, párr. 31, ICC-01/04-01/06, 24 de febrero de 2006.

⁵⁶ ICC Pre-Trial Chamber II, *Warrant for Arrest for Okot Odhiambo*, párr. 27, ICC-02/04-01/05-56, 8 de julio de 2005 (se omitieron las citas internas).

⁵⁷ Hay cierta ambigüedad sobre el alcance de las obligaciones legales de Uganda hacia la Corte en relación con una eventual acción de impugnación. Por ejemplo, ¿Uganda sigue sujeta a sus obligaciones para hacer cumplir órdenes de captura o cómo se percibirá el no cumplimiento? El artículo 95 del Estatuto de Roma reza que “cuando la Corte proceda a examinar una impugnación de la admisibilidad de una causa de conformidad con los artículos 18 o 19, el Estado requerido podrá aplazar la ejecución de una solicitud hecha de conformidad con esta parte hasta que la Corte se pronuncie sobre la impugnación (...)”. Podría ser que Uganda tuviera la facultad de aplazar la ejecución de órdenes de captura, pero no es totalmente claro si esto se podría lograr antes de interponer una acción de impugnación.

desproporcionadamente laxas. De acuerdo con el aprobada Ley sobre la CPI, esto es poco probable pues no se incluyeron sanciones alternativas.

Algunos argumentan que el sistema jurídico ugandés carece de independencia e imparcialidad, por lo que no debería procesar al LRA. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, Uganda no tendría que demostrar la independencia e imparcialidad de la totalidad de su sistema, sino sólo en los casos en cuestión. La observación internacional a la División de Crímenes de Guerra ayudaría en este punto.

El asunto aún no se ha resuelto. El 29 de febrero de 2008, en virtud de su facultad *proprio motu* de examinar si un caso sigue siendo admisible según el artículo 19(1) del Estatuto, la Cámara de Asuntos Preliminares le solicitó al Gobierno de Uganda información sobre desarrollos recientes. En un documento radicado el 27 de marzo de 2008, el Gobierno de Uganda declaró: “la división especial de la Alta Corte no tiene por objeto la suplantación del trabajo de la Corte Penal Internacional y, por consiguiente, aquellos individuos que fueron procesados por la Corte Penal Internacional tendrán que comparecer al juicio ante la división especial de la Alta Corte”. El fiscal aseguró en un documento radicado el 28 de noviembre de 2008 que no identificó el avance de ningún proceso nacional, y que, por tanto, el caso sigue siendo admisible. Dos ONG, *Redress* y *Uganda Victims Foundation*, presentaron observaciones sobre los antecedentes fácticos y jurídicos de la implementación del Acuerdo de Juba así como del Anexo. El 10 de marzo de 2009, la Cámara de Asuntos Preliminares emitió un fallo que concluyó:

Prevía adopción de todos los textos relevantes y la implementación de todos los pasos, el escenario contra el cual se debe determinar la admisibilidad del caso sigue siendo, entonces, el mismo que cuando se expidieron las órdenes de captura, es decir, uno de total inacción por parte de las autoridades nacionales; por consiguiente, no hay razón para que la Cámara revise la determinación positiva sobre la admisibilidad del Caso que se hizo en ese momento⁵⁸.

La Cámara de Apelación respaldó a la Cámara de Asuntos Preliminares en una decisión emitida el 16 de septiembre de 2009⁵⁹. Por un tiempo, la impugnación de la admisibilidad del caso seguirá siendo teórica, pero el fallo le da ímpetu a la puesta en marcha, lo antes posible, de la División de Crímenes de Guerra y la aplicación de la Ley sobre la CPI.

⁵⁸ *Prosecutor vs. Kony et al*, Decisión de la Cámara Previa al Juicio sobre la admisibilidad del caso según el artículo 19(1) del Estatuto, CPI-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009.

⁵⁹ *Prosecutor vs. Kony et al*, Appeal Chamber, Judgment on the appeal of the Defence against the “Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute”, of 10 March 2009, ICC-02/04-01/05-408, 16 de septiembre de 2009.

V. Las perspectivas de las poblaciones afectadas⁶⁰

El debate sobre la justicia transicional en Uganda ha tenido sus altibajos en cuanto a la inclusión de los principales afectados por el conflicto. En las fases iniciales del proceso, las opiniones de las poblaciones afectadas fueron estudiadas en el norte de Uganda con mayor profundidad que en muchas otras partes del mundo. Un número significativo de encuestas y otros estudios enfocados en diversos aspectos de la justicia transicional tuvieron lugar en esta región. Entre los estudios clave se cuentan los de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁶¹ y un informe sobre la búsqueda de la verdad elaborado por la coalición de ONG *Gulu District NGO Forum* y el Proyecto de Justicia y Reconciliación del Instituto Liu⁶². Muchos de estos estudios empezaron debido al interés elevado que causó la intervención de la CPI en Uganda.

El Centro de Derechos Humanos de Berkeley y el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ por su sigla en inglés) realizaron una encuesta llamada *Forgotten Voices* (Voces olvidadas) en 2005, antes de las negociaciones en Juba⁶³. Esta encuesta se repitió en 2007 y se consignó en un informe titulado *When the War Ends* (Cuando termine la guerra), en pleno proceso de negociación en Juba⁶⁴. Ambas encuestas tomaron una amplia muestra representativa de la población afectada, con 2.500 encuestados cada una. En 2005, una mayoría de los encuestados (66%) dijo que, tratándose de los líderes del LRA, estaba a favor de “opciones duras”, entre estas, juicios, castigo o prisión. Sólo el 22% prefirió opciones como el perdón, la reconciliación y la reinserción. En 2007 esta estadística había cambiado notablemente, con un 54% a favor de las opciones blandas y un 41% a favor de opciones duras. Esto puede ser un indicador de que en la cúspide del proceso de Juba, la gente estaba más dispuesta a buscar el consenso en temas de justicia. Tras el cierre del proceso de Juba no se realizaron nuevas encuestas, pero el periodo de relativa calma que ha prevalecido en Uganda desde entonces podría haber cambiado de nuevo estas percepciones.

Mientras varios estudios en el norte de Uganda incluían en sus títulos las palabras “paz” y “justicia”, no era posible que su objetivo fuera determinar si la

⁶⁰ Véase también Wierda, Marieke y Michael Otim, *Understanding Juba*, ob. cit.

⁶¹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oachnudh), *Making Peace Our Own: Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda*, agosto de 2007.

⁶² Justice & Reconciliation Project, *The Cooling of Hearts*, ob. cit. Otros ejemplos incluyen Oxfam, Briefing Paper, *The Building Blocks of Sustainable Peace: The Views of Internally Displaced People in Northern Uganda*, septiembre de 2007; y Human Rights Focus, *Fostering the Transition in Acholiland: From War to Peace, from Camps to Home*, septiembre de 2007.

⁶³ ICTJ y Human Rights Center, ob. cit.

⁶⁴ ICTJ y Human Rights Center, University of California-Berkeley, *When the War Ends: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace, Justice, and Social Reconstruction in Northern Uganda*, diciembre de 2007.

gente priorizaba uno de estos dos aspectos. Tal como sucede en muchos lugares, la gente del norte de Uganda quiere ambas cosas. Sin embargo, algunas conclusiones importantes surgieron de los estudios. La mayoría de los encuestados apoya aproximaciones integrales a la justicia que incorporen también medidas para las víctimas como las reparaciones o la búsqueda de la verdad. Con base en el trabajo de investigación realizado, es evidente que la gente tampoco asume “esta o aquella” aproximación ante diferentes opciones de justicia, sino que prefiere un enfoque de múltiples mecanismos. En Uganda, donde el debate está muy polarizado entre la CPI y la justicia tradicional, aquella fue una conclusión importante que le dio mayor legitimidad a la aproximación que se adoptó en Juba⁶⁵.

Otro factor importante que surgió del trabajo de la encuesta fue que el conocimiento de la CPI aumentó de manera considerable a través de los años. En 2005 sólo un 27% de los encuestados había oído hablar de la CPI, mientras que en 2007 esa cifra subió al 60%. Entre aquellos que habían oído hablar de la CPI, muchos manifestaron su apoyo a dicha institución, desafiando así, hasta cierto punto, la noción de que el norte del país estaba universalmente opuesto a la CPI. Por otra parte, las metodologías cuantitativas no necesariamente fueron efectivas al determinar si la gente entendía el rol de la Corte. Por ejemplo, en 2007, el 55% de los encuestados que había oído hablar de la CPI (32% del total) aún pensaba que la Corte tenía la facultad de arrestar gente. De aquellos que habían oído hablar de la Corte, el 76% creía que realizar los juicios en ese momento pondría en entredicho las negociaciones en Juba.

Aparte de revelar la naturaleza variada y cambiante de las opiniones locales, la investigación y las consultas posteriores que formaron parte del proceso de Juba contribuyeron a completar el listado de opciones incluidas en el Acuerdo de Juba. Un resultado concreto de las consultas e investigaciones fue centrar la atención en temas relevantes a las víctimas como las reparaciones, punto que fue incluido en el acuerdo y el anexo, y, en particular, la inclusión del tema de comisión de la verdad en el anexo. Pero, como ya se mencionó, estos asuntos han dejado de ser prioritarios en los actuales debates. En la actualidad, las perspectivas de las poblaciones afectadas están en peligro de ser ignoradas en el proceso más amplio de justicia transicional en el país.

Conclusiones

El proceso de búsqueda de la paz y la justicia en Uganda ha sido foco de atención durante los últimos años. Uganda es uno de los primeros países en

⁶⁵ A veces, la dicotomía entre la CPI y la justicia tradicional se malinterpreta como si se tratara de una escogencia entre “la justicia retributiva occidental y la justicia restaurativa africana”. Esta dicotomía ignora los aspectos restaurativos de la CPI, incluyendo sus disposiciones sobre la participación de víctimas y reparaciones, así como los aspectos retributivos de la justicia tradicional.

llevar a cabo un proceso de paz, encontrándose bajo el escrutinio de la CPI y sus partidarios. Aunque quizá es prematuro generalizar, es posible identificar algunas conclusiones tentativas.

Por ejemplo, si bien las órdenes de captura a los líderes del LRA fueron un obstáculo durante las negociaciones de Juba, la negociación no parecía imposible y, por tanto, avanzó durante un tiempo antes de su fracaso. Esto cuestiona la percepción de que la CPI en sí es un obstáculo para la paz.

Por otra parte, la presión de las órdenes de captura se utilizó cuidadosamente en Juba con el fin de negociar una solución que buscara una aproximación integral a la justicia a nivel nacional. Esto fue posible porque Uganda contaba con algo que le podía ofrecer al LRA: la alternativa de un juicio doméstico el cual no hubiera tenido como resultado la impunidad pero que habría convertido temas como el de las penas en un asunto para ser negociado y atenuado. Este caso no necesariamente será el mismo en otras situaciones.

Otra lección del caso ugandés es la tendencia que ha tenido la participación de la CPI en alejar el debate sobre justicia de las soluciones integrales de la justicia transicional, conduciéndolo hacia la justicia penal. La Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la CPI que tuvo lugar en Uganda afectó la velocidad con la que se pusieron en marcha ciertas medidas de justicia. Si bien es apropiado que Uganda desarrolle su propia capacidad de investigar y llevar a juicio los delitos internacionales, no debería desatender una serie de consideraciones más amplias que podrían estar en juego.

Estas consideraciones incluyen el contexto político. Por ejemplo, las medidas actuales no deben asemejarse a la justicia del vencedor, pues podrían exacerbar la división entre el norte y el sur del país. Segundo, podrían ser necesarias aún negociaciones futuras, pero éstas se pueden ver opacadas por el contenido de las disposiciones contenidas en la Ley sobre la Corte Penal Internacional, que varían de lo acordado en Juba. Por último, los habitantes del norte de Uganda siguen deseando una aproximación integral a la justicia que incorpore medidas como la búsqueda de la verdad, reparaciones y aproximaciones que tengan en cuenta la cultura local, como la justicia tradicional. En vista de que los habitantes del norte del país son quienes han sufrido la mayor parte de los efectos del conflicto, es importante tener en cuenta las perspectivas de estas personas con el fin de consolidar una aproximación orientada hacia las víctimas.

Capítulo 11

El impacto de los tribunales híbridos: prácticas actuales en Bosnia-Herzegovina y Camboya

*Olga Martin-Ortega y Johanna Herman**

Un nuevo modelo de administración de justicia surgió a finales de la década de los noventa a través del desarrollo de tribunales híbridos o internacionalizados. Estos tribunales están compuestos por personal nacional e internacional, y aplican una combinación de derecho internacional y nacional. Hoy, diez años después del establecimiento de los primeros tribunales híbridos, el Tribunal Especial para Timor Oriental ya concluyó su trabajo, la Corte Especial para Sierra Leona (SCSL por su sigla en inglés) está entrando en su etapa final, mientras la administración del programa internacional de jueces y fiscales en Kosovo se trasladó de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (Unmik) a la Unión Europea (UE). Las Cámaras Extraordinarias de los Tribunales de Camboya (ECCC por su sigla en inglés) y la Cámara para Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina (WCC por su sigla en inglés) están en pleno funcionamiento, y se recomendó la aplicación de su modelo en muchos otros contextos en los que, por diversas razones, las actuaciones judiciales nacionales no pueden desarrollarse de conformidad con los estándares internacionales, como son los casos del norte de Uganda, Kenia, Liberia o Darfur.

Este capítulo se enfoca en la experiencia de los dos tribunales más recientes: los de Camboya y Bosnia-Herzegovina, y examina su práctica a la luz de las expectativas que los tribunales híbridos han generado en términos de consolidación de la paz. El texto se centra especialmente en el impacto de estas cortes en la reconstrucción del Estado de derecho y el fortalecimiento de las instituciones públicas en los países en que operan, así como en la percepción pública de su trabajo. Se consideran los problemas y los desafíos actuales de los tribunales con el fin de extraer algunas lecciones para su trabajo futuro y el de otros posibles tribunales en escenarios de posconflicto. La información y el análisis que se incluyen en este documento parten de la investigación de campo realizada por las autoras en Bosnia-Herzegovina y Camboya durante agosto y septiembre de 2009. Esta investigación incluye entrevistas con integrantes locales e internacionales de estos tribunales, con funcionarios de

* Reconocemos el apoyo recibido por el proyecto de investigación *Just and Durable Peace by Piece* (nº. 217488), financiado por el VII Programa Marco de la UE para realizar el trabajo de campo en Bosnia-Herzegovina y Camboya en agosto y septiembre de 2009. Para obtener más información, visite <http://www.justpeace.eu>. Expresamos nuestros agradecimientos a Chandra Lekha Sriram e Iva Vukušić por sus comentarios a las versiones anteriores de este capítulo.

las Naciones Unidas, la Unión Europea, organizaciones internacionales y países donantes, así como miembros de ONG nacionales e internacionales.

En la parte I de este capítulo se presenta brevemente el modelo de los tribunales híbridos y su potencial papel en la justicia transicional y en los esfuerzos de construcción de la paz. En la parte II se revisa el establecimiento y la labor de la WCC y las ECCC, y se brinda un contexto sobre el Estado de derecho en cada país. En la parte III se evalúa el trabajo de cada corte y se reflexiona sobre si éstas maximizan su posible impacto positivo en el sistema jurídico interno a través del impulso de capacidades locales y de su incidencia en la percepción pública sobre la consolidación del Estado de derecho. La parte IV examina el riesgo de los impactos negativos. En la conclusión, se resumen las lecciones que pueden extraerse de este análisis.

I. Los tribunales híbridos y las actividades de consolidación de la paz

La consolidación de la paz y la justicia transicional suelen tener lugar en el mismo contexto y marco temporal ya que ambos campos se concentran en el período posterior al conflicto y en las necesidades de una sociedad en recuperación. El análisis de la complicada relación entre los dos enfoques tradicionalmente los ha ubicado en posiciones contrapuestas, en el marco del denominado debate “paz vs. justicia”. Esta discusión hace hincapié en los potenciales efectos disruptivos que podría tener sobre los avances hacia la paz el exigir rendición de cuentas en un entorno posterior al conflicto. Sin embargo, las prácticas crecientes, así como la literatura sobre el tema ponen de relieve la complementariedad entre la justicia transicional y la consolidación de la paz¹. Ambos campos, en última instancia, pretenden sentar las bases para una sociedad democrática, compatible con los derechos humanos, capaz de resistir la tensión social y evitar la repetición de las atrocidades. Este vínculo entre las iniciativas de la justicia transicional y las actividades de consolidación de la paz es más explícito en lo que tiene que ver con actividades para restaurar el ejercicio del Estado de derecho, lo cual será explorado más adelante².

Desde el incremento de las operaciones de paz multidimensionales en la década de los noventa, la comunidad internacional realiza hoy una serie de actividades de consolidación de la paz para reconstruir la infraestructura física y las estructuras

¹ Véase, por ejemplo, Lekha Sriram, Chandra, Olga Martin-Ortega y Johanna Herman, *Transitional Justice and Peacebuilding Strategies: Considerations for Policymakers*, Policy Brief, Just and Durable Peace, n.º. 2, julio de 2009, disponible en <http://www.justpeace.se>; Lambourne, Wendy, *Transitional Justice and Peacebuilding after Mass Violence*, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 3, 2009, p. 28.

² Este vínculo ha sido reconocido en el informe del Secretario General de la ONU, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, U.N. Doc. A/2004/61, 23 de agosto de 2004. Sin embargo, aunque a menudo se superponen, no se debe suponer que las actividades de la justicia transicional automáticamente apoyan la consolidación del Estado de derecho o viceversa.

sociales después del conflicto. Tales actividades se centran en una serie de acciones que incluyen el desarme, la desmovilización y la reintegración de ex combatientes; la reforma del sector de seguridad, la repatriación de los refugiados, la observación de las elecciones, la protección de los derechos humanos, y la reforma o el fortalecimiento de las instituciones de Gobierno. El fortalecimiento del Estado de derecho ha sido el foco de los esfuerzos de consolidación de la paz desde principios de los años noventa, y es muy importante para la Organización de Naciones Unidas (ONU), como quedó demostrado en el informe de 2004 del Secretario General: *El Estado de derecho y la justicia transicional en sociedades en conflicto y posconflicto*³. Los proyectos de promoción del Estado de derecho tienen por objeto garantizar un sistema de justicia y seguridad que sea eficaz, profesional y compatible con los estándares de los derechos humanos⁴. Las acciones dependen del contexto del país, pero pueden incluir asistencia electoral; reforma, reestructuración y reconstrucción de la policía y las agencias de orden público; el fortalecimiento de los sistemas jurídicos y judiciales; y el refuerzo o la reconstrucción del sistema penitenciario y sus instalaciones⁵. La naturaleza de las actividades realizadas significa que el trabajo de consolidación del Estado de derecho es parte de una estrategia de largo plazo que involucra a una amplia gama de sectores y actores.

Los tribunales híbridos cumplen uno de los objetivos más importantes de la justicia transicional: lograr justicia después de un conflicto con el enjuiciamiento de los autores de las violaciones más graves de los derechos humanos⁶. También tienen el potencial para interactuar positivamente con las actividades de consolidación de la paz, particularmente en la promoción del Estado de derecho y la reforma del sector judicial⁷. Los tribunales híbridos se desarrollaron como una respuesta al costo y a la distancia física de los tribunales ad hoc y debido a la impunidad o sesgo perpetuados por los procedimientos domésticos. Estos tribunales no han seguido un modelo particular, pero todos están ubicados dentro del país en el que las atrocidades tuvieron lugar; están compuestos por personal local e internacional; utilizan un conjunto de normas sustantivas y de procedimiento basadas en los estándares nacionales e internacionales; y son apoyados financieramente, en su totalidad o de manera parcial, por la comunidad internacional.

³ Ídem.

⁴ Sobre la definición del Estado de derecho en el contexto de la consolidación de la paz, véase Lekha Sriram, Chandra, Olga Martin-Ortega y Johanna Herman, *Promotion Rule of Law: from Liberal to Institutional Peacebuilding*, en Lekha Sriram, Chandra, Olga Martin-Ortega y Johanna Herman (eds.), *Peacebuilding and Rule of Law in Africa: Just Peace?* Londres- Nueva York, Routledge, 2010.

⁵ Pulver, Rober, *Rule of Law, Peacekeeping and the United Nations*, en *Peacebuilding and Rule of Law in Africa: Just Peace?*, ibid. Además de la justicia penal, las operaciones de paz se dedican a una amplia gama de cuestiones no penales, desde reforma constitucional hasta tenencia de la tierra, procesos de identificación y de la ciudadanía.

⁶ Sobre los tribunales híbridos en general, véase Lekha Sriram, Chandra, Olga Martin-Ortega y Johanna Herman, *War, Conflict and Human Rights*. Londres- Nueva York, Routledge, 2009, pp. 195-213.

⁷ Dickinson, Laura A., *The Promise of Hybrid Courts*, en *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 307.

La mezcla de componentes nacionales e internacionales ha sido vista como la más apropiada para atender las necesidades de los países que salen de un conflicto⁸, y tiene el potencial de incluir lo “mejor de ambos mundos” en el intento de promover la justicia⁹. El componente internacional está pensado para garantizar juicios expeditos, imparcialidad, experiencia y cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos y derecho penal internacional¹⁰. El hecho de tener lugar en los países donde se cometieron las atrocidades proporciona ventajas al personal nacional, pues están familiarizados con el idioma, el territorio y el comportamiento social de los implicados en los procesos, con una mayor accesibilidad a pruebas y testigos¹¹.

Desde la perspectiva de la justicia transicional, los juicios que tienen lugar dentro del marco de los tribunales híbridos, y por lo tanto en concordancia con estándares internacionales, podrían contribuir a la reconstrucción social en una sociedad en posconflicto. Los argumentos a favor de los beneficios de una actuación judicial van desde que permite la creación de un registro oficial de los crímenes cometidos por los individuos en juicio y otros hechos relacionados con el conflicto, hasta la exoneración de responsabilidades a comunidades enteras mediante la individualización de la culpa y la generación de un efecto catártico para las víctimas¹². Sin embargo, algunos expertos sostienen que no hay evidencia empírica que respalde tales beneficios¹³. Igualmente, los juicios podrían desestabilizar políticamente a la sociedad si determinadas comunidades o grupos se sienten blanco de la acción penal o si las víctimas no consideran que sus reclamos están siendo reparados¹⁴.

Desde la perspectiva de consolidación de la paz, estos tribunales tienen un potencial impacto positivo en el sistema de justicia nacional y el respeto de los derechos humanos por parte de las instituciones públicas nacionales¹⁵. Los

⁸ Lekha Sriram, Chandra, *Globalizing Justice for Mass Atrocities: A Revolution in Accountability*. Londres- Nueva York, Routledge, 2006, p. 80

⁹ Dougherty, Beth, Right-sizing International Justice: The Hybrid Experiment at the Special Court for Sierra Leone, en *International Affairs*, vol. 80, p. 311, 2004.

¹⁰ Cassese, Antonio, The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality, en Cesare Romano, André Nollkaemper y Jann Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford University Press, 2004, p. 6

¹¹ Ídem.

¹² Véase, en general, Orentlicher, Diane F., Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, en *Yale Law Journal*, vol. 1000, 1991, p. 2.537; Landsman, Stephan, Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1999, p. 81; Scharf, Michael P., Justice for Peace: The Contemporary Law and Policy Debate, en Edel Hughes, William A. Schabas y Ramesh Thakur (eds.), *Atrocities and International Accountability: Beyond Transitional Justice*. Tokio-Nueva York-París, United Nations University Press, 2007, p. 251.

¹³ Véase, en general, Stover, Eric y Harvey Weinstein, *My Neighbor, My Enemy*. Cambridge University Press, 2004.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Orentlicher, ob. cit., y Landsman, ob. cit.

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Maximizing the Legacy of Hybrid Courts* 1, U.N. Doc. HR/

defensores de estas instituciones sostienen que los tribunales híbridos tienen el potencial de impactar los sistemas nacionales de justicia mediante el fortalecimiento de sus organismos de justicia y el fomento de procesos más justos¹⁶. Además, estos podrían producir un significativo efecto indirecto, contribuyendo a la formación democrática-jurídica del personal local¹⁷. La creación de capacidades locales y la provisión de mejores instalaciones y mayores recursos financieros pueden garantizar que surjan estándares altos después de finalizado el trabajo del tribunal. También pueden contribuir a ampliar los programas de reforma legal en el país¹⁸. Por esto, su trabajo no sólo asegura a las víctimas, a los victimarios y al público en general que no habrá impunidad total para aquellos que son responsables de perpetrar crímenes de guerra, sino que también, el hecho de mantener procedimientos imparciales y de conformidad con la ley, podría tener un efecto demostrativo sobre los procedimientos estrictamente nacionales. Esto puede aumentar la confianza del público en la justicia y en las instituciones nacionales y reforzar el proceso democrático¹⁹.

Pero como se destaca en este capítulo, es importante recordar las limitaciones de los tribunales internacionalizados y no establecer objetivos o expectativas poco realistas²⁰. Lo que muchos expertos parecen olvidar es que, en primer lugar, el objetivo general de estos tribunales es llevar a cabo acciones penales. Si se reconocen sus limitaciones y se plantean objetivos realistas, los tribunales híbridos pueden contribuir a ampliar la estrategia de promoción del Estado de derecho, especialmente con la amplia gama de recursos y la experiencia que tienen a su disposición²¹.

II. Los tribunales híbridos en Bosnia-Herzegovina y Camboya, y el contexto del Estado de derecho

A. El establecimiento de los tribunales

El establecimiento de la WCC surgió de una decisión firme de la comunidad internacional con el acuerdo de las autoridades nacionales²², mientras que el desarrollo de las ECCC fue un proceso mucho más largo y difícil. Las dos son instituciones

PUB/08/2, 2008; Stromseth, Jane, *Justice on the Ground: Can International Criminal Courts Strengthen Domestic Rule of Law in Post-Conflict Societies*, en *The Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 1, 2009, p. 87.

¹⁶ Stromseth, Jane, *Pursuing Accountability for Atrocities After Conflict: What Impact on Building the Rule of Law?*, en *Georgetown Journal of International Law*, vol. 38., 2007, p. 266.

¹⁷ Cassese, ob. cit., p. 6.

¹⁸ Stromseth, *Justice on the Ground*, ob. cit., pp. 94-97.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 92-94.

²⁰ Stromseth, *Pursuing Accountability*, ob. cit., pp. 221-22.

²¹ *Idem.*; Stromseth, *Justice on the Ground*, ob. cit., p. 94; OACNUDH, ob. cit.

²² Acuerdo entre el Alto Representante para Bosnia-Herzegovina y Bosnia-Herzegovina, 26 de septiembre de 2006, disponible en <http://www.hjpc.ba/secr/app-dept/app-mat/pdf/NewRegistryAgreementeng.pdf>.

nacionales con apoyo internacional; sin embargo, la WCC está concebida para convertirse en una institución nacional plenamente operativa sin ninguna presencia internacional²³. En contraste, las ECCC tienen un mandato de tres años, con participación internacional, y su jurisdicción se limita a juzgar a los principales responsables de los crímenes cometidos por los Jémeres Rojos (Khmer Rouge).

Los juicios por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en Bosnia-Herzegovina se han desarrollado en tres niveles: el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el WCC y tribunales nacionales, tanto para el nivel distrital como de cantón o provincial²⁴. Juntos manejan miles de casos. El TPIY concluiría sus operaciones en 2013²⁵, y como parte de su estrategia de cierre ha transferido sus funciones a los tribunales nacionales, incluida la transferencia a Bosnia-Herzegovina de seis casos relativos a diez acusados. La WCC se estableció como una respuesta a la necesidad de concluir las funciones del TPIY y al hecho de que la actividad judicial netamente nacional había creado serios problemas en términos del cumplimiento de estándares de justicia internacional y de potencial desestabilización y agravación de las tensiones étnicas en el país²⁶. La WCC fue creada como parte de la Unidad Penal de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina, institución híbrida pero concebida para llegar a ser un tribunal nacional en el curso de cinco años. La Cámara para Crímenes de Guerra fue inaugurada oficialmente el 9 de mayo de 2005 y abrió su primer proceso en septiembre de ese año.

El hecho de que la WCC llegue a convertirse en tribunal nacional es una innovación, en comparación con los paneles mixtos en la vecina Kosovo o con el Tribunal Especial de Sierra Leona, que pretendían asegurar una mayor apropiación nacional de la institución así como del proceso de juzgamiento de los crímenes de guerra.

La Corte Estatal debía convertirse en una institución totalmente nacional financiada con el presupuesto de la nación en diciembre de 2009. Sin embargo, muchos pidieron que el mandato internacional y el apoyo se ampliaran. Esto se debió principalmente a los riesgos percibidos, tanto de ataques políticos como a la

²³ Ídem. El acuerdo original estableció el Consejo de Transición para asesorar y coordinar la transición del Registro en las instituciones nacionales (art. 4) y disposiciones para integrar el personal de registro y de la propiedad (art. 7).

²⁴ El acuerdo de paz de Dayton estableció la actual división territorial y administrativa de Bosnia-Herzegovina en dos entidades políticas: la República Srpska, la Federación de Bosnia-Herzegovina, y el distrito autónomo de Breko. Cada entidad tiene su propia estructura gubernamental y de poder judicial. La Federación de Bosnia-Herzegovina está dividida en diez cantones.

²⁵ Véase ICTY, *Completion Strategy (Estrategia de finalización)*, <http://www.icty.org/sid/10016>.

²⁶ Los intentos de enjuiciamiento de crímenes de guerra en los primeros años de la posguerra estuvieron teñidos por el miedo a la parcialidad, especialmente en los territorios monoétnicos, donde los tribunales nacionales carecían de independencia frente a los partidos políticos nacionalistas dominantes y las detenciones arbitrarias eran comunes. Véase, por ejemplo, *Justice at Risk: War Crimes Trials in Croatia, Bosnia and Herzegovina and Serbia and Montenegro*, Human Rights Watch, 2004; *War Crimes Trials Before the Domestic Courts of Bosnia and Herzegovina: Progress and Obstacles*, OSCE Mission to BiH, 2005. Esta parcialidad llevó a la creación de un sistema de supervisión por parte del TPIY sobre la Fiscalía Nacional, llamado "Las reglas del camino" (*Rule of the Road*).

incertidumbre sobre la financiación de las actividades. Este asunto se convirtió en un factor político altamente contencioso debido a la decisión ejecutiva de la Oficina del Alto Representante –mecanismo ad hoc encargado de la implementación de los acuerdos de paz de Bosnia-Herzegovina– de imponer esta medida. El mandato de los jueces y fiscales internacionales adscritos a la Cámara de Crímenes de Guerra se extendió hasta diciembre de 2012²⁷.

El establecimiento de las ECCC tomó muchos años de difíciles negociaciones sobre la naturaleza de la participación internacional. Antes de su establecimiento hubo pocas tentativas de la justicia contra los miembros de los Jémeres Rojos²⁸. La cuestión de rendición de cuentas por las violaciones de los derechos humanos no se trató realmente hasta 1997, cuando la ONU designó a un grupo de expertos y publicó su informe sobre las responsabilidades por los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática. El grupo de expertos encontró que debido a los problemas en el sistema judicial nacional camboyano –como la interferencia del Gobierno, la corrupción y la falta de capacidad– un tribunal penal internacional sería la mejor opción²⁹. El informe también recomendó que el tribunal estuviese ubicado fuera de Camboya³⁰.

Sin embargo, el primer ministro camboyano Hun Sen quería limitar la participación internacional en un tribunal, y el Gobierno Real de Camboya (RGC por su sigla en inglés) se negó a cooperar con cualquier forma de tribunal por fuera del país, lo que llevó a un período de estancamiento de las negociaciones³¹. Finalmente, la propuesta de un modelo híbrido parecía dar paso a un compromiso³². Sin embargo, la ONU y el RGC tenían opiniones muy diferentes sobre el tribunal híbrido, lo que llevó a otros siete años de arduas negociaciones. El RGC quería una mayoría de jueces camboyanos, mientras que la ONU quería una composición mayoritaria internacional³³. La ONU esperaba evitar una situación en la que los jueces camboyanos potencialmente podían ignorar a los jueces internacionales, con el fin de eludir cualquier tipo de influencia indebida o interferencia por parte del Gobierno.

²⁷ Oficina del Alto Representante en Bosnia-Herzegovina (OHR), *Decisión sobre el acto que reforma la Ley sobre la Corte de Bosnia-Herzegovina*, n.º. 19/09, Gaceta Oficial de Bosnia-Herzegovina, n.º. 97/09, 14 de diciembre de 2009.

²⁸ En 1979 Pol Pot y Ieng Sary fueron encontrados culpables de genocidio en ausencia, el juicio fue considerado como un gran show que no siguió las normas del debido proceso. Véase Linton, Suzannah, *Putting Cambodia's Extraordinary Chambers into Context*, *Singapore Year Book of International Law*, vol. 11, 2007, p. 211.

²⁹ ONU, *Report of the Group of Experts for Cambodia Established Pursuant to General Assembly Resolution 52/135*, U.N. Doc. A/53/850, S/1999/231 Anexo, 16 de marzo de 1999, párr. 178-79.

³⁰ *Ibid.*, párr. 171.

³¹ Hammarberg, Thomas, *Efforts to Establish a Tribunal Against the Khmer Rouge Leaders: Discussions Between the Cambodian Government and the UN*. Ponencia presentada en el seminario organizado por el Instituto Sueco de Asuntos Internacionales y el Comité Sueco para Vietnam, Laos y Camboya sobre la propuesta de juicio contra los líderes del Khmer Rouge, responsables de crímenes de lesa humanidad, Estocolmo, 29 de mayo de 2001 (el archivo lo conservan las autoras), p. 13.

³² *Ibid.*, p. 16.

³³ *Ibid.*, p. 19.

Partiendo de una propuesta de los Estados Unidos, se determinó que todas las decisiones se harían sobre la base de una súper mayoría³⁴. La regla de súper mayoría significaba que al menos un juez extranjero tendría que estar de acuerdo con los jueces camboyanos y habría al menos un nivel básico de consenso. La ONU no estaba contenta con esta propuesta, pero al final, la presión de algunos de los Estados miembros para comprometer el Acuerdo entre la ONU y el RGC respecto del juzgamiento penal bajo ley camboyana de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática llevó a que éste fuera firmado por las Naciones Unidas y el RGC en junio de 2003, y aprobado por la Asamblea Nacional y el Senado en octubre de 2004.

B. Composición y funcionamiento de los tribunales

Estas breves referencias demuestran que las motivaciones de cada tribunal híbrido son diferentes, lo que se refleja en su composición. La WCC pretende garantizar que el procesamiento interno dependa de las normas internacionales, pero hace parte de una estrategia más amplia y de un número de instituciones híbridas diseñadas para fortalecer el Estado de derecho y crear capacidades locales³⁵. Como se ejemplifica con el requisito de súper mayoría, con las ECCC la principal preocupación fue el riesgo de reproducción de los problemas del sistema interno, como la interferencia política y la corrupción.

La WCC tiene cinco paneles de primera instancia y dos paneles de apelación compuestos por tres jueces cada uno. La composición inicial de las salas fue de dos jueces internacionales y uno nacional, siendo este último el presidente de la sala, pero en el 2008, esto cambió a un juez internacional y dos jueces nacionales. Esta transición fue planeada desde el principio³⁶. A enero de 2010, existían 41 jueces nacionales y siete internacionales. Los fiscales internacionales, por su parte, han sido desde el principio la minoría con respecto a los fiscales nacionales, aunque el jefe del Departamento Especial de Crímenes de Guerra de la Oficina del Fiscal (OTP por su sigla en inglés) y fiscal general adjunto era hasta hace poco un funcionario internacional³⁷. En su composición, la WCC y el Departamento Especial de la OTP representan a los tres principales grupos étnicos en el país³⁸. El Registro fue originalmente un órgano

³⁴ Ibid., p. 22.

³⁵ Otras instituciones de composición mixta son el Alto Tribunal Estatal en materia de Crímenes de Guerra, Crimen Organizado y Delitos Económicos y Corrupción de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina, el Alto Consejo Judicial y Fiscal, la Corte Constitucional y la hoy extinta Comisión de Derechos Humanos.

³⁶ OHR, *War Crimes Chamber Project. Project Implementation Plan. Registry Project Report*, 2004, p.8.

³⁷ Todos los fiscales internacionales, incluyendo el jefe del Departamento Especial, dejaron la OTP en diciembre de 2010, aunque su mandato fue ampliado a última hora.

³⁸ Sin embargo, hay quejas en el sentido de que hay una mayor representación de bosnios entre el personal de los tribunales. Este hecho podría explicarse en términos demográficos, pues son la mayoría de la población de Sarajevo y no hay disposiciones para subvencionar el traslado de personal y sus familias desde otras partes del país.

separado bajo liderazgo internacional, que más tarde se integraría a la Corte Estatal y actualmente está compuesto por personal nacional. Por último, la Oficina de Defensa (OKO), tenía un director internacional y un director adjunto hasta mayo de 2007, cuando un abogado nacional asumió el rol de director.

La Sala de Cuestiones Preliminares y la Sala de Juicio de las ECCC están compuestas por cinco jueces (tres de Camboya y dos internacionales). Para que estas dos cámaras obtengan un voto afirmativo necesitan el apoyo de cuatro jueces para obtener la “súper mayoría”. La Sala de la Corte Suprema tiene siete jueces (cuatro camboyanos y tres internacionales) con cinco votos necesarios para obtener la “súper mayoría”. Además de dos co-fiscales (uno camboyano y uno internacional), también hay dos conjuces de instrucción (uno camboyano y uno internacional). La Sección de Soporte a la Defensa (DSS por su sigla en inglés), la Oficina de Administración y la Unidad de Víctimas tienen una combinación de personal tanto internacional como camboyano³⁹.

El mandato de las ECCC es:

Llevar a juicio a altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a los principales responsables de los crímenes y de las graves violaciones de la ley penal camboyana, el derecho internacional humanitario y las convenciones nacionales e internacionales reconocidas por Camboya, que fueron cometidas entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979⁴⁰.

Las ECCC comenzaron a operar en febrero de 2006 y debido a que tienen un mandato muy diferente al de la WCC, sólo un número muy limitado de acusados está siendo juzgado. Mientras que la WCC tiene jurisdicción sobre un gran número de delitos –los crímenes contenidos en el Código Penal de Bosnia-Herzegovina el cual específicamente penaliza crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra–, en Camboya sólo cinco personas están siendo juzgadas en las Cámaras Extraordinarias. La WCC ha emitido 70 veredictos, la mitad de estos en segunda instancia, entre septiembre de 2005 y febrero de 2010, y 118 acusados tienen casos pendientes⁴¹. Estas cifras son muy significativas si se comparan con el número de casos que abordó el TPIY⁴². En Bosnia-Herzegovina parece haber la intención de enjuiciar a los autores de tantos crímenes como sea posible, con la Estrategia Nacional de Enjuiciamiento de Crímenes de Guerra, teniendo en cuenta que

³⁹ La DDS está encabezada por un extranjero, la Unidad de Víctimas por un nacional camboyano y la Oficina de Administración cuenta con un director camboyano y un subdirector extranjero.

⁴⁰ *La Ley para el establecimiento de las Cámaras Extraordinarias*, con la inclusión de enmiendas, fue promulgada el 27 de octubre de 2004, cap. I, art. 1.

⁴¹ Los datos fueron proporcionados por la sección de Información y Divulgación Pública (PIOS) a las autoras en febrero de 2010.

⁴² El TPIY ha acusado a 161 personas y ha llevado a cabo 120 procedimientos en 89 casos desde 1993. *ICTY Key Figures*, <http://www.icty.org> [último acceso el 11 de febrero de 2009].

que 6.000 personas permanecían bajo investigación en 2008⁴³. Sin embargo, en Camboya hay controversia con respecto a los intentos por aumentar el número de procesados. El caso de Kaing Guek Eav o Duch se conoce como caso 001, y los otros cuatro acusados, Ieng Sary, Ieng Thirith, Khieu Samphan y Nuon Chea serán juzgados al mismo tiempo en el caso 002⁴⁴.

Una interesante característica de ambos tribunales es que combinan elementos de procedimiento tanto de derecho continental europeo como de derecho anglosajón. En Bosnia-Herzegovina, la reforma del Código Procesal Penal introdujo elementos de derecho anglosajón tales como el cambio de un procedimiento penal inquisitivo a uno acusatorio, desplazando por tanto la investigación de un caso del juez al fiscal. Esto ha significado otros cambios tales como la introducción de los acuerdos de aceptación de culpabilidad (*plea agreements*) o el contrainterrogatorio de testigos, procedimientos que eran hasta el momento desconocidos para el sistema jurídico de Bosnia. En Camboya, la puesta en marcha de las ECCC ha reflejado el sistema nacional de derecho continental europeo, y ciertos elementos de éste han sido utilizados por primera vez en un tribunal híbrido, lo que lo hace particularmente único. Estos incluyen la presencia de dos jueces de investigación (además de dos fiscales) y la posibilidad de participación de las víctimas como *parties civiles* durante el juicio, o para hacer denuncias. Otra innovación de las ECCC consistió en que pueden conceder reparaciones colectivas o morales a las víctimas.

C. El Estado de derecho en Bosnia-Herzegovina y Camboya

La guerra en Bosnia tuvo un impacto significativo en el sistema de justicia: la distribución étnica de profesionales previa a la guerra fue distorsionada por la reubicación de jueces y fiscales, mientras el número de jueces fue duplicado por nombramientos con sesgo étnico y político⁴⁵. Al final de la guerra, no sólo hubo

⁴³ Según la Estrategia Nacional de Enjuiciamiento de Crímenes de Guerra, aprobada en diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros de Bosnia-Herzegovina, hay 10.000 sospechosos, de los cuales 6.000 permanecen bajo investigación activa. El primer objetivo es avanzar en los casos relacionados con los crímenes de guerra más complejos dentro de los siete años siguientes a la adopción de la estrategia, y el resto de los casos dentro de quince años. *National War Crimes Strategy* adoptada por el Consejo de Ministros de Bosnia-Herzegovina el 28 de diciembre de 2008, reproducida en Bergsmo, Morten et ál., Forum for International Criminal and Humanitarian Law, *The Backlog of Core International Crimes Case Files in Bosnia and Herzegovina*. Anexo 2, 2009.

⁴⁴ Duch fue el jefe de la prisión S-21, donde miles de personas fueron torturadas y asesinadas. Es acusado de crímenes contra la humanidad y violaciones graves de los convenios de Ginebra. Ieng Sary fue el Primer Ministro y ministro de Relaciones Exteriores durante la Kampuchea Democrática y Ieng Thirith, su esposa, fue ministra de Acción Social; Khieu Samphan fue presidente de la Kampuchea Democrática, y Nuon Chea, el segundo al mando del régimen de Pol Pot y conocido como “Hermano Número Dos”. Todos son acusados de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y, recientemente, genocidio.

⁴⁵ PNUD, Early Warning System Special Edition, *Justice and Truth in Bosnia-Herzegovina. Public perceptions*, 2006, p. 8; Doyle, Michael H., Too Little, Too Late? Justice and Security Reform in Bosnia and Herzegovina, en Charles T. Call (ed.), *Constructing Justice and Security After War*. Washington, United States Institute of Peace, 2007, p. 248.

una acumulación masiva de casos sino que el poder judicial se convirtió en un instrumento de discriminación étnica mediante la aplicación de leyes de forma parcial y política⁴⁶. La influencia de los partidos políticos nacionalistas en la judicatura y la fiscalía, sectores que estaban abiertos a la corrupción, fue notoria antes y después de la guerra⁴⁷. Por tanto, el público en general tenía una gran desconfianza en las instituciones judiciales.

Si bien la promoción del Estado de derecho estuvo abandonada en las primeras etapas de reconstrucción posteriores al conflicto en Bosnia-Herzegovina, ésta empezó a hacer parte de la agenda internacional en 1998, cuando se creó el Programa de Evaluación de Sistemas Judiciales de las Naciones Unidas, y de manera más sistemática desde 2002, cuando la Oficina del Alto Representante presentó su estrategia para la reforma del sector de la justicia⁴⁸. Las reformas más importantes incluyeron la depuración y la designación de nuevo personal judicial, el establecimiento de órganos independientes para el nombramiento y la supervisión de jueces y fiscales, la aprobación de los nuevos Código Penal y de Procedimiento Penal a nivel estatal, la aprobación de una ley de protección de testigos y el establecimiento de la Corte Estatal con jurisdicción en toda Bosnia-Herzegovina. El Alto Consejo Judicial y Fiscal fue establecido como el cuerpo de Estado a cargo de la designación y la disciplina de jueces y fiscales, incluyendo desde el 2006 a los internacionales. La WCC fue creada como una sección de la Corte Estatal, en el marco de esta amplia reforma judicial del país, en particular como parte de los esfuerzos para dotar al sistema de justicia de las herramientas y la capacidad para procesar y realizar juicios por crímenes de guerra, de conformidad con los estándares internacionales⁴⁹. Por esto, la WCC no fue exclusivamente creada como parte de la estrategia de cierre del TPIY.

En los últimos 15 años, Camboya ha entrado en un período de estabilidad marcado por un fuerte crecimiento económico. El gran apoyo internacional que ha recibido el país se refleja en los 5 mil millones de dólares desembolsados entre 1991 y 2002. A pesar de toda esta asistencia extranjera, Camboya enfrenta aún una grave crisis política ejemplificada en la falta de prácticas democráticas, la corrupción generalizada, el legado de impunidad y la precaria situación de derechos humanos. Tras la devastación que causaron los Jémeres Rojos, la profesión legal en el país fue diezmada⁵⁰. Se avanzó muy poco hasta 1998 cuando el RGC estableció una política judicial y legal centrada en el fortalecimiento de la independencia del

⁴⁶ Doyle, ob. cit., p. 248; International Crisis Group, *Courting Disaster: The Misrule of Law in Bosnia & Herzegovina*, Europe Report, n° 127, 25 de marzo de 2002.

⁴⁷ Misión de las Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina (UNMIBH), *Judicial Assessment Programme, Political Influence: The Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina*, Thematic Report n° 9, noviembre de 2000.

⁴⁸ OHR, *Jobs and Justice: Our Agenda*, 2002.

⁴⁹ OHR, *War Crimes Chamber Project*, ob. cit.

⁵⁰ Frederick Brown (ed.), *Rebuilding Cambodia: Human Resources, Human Rights, and Law*. Washington D.C., Johns Hopkins University Foreign Policy Institute, 1993, p. 69

poder judicial, la justicia, la confianza y el respeto de la ley⁵¹. El primer Ministro Hun Sen declaró que la consolidación del Estado de derecho sería una prioridad, con el fin de establecer un fuerte y sostenible poder político en la sociedad⁵². El Consejo de Reforma Jurídica y Judicial fue establecido en 2002 para supervisar la aplicación de la política y el programa de reforma a la justicia⁵³. En abril de 2005 fue adoptado un plan de acción para la aplicación de la reforma legal y judicial con el siguiente objetivo: “el establecimiento de un sector legal y judicial estable y creíble que defienda los principios de los derechos de la persona, el Estado de derecho y la separación de poderes en una democracia liberal, que promueva el sector privado y conduzca al crecimiento económico”⁵⁴. Sin embargo, a pesar de estas estrategias y objetivos, los Representantes Especiales del Secretario General de la ONU para la situación de los derechos humanos en Camboya han criticado al RGC por su pobre historial en materia de consolidación del Estado de derecho, y porque muy pocas de sus recomendaciones han sido implementadas⁵⁵. En 2006, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos declaró que la reforma de la corte era el asunto más importante del país y que requería de progreso⁵⁶.

Aunque ha habido una gran cantidad de recursos dedicados a la promoción del Estado de derecho⁵⁷, existen problemas graves relacionados con la independencia de la Fiscalía y la judicatura. Por ejemplo, es bien sabido que los jueces aceptan sobornos o tienen que someterse a interferencias políticas. Los problemas en el sistema judicial son emblemáticos en la etapa de posconflicto en Camboya y son inherentes al sistema político donde el poder se basa en el patronazgo⁵⁸. También en grave la falta de recursos materiales y humanos⁵⁹. Con tales problemas fundamentales en el sector judicial, existen grandes posibilidades de trabajo para impactar de manera positiva el débil Estado de derecho en el país. De hecho, la

⁵¹ Council for Legal and Judicial Reform, Office of the Council of Ministers, *Bulletin: Legal and Judicial Reform*, n° 01, octubre-diciembre de 2008, p. 8.

⁵² Ídem.

⁵³ Íbid., p. 4.

⁵⁴ Íbid., p. 3.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Yash Ghai, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Technical Assistance and Capacity-building: Report of the Special Representative of the Secretary-General for Human Rights in Cambodia*, U.N. Doc. A/HRC/7/42, 29 de febrero de 2008; Peter Leuprecht, Special Representative of the Secretary-General for Human Rights in Cambodia, *Continuing Patterns of Impunity in Cambodia*, 2005.

⁵⁶ Íbid., párr. 8.

⁵⁷ Hay muchos donantes activos en materia de promoción del Estado de derecho. El Programa de Derecho y Justicia es financiado por Usaid e implementado por el Instituto de Administración Este-Oeste y la American Bar Association, <http://www.ewmi-praj.org>. El Proyecto de Asistencia de Justicia Penal de Camboya es un proyecto de AusAid para mejorar la prestación de servicios a través de los sectores jurídicos y judiciales, <http://www.ccjap.org.kh>. El PNUD tiene el proyecto Acceso a la Justicia para cerrar la brecha entre los sistemas de justicia formal e informal, <http://www.un.org.kh/undp>.

⁵⁸ Un, Kheang, *The Judicial System and Democratization in Post-Conflict Cambodia*, en Øjendal, Joakim y Mona Lilja (eds.), *Beyond Democracy in Cambodia*. Copenhagen, NIAS Press, 2009, p. 95.

⁵⁹ Íbid., p. 75.

mayoría de los donantes justifican su apoyo financiero a las ECCC afirmando que mejorará el Estado de derecho en Camboya⁶⁰.

III. El impacto de los tribunales híbridos en Bosnia-Herzegovina y Camboya

A. El impacto de la WCC y las ECCC en los sistemas de justicia domésticos

1. Impacto general sobre el sistema de justicia

Una aplicación sistemática de la ley y el coherente desarrollo jurisprudencial son claves para el establecimiento de procedimientos regulados y la implementación de normas de una manera justa. En este sentido, la Corte Estatal en Bosnia-Herzegovina juega un papel importante en el desarrollo de nuevas prácticas judiciales en virtud de las reformadas leyes y procedimientos penales referidos anteriormente. En nuestra opinión, esto ha tenido un impacto positivo en el sistema de justicia y ha mejorado la percepción sobre la aplicación de normas y procedimientos de manera imparcial y profesional. Sin embargo, este impacto disminuye en la medida en que se trata de un tribunal muy especializado con competencias delimitadas, por lo que no es posible su interacción en el día a día con el resto del sistema judicial nacional. También, la WCC aplica unos códigos penal y de procedimiento penal diferentes al del resto de las cortes en la judicialización de crímenes de guerra. Mientras la WCC aplica los nuevos códigos ya reformados, los tribunales distritales y cantonales emplean el Código Penal de la antigua Yugoslavia. Adicionalmente, han surgido tensiones y disputas sobre la jurisdicción y los recursos con respecto a los tribunales a nivel local que participan en el enjuiciamiento de las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el conflicto, que son los únicos que tendrían que tener una relación de trabajo con la WCC⁶¹.

En Camboya, las ECCC enfrentan un verdadero reto en el intento de cambiar la cultura del sistema jurídico interno. La naturaleza politizada del aparato judicial indica que la percepción es que la mayoría de los jueces sirve a los intereses de los partidos políticos⁶². Las decisiones judiciales, que tienden a ser muy breves, suelen incluir poco razonamiento jurídico y los juicios por delitos graves pueden incluso

⁶⁰ Por ejemplo, Japón, el mayor donante del tribunal, afirma que el proceso de las ECCC promoverá la democracia, el Estado de derecho y el buen gobierno en Camboya. Embajada de Japón, Japanese Assistance for the project to enhance judicial process of the ECCC, *Japanese ODA News*, 17 de junio de 2008.

⁶¹ Ivanešević, Bogdan, *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*. Nueva York, ICTJ, 2008.

⁶² Un, Kheang, ob. cit., p. 88.

durar sólo una hora. Por tanto, muchos observadores internacionales han afirmado que sería un verdadero logro el hecho de poder transmitir mensajes básicos a través del sistema interno relacionados con los principios de un juicio justo, derechos de la defensa y sobre la forma en que la Fiscalía debe presentar un caso. Además, por el hecho de no existir una tradición de cultura jurídica escrita, el uso de documentos legales en las ECCC podría tener un impacto ejemplarizante importante.

Sin embargo, dos cuestiones podrían disminuir este potencial efecto positivo. En primer lugar, las ECCC y el sistema judicial nacional no son ni siquiera comparables en términos de recursos, lo cual es relevante para evaluar si los elementos de trabajo de la Corte pueden ser transferidos al sistema doméstico. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia cuenta con una proporción del uno por ciento del presupuesto de las ECCC para destinar entre 25 tribunales de todo el país, y es difícil prever cómo replicar prácticas tales como la administración computarizada de casos al sistema interno. En segundo lugar, la falta de voluntad política para consolidar el Estado de derecho por parte del RGC con el fin de continuar controlando la gestión del poder judicial es un obstáculo significativo para cualquier progreso⁶³. Este bloqueo fundamental por parte del Ejecutivo significa que cualquier intento de las ECCC por impactar el Estado de derecho, aunque podría surtir algún cambio positivo, no conseguiría constituir el necesario cambio estructural⁶⁴.

El impacto de los tribunales híbridos en el sistema nacional de justicia ha sido considerablemente diferente en cada uno de estos dos países. Sin embargo, ambas experiencias demuestran las dificultades para impactar la cultura judicial o tratar de dar forma a una “cultura del Estado de derecho”⁶⁵. Igualmente, estas experiencias muestran cómo el intento de los tribunales híbridos de involucrarse con la (re)construcción del Estado de derecho necesita ser realista y necesariamente limitado en su alcance, en lugar de buscar impactar de una manera amplia.

2. Generación de capacidades locales y formación

Tanto en Bosnia-Herzegovina como en Camboya se esperaba que la experiencia de los jueces y abogados internacionales, algunos de los cuales han trabajado en otros tribunales internacionales o en cortes de más alto nivel en sus propios países, contribuyera a la capacitación de jueces y abogados domésticos. La generación de capacidades locales y su impacto en el sistema judicial nacional es un argumento a favor de los tribunales híbridos en general⁶⁶. Esta capacitación podría darse potencialmente de dos formas complementarias: 1) el personal internacional comparte habilidades y conocimientos con el personal nacional dentro de la Corte

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Stromseth, Jane, David Wippman y Rosa Brooks, *Can Might Make Rights? Building the Rule of Law After Military Interventions*. Cambridge University Press, 2007, p. 310-16.

⁶⁶ Dickinson, ob. cit., p. 307.

a través del trabajo cotidiano y de formación específica por áreas o que incluye a toda la institución, y 2) el personal internacional, y la Corte como institución, entrenan o se relacionan con los actores judiciales nacionales por fuera de esta última. A continuación examinaremos ambos métodos.

a. Creación de capacidades y entrenamiento dentro de la institución

El desarrollo de las capacidades profesionales en las instituciones judiciales se da tanto por medio de la capacitación formal como a través de las actividades cotidianas y la interacción entre el personal. En Bosnia-Herzegovina, la presencia de personal internacional ha sido particularmente importante en términos de la administración de la Corte y para la implementación de figuras jurídicas específicas que han sido introducidas en el ordenamiento jurídico del país. El sentimiento general es que ha habido un proceso de aprendizaje conjunto, más que un ejercicio de enseñanza directa de los funcionarios internacionales a los locales. No obstante, se ha manifestado cierto descontento en el hecho de que algunos de los integrantes del equipo internacional no han sido capacitados necesariamente en derecho internacional humanitario y crímenes internacionales⁶⁷. La Corte tiene ahora su propio Comité de Educación Judicial, integrado por seis nacionales y dos internacionales, con competencia sobre las necesidades educativas en la institución⁶⁸. El establecimiento de la Escuela Judicial significó un importante avance en materia de capacitación. Fue creada por iniciativa de dos jueces internacionales en el 2006⁶⁹, y lleva a cabo talleres anuales especializados, por fuera de Sarajevo, en los que jueces, funcionarios jurídicos y otros integrantes de la Corte pueden trabajar y socializar entre ellos, promover el intercambio de conocimiento y la construcción en equipo. Los temas que abarca por la Escuela Judicial incluyen eficiencia, credibilidad de los testigos y jurisdicción de la Corte. Es el personal nacional el que selecciona los temas de discusión de mayor interés. Éste ha sido un ejercicio importante de delegación de responsabilidad por parte del personal internacional al nacional⁷⁰. La Oficina

⁶⁷ En Bosnia-Herzegovina tres jueces habían trabajado como fiscales en el TPIY y otro juez había trabajado con los paneles de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK).

⁶⁸ Los jueces internacionales tomaron la iniciativa de crear un Comité Judicial de Educación que se hiciera cargo de la organización de la Escuela Judicial. El Comité fue aprobado por el presidente y se estableció en 2008, con la jueza internacional Whalen, como su directora. Los miembros del Comité se reúnen regularmente para discutir las necesidades educativas de la Corte, proyectar las diversas solicitudes de financiación y formación que se ofrece por parte de los donantes, desarrollar criterios para quienes deben asistir a los cursos de capacitación ofrecidos y también supervisa la educación para los oficiales jurídicos.

⁶⁹ La Escuela Judicial, basada en el modelo de la Escuela Judicial de Vermont, comenzó bajo el impulso de la jueza Fisher y más tarde fue liderada por la jueza Whalen.

⁷⁰ En 2009 los nacionales asumieron la responsabilidad de la elaboración y aplicación de un 50 por ciento del programa. En 2010 y 2011, el plan es tener internacionales responsables de sólo el 25 por ciento con los nacionales totalmente responsables de la Escuela en 2012.

de Defensa (OKO) también ha ejecutado una extensa labor de formación para los abogados de la defensa.

Al iniciar las ECCC en Camboya se realizaron cursos de capacitación en derecho internacional humanitario para jueces y fiscales⁷¹. Las ECCC también han sido apoyadas por la *Open Society Justice Initiative* (OSJI) y el *Asian International Justice Initiative* (AIJI)⁷², con la capacitación en derecho internacional humanitario para el personal nacional e internacional que integra la Oficina de conjueces de Investigación y la Oficina de co-fiscales⁷³. Es importante resaltar que en las primeras etapas, la capacitación no sólo cubrió a personal nacional sino también a los jueces internacionales, ya que tan sólo algunos de ellos contaban con experiencia en otros tribunales internacionales⁷⁴. También hubo formación para los integrantes de la Sección de Apoyo a la Defensa.

La judicialización de crímenes de guerra es una práctica excepcional sobre la cual muy pocas personas tienen conocimiento; por esto, el entrenamiento formal puede ser necesario no sólo para nacionales sino también para personal internacional. Es por supuesto deseable que los miembros internacionales tengan experiencia previa y conocimiento del derecho internacional, pero en caso de que no cuenten con esta habilidad, es necesaria una capacitación formal en esta área así como en normas y procedimientos nacionales, como sucedió tanto en Camboya como en Bosnia-Herzegovina.

Otra lección que dejan ambas experiencias es que vale la pena considerar desde la fase inicial una estrategia global de enseñanza y formación en la organización, y destinar recursos adecuados para este fin. Es esencial destinar el presupuesto necesario para la formación, así como la sistemática identificación de las necesidades en formación de la organización. El caso de Bosnia-Herzegovina muestra las dificultades que puede generar depender del apoyo ad hoc de los donantes para las actividades de capacitación. En dos ocasiones, el Comité de Educación Judicial de la Corte rechazó fondos de un donante por imponer el uso de un formato que, desde el punto de vista del Comité, no conducía a alcanzar los resultados esperados. Como consecuencia, en 2008 la Escuela Judicial se desarrolló en la sede de la Corte y, según pudimos establecer en nuestras conversaciones, la experiencia fue frustrante para los jueces y demás personal de los tribunales. En 2009, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tuvo que suministrar con urgencia recursos de sus propios fondos para financiar el curso, en

⁷¹ La formación se llevó a cabo en asocio con el PNUD, la Escuela Real de Jueces y Fiscales, y la Asociación de Abogados del Reino de Camboya.

⁷² AIJI pidió a las ECCC reseñar los aspectos clave necesarios para ser cubiertos en las capacitaciones y, a continuación, llevó expertos de distintas partes del mundo para desarrollar las temáticas. El OSJI también produjo un manual sobre el derecho penal internacional.

⁷³ Chehtman, Alejandro y Ruth Mackenzie, *Capacity Development in International Criminal Justice: A Mapping Exercise of Existing Practice*. Domac, septiembre de 2009, anexo 19.

⁷⁴ De los siete jueces internacionales, sólo un juez y dos jueces de reserva habían trabajado previamente en la UNMIK, el TPIR y el TPIY.

su formato original, por fuera de Sarajevo y alejados del ambiente laboral. En las ECCC, la falta sistemática de planificación llevó a que difiera la oferta para cada área en materia de capacitación. Por ejemplo, la Sección de Soporte a la Defensa lleva a cabo una serie de iniciativas como sesiones informativas semanales para todo el personal sobre cuestiones de justicia internacional y capacitaciones para los abogados y los administradores de casos en esta dependencia⁷⁵. Sin embargo, otros departamentos no están bien organizados y sus actividades dependen de las iniciativas implementadas por los directivos.

Observando ambos casos, es evidente que la estructura de los tribunales puede ayudar o entorpecer la experiencia del personal nacional. Asegurar una productiva relación de trabajo entre el personal nacional e internacional ha sido un desafío para los otros tribunales internacionales. Por ejemplo, el *Tribunal Especial para Sierra Leona* ha sido criticado por su fracaso en distribuir responsabilidades entre el personal nacional y el internacional, y por la insuficiente integración de nacionales, ya que son muy pocos los nacionales que ocupan cargos de alta responsabilidad⁷⁶. En Bosnia-Herzegovina esto no ha sido un problema pues desde el comienzo se contó con un plan diseñado para dar un papel prominente a los jueces nacionales, y modificar la composición de las cámaras para otorgarles un mayor control, lo que permitió incrementar el sentido de pertenencia al proceso⁷⁷. En general, los jueces afirmaron en nuestras entrevistas tener buenas relaciones entre ellos y aseguraron que existe un espíritu de colaboración y trabajo.

En las ECCC, la separación entre el sector nacional e internacional ha significado que ambas partes encuentren la forma de trabajar juntas dependiendo de las circunstancias particulares. Por ejemplo, el trabajo sobre los procesos penales adicionales propuestos (véase más adelante la parte IV) sólo fue asumido por el equipo fiscal internacional, lo que es mucho trabajo para sólo la mitad de un área. Sin embargo, el personal de la sección de defensa nos aseguró que habían desarrollado un buen trabajo en equipo. Incluso, la Oficina de Administración está estructurada de manera tal que el personal de Camboya reporta al director de la oficina, que es camboyano, y el personal internacional reporta al director adjunto, que

⁷⁵ El mandato de la DSS es bastante amplio en comparación con otros tribunales. “El papel de la DSS es garantizar juicios justos a través de la representación efectiva de los acusados. La Sección es responsable de proporcionar a los acusados de menos recursos una lista de abogados que pueden defenderlos, y proporciona apoyo jurídico y administrativo a abogados asignados para trabajar en los casos, incluyendo el pago de honorarios. La DSS también actúa como vocera de la defensa en eventos de divulgación y ante los medios de comunicación, mantiene contactos con otros tribunales y ONG, organiza cursos de formación y organiza un programa de pasantía para jóvenes abogados”. Véase Defense Support Section, http://www.unakrt-online.org/07_defencesupport.htm.

⁷⁶ Cruvellier, Thierry, *From the Taylor Trial to a Lasting Legacy: Putting the Special Court Model to the Test*, Nueva York, ICTJ y Sierra Leone Court Monitoring Programme, 2009, p. 30-33.

⁷⁷ Los fiscales internacionales, por el contrario, han desempeñado un papel más visible. Como explica Ivanešević, ellos han presentado la mayoría de los casos de la regla 11 *bis* y han preparado conjuntamente con sus homólogos nacionales los casos complejos relacionados con el genocidio en Srebrenica. Véase Ivanešević, ob. cit., pp. 11-12.

es extranjero. Esta estructura no necesariamente facilita la integración cuando ésta no es promovida de manera activa dentro de un determinado departamento⁷⁸.

Se puede decir que ambos tribunales han sido exitosos respecto del objetivo de generar capacidades locales y proveer formación a su personal local. El personal local e internacional de ambos tribunales nos indicó que los integrantes nacionales han aumentado su confianza y conocimientos para desarrollar su trabajo. Aunque se planteó que existen dudas sobre si el personal nacional en Bosnia-Herzegovina ha adoptado en su totalidad las nuevas prácticas de trabajo, o si aún les faltan ciertas habilidades en la administración de los casos, algunos miembros nacionales expresaron que están listos para asumir la responsabilidad y que ya no son necesarias la experiencia y el conocimiento de los integrantes internacionales del equipo. En Camboya se nos señaló que el presidente de la Corte ha mejorado en el manejo de los procedimientos y el juicio. Algunos entrevistados aseguraron que cuando las ECCC empezaron su trabajo había una brecha de conocimiento y expectativas entre los jueces nacionales e internacionales, pero ahora comparten un lenguaje común y su relación puede ser denominada como de “colaboración”, en vez de ser entendida como una relación de generación de conocimiento.

b. Creación de capacidades y formación de actores nacionales externos

Crear capacidades entre el personal nacional que integra la institución es, quizás, lo mínimo que puede esperarse que haga cualquier tribunal híbrido en general. Garantizar que el personal nacional “aprenda del trabajo” implica tener buenas relaciones entre los equipos nacionales e internacionales, objetivo obvio en el caso de ambos tribunales. Sin embargo, el compromiso con las comunidades jurídicas y judiciales más amplias, externas a las cortes, ha sido contradictorio. Esta fue una de las críticas hechas al Tribunal Especial para Sierra Leona, el cual tuvo un impacto mínimo sobre el sistema judicial nacional debido principalmente a su aislamiento de las instituciones jurídicas nacionales⁷⁹. Esto podría ser visto como una oportunidad perdida, especialmente en un país donde las necesidades del poder judicial a nivel nacional fueron tan evidentes en términos de recursos y capacidades⁸⁰. Las experiencias de la WCC y las ECCC, a primera vista, no parecen haber alcanzado una notable mejoría en términos del compromiso con el sistema doméstico de justicia. Esto refuerza la necesidad de que los futuros tribunales

⁷⁸ La unidad de Asistencia de Naciones Unidas en los juicios contra los Jémeres Rojos (UNAKRT), que representa la cara internacional de la corte, llevó a cabo un número de evaluaciones y auditorías a lo largo de 2007, incluida una evaluación sobre la capacidad de las ECCC para adelantar procesos judiciales. El informe final se filtró a la prensa con notas que afirmaban que la naturaleza dividida de la corte fue perjudicial para su funcionamiento. Véase, por ejemplo, Kinetz, Erika, Another Delay for Justice?, en *Newsweek Web Exclusive*, 6 de octubre de 2007, disponible en <http://www.newsweek.com>.

⁷⁹ Cruvellier, ob. cit., pp. 35-37.

⁸⁰ Stromseth, *Pursuing Accountability*, ob. cit., p. 266.

internacionales cuenten con una estrategia más coherente sobre cómo interactuar con las instituciones nacionales para materializar el pretendido efecto “indirecto” de construcción de capacidades locales por parte de la inversión internacional en recursos materiales y humanos⁸¹.

En Bosnia-Herzegovina esta deficiencia fue balanceada con el hecho de que en la reforma del Estado de derecho en el país se incluyó el desarrollo de instituciones específicas para emprender estas tareas de capacitación y varios programas han asegurado recursos para este fin. El Alto Consejo Judicial y Fiscal coordina componentes centrales de apoyo al poder judicial, y se han creado centros de capacitación de jueces y fiscales para llevar a cabo actividades de formación, incluyendo el tema del enjuiciamiento de crímenes de guerra⁸². Esto hace que sea menos importante para la WCC o para la Corte Estatal, en general, participar de manera directa en actividades de formación del resto de los miembros del poder judicial, y más difícil aún validar cualquier impacto inmediato. Sin embargo, desde la propia Corte han surgido iniciativas de formación para el personal nacional en general, como la conferencia de 2009 en la que los jueces de la Corte Estatal organizaron talleres sobre protección de testigos, tema que había sido abordado previamente en la Escuela Judicial. En el caso de Camboya, la interacción de la Corte con el resto del sistema judicial ha sido restringida. El Consejo Supremo de la Magistratura tiene la autoridad para nombrar a los jueces y fiscales de las ECCC, y algunos observadores afirman que este ha sido el máximo punto de interacción. Pueden existir mecanismos para que las ECCC interactúen con la Academia Real de Jueces y Fiscales o la sala de primera instancia, pero aún están en fase de análisis⁸³.

En ambos casos, los órganos a cargo de la defensa han desempeñado un papel importante en el fomento de la generación de capacidades. En Bosnia-Herzegovina, OKO no sólo apoya a los abogados defensores que actúan ante el Tribunal, sino que también organiza cursos de capacitación para otros abogados defensores nacionales, con importantes efectos positivos. En Camboya, la DSS también llevó a cabo cursos de capacitación para cientos de abogados entre 2006 y 2008⁸⁴. La DSS también realizó presentaciones ante la comunidad de ONG sobre

⁸¹ Similar a los otros tribunales internacionales, la WCC y las ECCC han recibido gran apoyo de la comunidad internacional, tanto en términos de recursos materiales como humanos. En Bosnia-Herzegovina, los donantes pagan no sólo a los abogados internacionales y a los fiscales, sino también a una serie de agentes legales internacionales y pasantes que apoyan la labor de la Corte Estatal y el WCC en particular. En Camboya, UNAKRT presta asistencia técnica a las ECCC y es su componente internacional. Para un organigrama, consulte <http://www.unakrt-online.org>.

⁸² La financiación fue proporcionada para capacitaciones específicas en este ámbito; por ejemplo, el programa de tres años del PNUD (2008-2011) sobre “Building Capacities of Cantonal and District Prosecutors and Courts in BiH to Process War Crimes”.

⁸³ Las ideas sugeridas a las autoras incluían el uso de los fallos y las órdenes de detención por parte de la Escuela Real de Jueces y Fiscales, permitiendo a estudiantes de universidades privadas ingresar a la Sala de Primera Instancia y ver la sentencia en el caso contra Duch para ser analizada en clase.

⁸⁴ Esto fue apoyado por la Asociación Internacional de Abogados, la Embajada Británica y la Universidad de Berkeley.

derechos de la defensa, y el contexto, la estructura y la normatividad relativa a las ECCC. El mandato de la DSS incluye la formación, por lo que consideran que esta responsabilidad se puede ampliar a la capacitación de un número importante de abogados locales. Este es un desarrollo realmente importante en ambos tribunales, ya que una crítica a otros tribunales híbridos internacionales ha estado relacionada con el “principio de igualdad de armas”⁸⁵ y a menudo los derechos de la defensa son ignorados en contextos de posconflicto. Este trabajo por parte de la defensa puede proporcionar una buena base para generar conocimiento de estos derechos y contribuir al fortalecimiento del Estado de derecho.

Por último, es importante tener en cuenta la contribución que el personal nacional actualmente realiza en ambos tribunales, y la importancia que esto podría tener cuando retornen a sus trabajos o cuando emprendan nuevos retos. En este sentido, sería importante evaluar el efecto a largo plazo de la formación de funcionarios judiciales nacionales y de los pasantes que trabajan con los jueces internacionales y agentes legales internacionales, en la medida en que ellos serán los potenciales jueces y fiscales del mañana. Sin embargo, para garantizar que los esfuerzos de generación de capacidades tengan un impacto directo sobre el sistema judicial nacional, es importante evitar la “fuga de cerebros”⁸⁶. La cuestión sobre si los abogados nacionales, los jueces y fiscales devuelven al sistema judicial nacional sus recién adquiridos conocimientos, deberá ser revisitada en el futuro⁸⁷.

B. Mejorando el entendimiento del Estado de derecho y la confianza en las instituciones

En ambos países el conflicto terminó hace menos de veinte años, sin embargo, cada uno enfrenta una situación muy diferente. La mayoría de la población en Bosnia-Herzegovina fue afectada por el conflicto. Muchos de los líderes activos hoy en la política jugaron un papel durante el conflicto, y manejan un discurso político muy polarizado, con constantes referencias a resentimientos profundos. La actual generación de jóvenes profesionales fue particularmente traumatizada por los eventos que vivieron como adolescentes; mientras que otros más jóvenes no se sienten afectados por el pasado. Por otro lado, el conflicto en Camboya duró hasta mediados de los años noventa, pero el período de la Kampuchea Democrática, en el que se centran las ECCC, terminó en 1978. El 68 por ciento de la población camboyana tiene menos de 30 años por lo que no tiene memoria o conocimiento

⁸⁵ Cassese, ob. cit., p. 10.

⁸⁶ Sobre los posibles efectos de la fuga de cerebros en Sierra Leona, véase Sriram, Chandra Lekha, *Wrong-sizing International Justice? The Hybrid Tribunal in Sierra Leone*, en *Fordham International Law Journal*, vol. 29, pp. 502-03.

⁸⁷ En Bosnia-Herzegovina ha habido preocupación en relación con el incentivo para que el personal nacional permanezca en la Corte después del retiro de los funcionarios internacionales, dados los continuos ataques políticos y la falta de apoyo económico para su traslado a Sarajevo.

de las atrocidades perpetradas por los Jémeres Rojos⁸⁸. Por esto, era evidente pues, desde muy pronto, que se necesitaba una estrategia conjunta de divulgación para asegurar que los jóvenes que no vivieron durante este período se sintieran comprometidos.

El TPIY y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) fueron criticados por la falta de divulgación y se esperaba que los tribunales híbridos aprovecharan la ventaja de su ubicación *in situ* para estas labores⁸⁹. Por tanto, es importante evaluar el trabajo en materia de divulgación de la WCC y las ECCC para ver si mejoraron su actuación en relación con los tribunales ad hoc y otras cortes híbridas. La principal meta de estos tribunales es enjuiciar a los responsables de graves crímenes y brindar justicia a las víctimas. Pero estas instituciones pueden tener efectos relacionados con la confianza de la población en su trabajo tanto en su rol como instituciones de justicia, públicas y representantes del Estado de derecho. En primer lugar, el trabajo de estas instituciones puede enviar un poderoso mensaje de que existen nuevas salvaguardias y que ya no serán tolerados los viejos patrones de impunidad y explotación⁹⁰. En segundo lugar, el trabajo de los tribunales puede generar demandas desde la sociedad para la promulgación de normas y procedimientos para la rendición de cuentas⁹¹. El grado en el que las víctimas y la población en general perciben a la institución como legítima depende tanto de su transparencia y de sus mecanismos internos de rendición de cuentas como de su capacidad para transmitir y comunicar estos aspectos de su trabajo⁹².

En Bosnia-Herzegovina la Corte ha tenido que actuar en un ambiente de desconfianza hacia el poder judicial en su conjunto y de desilusión hacia la labor del TPIY⁹³. La presencia del personal internacional ha sido esencial para brindar un aura de legitimidad⁹⁴. Incluso la Corte Estatal ha sido criticada por grupos

⁸⁸ Pham, Phuong et ál., *So We Will Never Forget: A Population-based Survey on Attitudes About Social Reconstruction and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Berkeley, Universidad de California, Centro de Derechos Humanos, 2009, p. 2.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Klarin, Mirko, The Impact of the ICTY Trials on Public Opinion in the Former Yugoslavia, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2009, p. 89; Peskin, Victor, Courting Rwanda: The Promises and Pitfalls of the ICTR Outreach Programme, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 950.

⁹⁰ Stromseth, *Pursuing Accountability*, ob. cit., p. 262.

⁹¹ *Ibid.*, p. 264.

⁹² *Ibid.*, p. 263.

⁹³ En una encuesta del PNUD publicada en 2006, la mayoría de las personas respondió que desconfiaba del sistema judicial en su conjunto; casi la mitad no creía ni en las leyes ni en los jueces, y 20 por ciento de los entrevistados expresó su fe en la ley pero no en los jueces. Las percepciones públicas en la antigua Yugoslavia y su rendimiento difirieron considerablemente entre las dos entidades; pero incluso en la Federación, un segmento significativo de la población considera que no se ha hecho un buen trabajo pero que fue necesario. La Corte Estatal se enfrentó, antes de que iniciara su labor, al difícil reto de una población que no confía particularmente en sus habilidades y a una fracción significativa que consideraba que no habría ninguna diferencia. PNUD, *Justice and Truth in Bosnia-Herzegovina. Public Perceptions*, ob. cit., pp. 15-16.

⁹⁴ Ivanešević, ob. cit., p. 11.

que intentan manipular políticamente cada decisión pero, como se examinará a continuación, hay una percepción general de que ésta es una institución independiente e imparcial. En Camboya hay señales del impacto del trabajo que realizan las ECCC en comunicar la imparcialidad y eficacia de la institución. Una reciente encuesta de opinión de 2009 realizada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de California en Berkeley encontró que el 87% de los que tenían algún conocimiento de las ECCC, cree que el tribunal será capaz de abordar los crímenes cometidos⁹⁵, en comparación con tan sólo un 36% que respondió que confiaba en el Sistema Nacional de Justicia Penal⁹⁶.

La divulgación juega un rol crucial en términos de percepción pública, y es considerada un componente cada vez más importante de las instituciones judiciales. Siguiendo el ejemplo del Tribunal Especial para Sierra Leona, ambos tribunales incorporaron una sección dedicada a Asuntos Públicos o de Información⁹⁷. La Corte Estatal incluyó desde un primer momento los temas de divulgación dentro de su presupuesto, en una clara respuesta a las lecciones aprendidas de la experiencia del TPIY⁹⁸. Dicha Corte tiene una sección de Información y Divulgación Pública (PIOS por su sigla en inglés), y la Oficina del Fiscal tiene su propio departamento de Relaciones Públicas, llamado Oficina de Prensa, el cual limita su trabajo a las relaciones con los medios⁹⁹. Se ha señalado, sin embargo, que las estrategias de divulgación de la WCC no han sido tan efectivas como deberían ser, debido a la carencia de personal en PIOS, lo que implica una limitada capacidad para implementar ciertas actividades¹⁰⁰, y a las batallas internas por las funciones extralegales del tribunal¹⁰¹.

El Departamento de Asuntos Públicos de las ECCC cuenta con una Oficina de Prensa, otra de Información Pública y otra de Divulgación. Debido a que las ECCC están ubicadas muy distantes de Phnom Penh, capital de Camboya, existe una segunda oficina de Relaciones Públicas en esta ciudad con el fin de que el Tribunal sea más accesible al público. Se trata de una iniciativa que podría repetirse en otros países, cuando sea necesario, pues proporciona un acceso más fácil del público al personal del tribunal. Tanto el PIOS en la WCC como la Oficina de Asuntos Públicos

⁹⁵ Pham, Phuong et ál., ob. cit., p. 3.

⁹⁶ Ibid., p. 4.

⁹⁷ El Tribunal Especial para Sierra Leona tiene una sección dedicada a la divulgación, conformada por los ciudadanos de Sierra Leona y una red de funcionarios de extensión de distrito. Véase Kerr, Rachel y Jessica Lincoln, *The Special Court for Sierra Leone: Outreach, Legacy and Impact* - Final Report. King's College of London, University of London, febrero de 2008, p. 11.

⁹⁸ Nettelfield, Lara, Localizing War Crimes Prosecutions: The Hague to Sarajevo and Beyond, in Nettelfield, Lara (ed.), *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State*. Cambridge University Press, (en prensa, para ser publicado en 2010).

⁹⁹ Información sobre los diferentes departamentos de la Fiscalía está disponible en <http://www.tuzilastvobih.gov.ba>.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ El hecho de que el Proyecto de la Red de Apoyo a la Corte, que se refiere más adelante, haya perdido respaldo financiero de la Oficina de Registro, ilustra uno de esos obstáculos. Nettelfield, ob. cit.

en las ECCC apuntan a relacionarse con los medios de comunicación nacionales e internacionales, y con el público en general para fomentar una comprensión más amplia de su trabajo y concientizar sobre su importancia. Los tribunales han intentado utilizar informes y publicaciones para explicar su trabajo al público. En Bosnia-Herzegovina, PIOS produce una gaceta sobre las actividades semanales y la Registraduría publicó un folleto en 2007 sobre el trabajo del Tribunal, tanto en inglés como en bosnio¹⁰². Las grabaciones de audio de las audiencias están disponibles bajo petición. La Oficina de Asuntos Públicos en las ECCC produce un informe mensual sobre el trabajo del Tribunal y también publicó un folleto¹⁰³. Además, distribuyó carteles en todo el país explicando quiénes serían procesados y las evidencias que debían ser consideradas por los jueces internacionales y nacionales¹⁰⁴. La oficina de Relaciones Públicas también ha producido información para aquellos que asisten al juicio, tanto en inglés como en jemer (Khmer). En hojas informativas describen los antecedentes del juicio de Duch e incluyen fotografías de todos los abogados y jueces involucrados en el juicio, acompañadas de sus biografías. Hay reuniones semanales informativas de prensa y algunas veces se cuenta con versiones disponibles en línea de los audios.

1. Los medios de comunicación, la sociedad civil y la participación del público general

Las distintas estrategias de apertura de las cortes al público general, tales como la producción de publicaciones o la distribución de audios, necesitan tomar en cuenta los retos de acceder a una población masiva así como las necesidades del público. Aspectos como el índice de alfabetismo de la población, el acceso físico a los tribunales según su ubicación, y la conciencia general sobre los procedimientos legales, deben ser tenidos en cuenta y ser abordados con estrategias específicas de difusión en medios. Así como lo hizo el Tribunal Especial para Sierra Leona, que estableció relaciones con la radio capacitando incluso a periodistas para promover una efectiva presentación de informes del juicio de Charles Taylor¹⁰⁵, las ECCC y la WCC han construido relaciones con los medios de comunicación.

En Bosnia-Herzegovina, los principales medios de comunicación no han cubierto de manera masiva los juicios y el interés en reportar temas relacionados

¹⁰² El folleto en inglés, *The Court of Bosnia and Herzegovina: The Registry 2007*, está disponible en http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/brosura/brosura_eng.pdf.

¹⁰³ Las publicaciones en inglés de la Oficina de Asuntos Públicos están disponibles en <http://www.eccc.gov.kh/english/publications.aspx>.

¹⁰⁴ Algunas consignas de los carteles son: “Cada decisión tiene que contar con el apoyo tanto de los jueces camboyanos como internacionales”; “Todos pueden participar del proceso”; “Sólo los principales líderes y aquellos responsables de cometer los crímenes más graves serán juzgados”. Las series de los carteles están disponibles en <http://www.eccc.gov.kh/english/publications.poster.aspx>.

¹⁰⁵ Kerr y Lincoln, ob. cit., pp. 16-17.

con crímenes de guerra ha disminuido¹⁰⁶. Los principales medios de comunicación tienden a enfocarse sólo en escándalos, lo que socava la credibilidad del Tribunal. El trabajo de una organización especializada que informa sobre los juicios, la *Balkan Initiative Reporting Network* (BIRN), ha contribuido de manera significativa a la difusión de información pública sobre el funcionamiento de la Corte Estatal y sobre cada uno de los juicios específicos por crímenes de guerra. A través de su programa Informe de Justicia, cubre cada juicio que se desarrolla ante la WCC. También ha puesto en marcha un programa de radio, Radio Justicia, y otro de televisión, TV Justicia, para acercar el trabajo del tribunal¹⁰⁷. La BIRN también ha organizado dos conferencias en Sarajevo sobre el papel de los medios de comunicación al informar sobre crímenes de guerra. Al más reciente evento sobre la transparencia de los tribunales y la responsabilidad de los medios de comunicación asistieron representantes regionales de las cortes encargadas de enjuiciar a los responsables de crímenes de guerra, las oficinas de información pública, donantes y organizaciones internacionales, los medios de comunicación y la sociedad civil. Pero incluso si los medios de comunicación tienen acceso abierto a los tribunales, ha habido quejas sobre la falta de disponibilidad de los jueces y fiscales para comunicar, así como la falta de acceso a documentos, videos y fotografías¹⁰⁸.

En Camboya hay una serie de iniciativas llevadas a cabo por las ONG y organizaciones internacionales para garantizar la cobertura de los medios de comunicación. El AIJI y el *East-West Center* preparan un informe semanal titulado El juicio de Duch, que se difunde entre dos y tres millones de personas a través del canal CTN cada lunes al mediodía¹⁰⁹. El AIJI también produjo un programa educativo de tres partes llamado Tiempo para la justicia, que fue difundido ampliamente antes de que el juicio empezara¹¹⁰. Hay un número de organizaciones que monitorean y proporcionan análisis experto sobre el juicio de Duch y la labor de las ECCC en general. Entre éstas, las más activas en el suministro de resúmenes de los procedimientos y análisis jurídicos son el *Cambodia Tribunal Monitor* y la OSJI¹¹¹.

Es importante resaltar como ambos tribunales han tenido que confiar en la labor de las ONG para maximizar su impacto público debido a la falta de recursos. Su experiencia demuestra que tales relaciones deben iniciarse desde un

¹⁰⁶ Esto parece ser una tendencia regional, pues los medios de comunicación tradicionales en Croacia y Serbia también perdieron interés. Véase *See Decreasing Interest in War-crimes Reporting*, BIRN, septiembre 3 de 2009, disponible en <http://www.bim.ba/en/1/40/21972>.

¹⁰⁷ El Informe de Justicia y el programa TV Justicia están disponible en <http://www.bim.ba>.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, *Public Outreach Section Letter*, BIRN, publicado el 28 de octubre de 2009, <http://www.bim.ba/en/1/40/23238>, donde la Asociación de Reporteros de la Corte afirma que la selectividad que la Corte muestra en el suministro de fotografías a los reporteros socava su capacidad para proporcionar información al público en general acerca de los procedimientos.

¹⁰⁹ Ejemplos de las transmisiones están disponibles en el Time for Justice, sitio web de Camboya, disponible en <http://forum.eastwestcenter.org/Khmer-Rouge-Trials>.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Cambodia Tribunal Monitor, <http://www.cambodiatribunal.org>; OSJI, <http://www.soros.org>.

comienzo para garantizar un compromiso fructífero. En una etapa muy temprana en Bosnia-Herzegovina, la Corte Estatal se acercó a varias organizaciones no gubernamentales para establecer una red de organizaciones de la sociedad civil, con el propósito de crear “un ambiente que motive a todos los ciudadanos a través de las comunidades y en el cual los ciudadanos se refieran al sistema judicial en Bosnia-Herzegovina en términos de confianza, de la cual este país ha carecido ampliamente”¹¹². La red cuenta con cuatro centros regionales de información que operan independientemente del tribunal y que sirven como un punto de enlace con los ciudadanos. Está conformada por variadas organizaciones¹¹³. Sin embargo, no se dispone de información pública sobre las actividades específicas que se realizan lo cual hace que sea muy difícil evaluar el impacto de esta iniciativa.

En Camboya, una ONG nacional, el Centro para el Desarrollo Social realizó una serie de foros comunitarios para informar al público sobre las tareas de la Corte¹¹⁴. Muchos miembros del personal de las ECCC estuvieron presentes en estos eventos, no sólo los integrantes de la oficina de Asuntos Públicos sino también del departamento de co-fiscales. Otras organizaciones no gubernamentales tales como la *Human Rights and Development in Cambodia* (ADHOC) y el *Documentation Center of Cambodia* (DC-Cam) han llevado a cabo actividades de divulgación similares¹¹⁵. Sin embargo, una crítica es que las ECCC han confiado demasiado en actividades ejecutadas por terceros en lugar de desarrollar sus propias actividades. La Oficina de Asuntos Públicos reconoció que no ha podido llevar a cabo una estrategia global debido a las limitaciones financieras, pero que mejorará su labor durante el próximo año. Se conoció que en 2009 nuevo personal entró a consolidar el equipo, y que también obtuvieron financiación para las labores de comunicación, lo que debería ayudar a mejorar el impacto en el futuro. Si bien las iniciativas en ambos tribunales muestran buenas prácticas, también cabe destacar que no es suficiente para las áreas de divulgación depender simplemente de las ONG para crear y promover una conciencia pública y un compromiso positivo hacia estos temas. Para comprometer a la sociedad es necesario desarrollar iniciativas y actividades específicas.

El interés del público en la labor de las WCC y las ECCC ha sido un tanto diferente. Comprometer al público es importante ya que le permite a la sociedad ver las actividades de rendición de cuentas en la práctica, mejorar la comprensión

¹¹² Véase el sitio web del Centre for Civil Initiatives (CII), www.ccibh.org. El CII está a cargo de la oficina de información de la Red de Apoyo a la Corte en Mostar.

¹¹³ Ídem. Como Ivanešević afirma, no hay restricción en la composición de las organizaciones y las ONG pueden variar considerablemente de ser proveedoras en temas de bienestar social a equipos de voleibol. Ivanešević, ob. cit., p. 36.

¹¹⁴ Debido a problemas de gestión interna dentro de la organización, estas actividades fueron suspendidas a mediados de 2009 y el desarrollo de actividades futuras parece aún incierto.

¹¹⁵ En el marco de los juicios a los Jémeres Rojos y del programa de la Corte Penal Internacional, ADHOC proporciona información sobre las ECCC y la ICC a nivel nacional. DC-Cam celebra reuniones en virtud de su Proyecto de Participación de las Víctimas, en las que informa a las comunidades los procedimientos y la evolución de las ECCC, así como de su derecho a participar.

del proceso y, podría potencialmente, estimular la demanda de un juicio justo. Por esta razón, es importante pensar en cómo abrir las puertas de las salas de audiencias, tanto física como virtualmente, y promover la participación y la asistencia. Los tribunales han tenido bastante éxito en la creación de sitios web, los cuales funcionan actualmente, y los recursos con los que cuentan son muy valiosos¹¹⁶. Las ECCC se encuentran también en Facebook y Twitter¹¹⁷.

En Bosnia-Herzegovina no se prestó suficiente consideración a cómo promover la asistencia del público a los juicios. El Tribunal es completamente abierto y el calendario de los procesos en curso se actualiza a diario en el sitio web. Sin embargo, la sociedad bosniana no ha mostrado un interés apremiante en seguir los juicios, y el público rara vez acude. La mayoría de días, son principalmente los reporteros de la BIRN y personas que monitorean crímenes de guerra por parte de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE por su sigla en inglés), quienes asisten al juicio; a menudo hay más investigadores extranjeros que ciudadanos locales¹¹⁸. En muchas ocasiones, el limitado interés del público en los juicios en Bosnia-Herzegovina ha sido atribuido al cansancio que la sociedad civil muestra hacia los temas relacionados con la guerra¹¹⁹.

En Camboya, aunque en un comienzo el juicio de Duch no contó con tanta asistencia, a finales de agosto de 2009 los entrevistados informaron que más de 20.000 personas habían asistido a las audiencias, siendo muy alta la cifra en comparación no sólo con Bosnia-Herzegovina sino también con otros tribunales internacionales. La falta inicial de asistencia se debió en parte a la ubicación de la corte, que está a 16 kilómetros de distancia de Phnom Penh. Sin embargo, a unas semanas de iniciado el juicio se dispuso de un sistema de buses para transportar a los interesados, tema que fue ampliamente publicitado por la sección de asuntos públicos. En la actualidad, las sesiones cuentan con la asistencia de cerca de 500 personas, muchas de las cuales se levantan desde muy temprano para llegar a la Corte¹²⁰.

Programas similares podrían implementarse para fomentar la asistencia tanto a las sesiones de otros tribunales internacionales como a las audiencias de las comisiones de la verdad. Sin embargo, es importante recordar que tener un tribunal totalmente lleno no es suficiente. Además de las personas que asisten a los juicios

¹¹⁶ Como señala Nettelfield en relación con el sitio web de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina, la información está más actualizada que la de los sitios web de los tribunales de países occidentales. Nettelfield, ob. cit.

¹¹⁷ La página de Facebook de las ECCC está disponible en <http://www.facebook.com/krtribunal>; y la cuenta de Twitter, <http://twitter.com/krtribunal>.

¹¹⁸ Nettelfield, ob. cit.

¹¹⁹ Ivanešević, ob. cit., p. 33.

¹²⁰ En las declaraciones de cierre del juicio de Duch, en el que hubo gran interés, la mayoría de escaños fueron asignados a los civiles de las partes y al público en general, y el resto fue dividido entre representantes de ONG tanto nacionales como internacionales, medios de comunicación y diplomáticos. Véase ECCC, *Invitation to Attend the Closing Statements in the "Duch" Trial*, 23-27 de noviembre de 2009, http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/fileUpload/145/Invitation_to_Closing_Statements_Eng.pdf.

en Camboya, aproximadamente el 20% de la población observa las transmisiones en televisión de “El juicio de Duch”¹²¹. Aunque esto es un logro real, todavía hay un gran porcentaje de la población que no sabe con certeza lo que está sucediendo o no le hace seguimiento. Esto demuestra los retos que existen frente a la población joven en Camboya, así como frente a las muy apremiantes necesidades diarias como la pobreza y los actuales abusos en materia de derechos humanos¹²².

Es demasiado pronto para evaluar de manera adecuada el impacto de la estrategia de divulgación en cada país; sin embargo, la experiencia hasta ahora, en estos y otros tribunales, demuestra cuán necesario es tener una estrategia temprana y que sea realista con los recursos disponibles. Si esto no se hace, las actividades de divulgación no empezarán a tiempo para tener el amplio impacto que potencialmente podrían tener.

2. Percepciones públicas de la verdad

El trabajo de los tribunales es limitado a la hora de establecer una narrativa del conflicto que pueda servir de base compartida para la reconstrucción de la paz y la reconciliación en ambos países. A menudo se señala que los juicios internacionales fracasan en términos de ayudar a la reconciliación nacional¹²³. En general, el resultado de un juicio penal en materia de verdad se restringe a las necesidades del caso, y puede ser insuficiente para las víctimas y para toda la sociedad. Tanto en Camboya como en Bosnia-Herzegovina la aproximación a la rendición de cuentas por las atrocidades hasta ahora se ha limitado al modelo de justicia retributiva. Las actividades complementarias bajo la perspectiva de la justicia transicional, especialmente las de búsqueda de la verdad, no son oficialmente promovidas o reconocidas, y han surgido principalmente por parte de los grupos de la sociedad civil.

En Bosnia-Herzegovina, todas las iniciativas de esclarecimiento de la verdad son lideradas por la sociedad civil y las emprendidas por las autoridades públicas han sido muy limitadas. Hubo dos iniciativas fallidas para establecer una comisión de la verdad y reconciliación¹²⁴. Actualmente hay una propuesta regional sobre la mesa (Recom) liderada por organizaciones de la sociedad civil de Serbia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, que empieza a adquirir fuerza y apoyo. Sin embargo, hasta hace poco el espectro más amplio de la sociedad estuvo reacio a aceptar iniciativas

¹²¹ Shay, Christophe, Cambodia’s Trial of the Century, Televised, en *Time*, 11 de septiembre de 2009.

¹²² Camboya ocupa el puesto 131 en el índice de desarrollo humano de 2007 entre 177 países, y continúa siendo uno de los países más pobres de Asia.

¹²³ Sriram, *Wrong-sizing international justice?*, ob. cit., p. 497.

¹²⁴ La primera iniciativa fue lanzada por una coalición que incluye un gran número de organizaciones. En 1997 y 2000, un proyecto de ley sobre la Comisión de Verdad y Reconciliación se presentó a la Asamblea parlamentaria de Bosnia-Herzegovina, pero nunca fue aprobado. En 2005, una segunda iniciativa fue impulsada con el fin de revivir el proyecto de ley, pero todas las conversaciones relacionadas con iniciativas de este tipo fueron suspendidas en marzo de 2006. Véase PNUD, *Transitional Justice Guidebook for Bosnia and Herzegovina*, ob. cit., pp. 26-28.

de este tipo, incluso con la oposición de algunas asociaciones de víctimas¹²⁵. Esta oposición se basa en una aproximación punitiva a la justicia y en la desconfianza por posibles amnistías¹²⁶. La palabra reconciliación es evitada frecuentemente, y a menudo se sugiere que no existe una sola verdad, sino tres. Sin embargo, es alentador que las consultas más recientes muestren un apoyo cada vez más amplio a la posibilidad de establecer una comisión regional de la verdad¹²⁷.

Han existido otros esfuerzos por esclarecer los hechos pero de alcance más limitado. Algunos vienen de las autoridades públicas: la Comisión para la Investigación de los hechos en y alrededor de Srebrenica entre el 10 y el 19 de julio de 1995 (Comisión Srebrenica), la cual fue establecida en 2003 por las autoridades de la República Srpska en respuesta a una resolución de la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia-Herzegovina, y la creación del Instituto Estatal para las Personas Desaparecidas en 2008 para sustituir tres estamentos públicos independientes que habían realizado estas tareas basados en el origen étnico¹²⁸. Entre las iniciativas de la sociedad civil, un ejemplo interesante son los esfuerzos que realiza el Centro de Investigación y Documentación de Sarajevo para crear la base de datos más completa sobre los eventos ocurridos durante y después de la guerra, este archivo incluye los detalles de lugares de masacres, infraestructura atacada, desplazamientos, campos de concentración, entre otros¹²⁹.

En Camboya no ha habido ningún proceso oficial de una comisión de la verdad; sin embargo, cierto número de organizaciones no gubernamentales llevan a cabo programas informales para la reconstrucción de la memoria y la reconciliación. La organización DC-Cam comenzó el Programa sobre el Genocidio Camboyano adscrito a la Universidad de Yale para investigar, capacitar y documentar sobre el régimen de los Jémeres Rojos. Hoy, es ejecutado por camboyanos. Debido a su amplia gama de actividades y presencia sobre el terreno, ha sido clasificado como un “proyecto no oficial de la verdad”¹³⁰. DC-Cam pretende registrar y preservar la historia de la Kampuchea Democrática para las generaciones futuras, y compilar y organizar la información que puede servir como prueba potencial en un proceso legal por los crímenes cometidos por los Jémeres Rojos¹³¹. DC-Cam posee la mayor colección de documentos primarios sobre los Jémeres Rojos¹³². Una iniciativa más pequeña, pero no menos interesante, es la organización de Jóvenes por la Paz, que comenzó el proyecto Jóvenes por la Justicia y la

¹²⁵ Ibid., p. 28.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Kandić, Nataša, The RECOM Initiative: From a Non-Governmental Challenge to a State Programme, en Kostovicova, Denisa (ed.), *The European Union and Transitional Justice: From Retributive to Restorative Justice in the Western Balkans*. Sarajevo, Humanitarian Law Center, 2009.

¹²⁸ PNUD, *Transitional Justice Guidebook for Bosnia and Herzegovina*, ob. cit., p. 31.

¹²⁹ Véase <http://www.idc.org.ba/> (4/01/2010).

¹³⁰ Bickford, Louis, Unofficial Truth Projects, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, 2007, p. 1020.

¹³¹ Para conocer su historia y descripción véase el sitio web de DC-Cam, en <http://www.dccam.org>.

¹³² El archivo tiene más de 155.000 páginas de documentos primarios de los Jémeres Rojos y más de 6.000 fotografías.

Reconciliación en 2007¹³³. Esta organización realiza talleres en los que se discuten las causas del genocidio y se analizan los factores internos y externos que llevaron a la actuación de los Jémeres Rojos. Uno de estos talleres se denomina “Entender, recordar y cambiar”. Después del taller, la organización promueve la discusión en la comunidad, con la participación y escucha de los jóvenes, abriendo un importante espacio de interacción en el que los sobrevivientes y las víctimas pueden contar sus historias. El proyecto ha sido muy exitoso, con una buena respuesta por parte de todos los participantes incluyendo los más jóvenes quienes se manifestaron agradecidos por el aprendizaje y el intercambio de experiencias¹³⁴, incluso existe el deseo de algunas comunidades de recopilar las historias de sus víctimas.

En materia de conmemoración y reconstrucción de memoria hay también un trabajo cada vez mayor con visitas organizadas por instituciones no gubernamentales a lugares de conciencia como los Campos de la Muerte (*killing fields*), el museo Toul Sleng o la prisión S-21, que actualmente son más visitados por turistas que por camboyanos¹³⁵. El DC-Cam trabaja en un libro sobre el periodo de los Jémeres Rojos, que está actualmente pendiente de la aprobación del Gobierno¹³⁶. Este es un paso muy importante pues hasta el 2000 los libros de secundaria sólo incluían un párrafo sobre este periodo e incluso fue suprimido después de 2002¹³⁷. El proyecto de Educación sobre el Genocidio capacitará alrededor de 3.000 profesores en cómo utilizar este libro, que puede ser una herramienta útil para que los jóvenes conozcan y se interesen en lo sucedido en este periodo.

Estas iniciativas muestran que hay posibilidad y necesidad de incorporar otros mecanismos de la justicia transicional, y que los procesos penales y los tribunales híbridos por sí solos no son suficientes. También enseñan lo importante que es concebir las actividades de enjuiciamiento penal en el contexto de una estrategia más amplia ligada a la justicia transicional que permita proporcionar herramientas complementarias para hacerle frente al pasado. Los tribunales híbridos y las iniciativas de enjuiciamiento nacional en general, tienen más oportunidades de impactar positivamente la percepción pública sobre la verdad y concientizar sobre la necesidad de reparaciones y reconstrucción de la memoria cuando van acompañados de iniciativas oficiales y de la sociedad civil.

IV. Posible impacto negativo de los tribunales híbridos en la consolidación del Estado de Derecho

No se debe suponer que los tribunales sólo tendrán un impacto positivo. La experiencia de ambos países demuestra que puede haber efectos negativos que los

¹³³ Véase la página web de Youth for Peace, <http://www.yfpcambodia.org>.

¹³⁴ Channsisitha, Mark, *Evaluation Report for Youth for Peace 2008* (archivo, con las autoras).

¹³⁵ Bickford, Louis, *Transforming a Legacy of Genocide: Pedagogy and Tourism at the Killing Fields of Choeung Ek*. Nueva York, ICTJ, 2009, p. 13.

¹³⁶ Para obtener información sobre el proyecto de educación contra el genocidio de DC-Cam, véase http://www.dccam.org/Projects/Genocide/Genocide_Education.htm.

¹³⁷ Ídem.

tribunales deben enfrentar antes de que estos minen su trabajo. En Camboya ha habido una serie de problemas con las ECCC que han tenido un impacto negativo en la percepción pública sobre el Estado de derecho, tales como la controversia ampliamente publicitada con respecto a supuestos sobornos después de que el personal del tribunal informó que tenían que dar un porcentaje de su salario a sus superiores¹³⁸. Este hecho tuvo un amplio despliegue en la prensa internacional a través del trabajo que realizó el OSJI. Una auditoría encargada por el PNUD encontró varios problemas en la gestión de recursos humanos, con la inflación de salarios y la innecesaria creación de puestos, aunque no se investigaron las denuncias de sobornos¹³⁹. Las negociaciones entre la ONU y el RGC para hacer frente a estos problemas se estancaron, y las denuncias por corrupción continuaron siendo el interés de la prensa¹⁴⁰. Además, los donantes retuvieron la financiación a las ECCC hasta que el problema fuera resuelto. Por último, en agosto de 2009, se acordaron una serie de medidas anticorrupción, incluyendo la asignación de un Consejero Independiente que estaría disponible para escuchar todas las denuncias sobre el tema¹⁴¹. Sin embargo, el OSJI seguía argumentando que era necesaria una mejor protección para el personal¹⁴².

Con estos problemas, no está claro si las ECCC están generando el efecto demostrativo esperado respecto a que las instituciones públicas deben ser transparentes. Si una corte internacional respaldada por la ONU es incapaz de superar la corrupción, la percepción pública sobre las instituciones puede socavarse y elevarse el escepticismo en el sentido de que las cosas nunca cambiarán. No obstante, podría haber un impacto positivo si se demuestra que los problemas existieron pero que se solucionaron de manera correcta. Una auditoría en 2008 encontró que la mayoría de los problemas encontrados en 2007 habían sido resueltos. Como se mencionó, la encuesta del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de California en Berkeley muestra que la mayoría de personas que conocen a las ECCC cree en su potencial para responder a los crímenes cometidos, y dos tercios cree que los jueces son justos y las ECCC neutrales¹⁴³. La pregunta sobre cómo se percibe la Corte requiere más investigación debido a que continuará su trabajo con el caso 002. Ya está planeado el desarrollo de una encuesta de seguimiento a su trabajo.

¹³⁸ OSJI, Comunicado de prensa, *Corruption Allegations at the Khmer Rouge Court Must be Investigated Thoroughly*, 14 de febrero de 2007.

¹³⁹ PNUD, *Audit of the Human Resources Management at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Report n°. RCM0172, 4 de junio de 2007.

¹⁴⁰ Sobre los problemas en las negociaciones, véase Mydans, Seth, *Corruption Allegations Affect Khmer Rouge Trials*, en *New York Times*, 9 de abril de 2009. Para un reporte periodístico general sobre la corrupción, véase The Court on Trial, en *The Economist*, 4 de abril de 2009.

¹⁴¹ Oficina de Asuntos Legales, Comunicado de prensa, *Joint Statement on Establishment of Independent Counsellor at Extraordinary Chambers in Courts of Cambodia*, U.N. Doc. L/3146, 12 de agosto de 2009.

¹⁴² OSJI, Comunicado de prensa, *New Anticorruption Measures at Khmer Rouge Tribunal are Insufficient*, 17 de agosto de 2009.

¹⁴³ Pham, Phuong et ál., ob. cit., p. 39.

La discusión sobre asumir procesos adicionales también tiene el potencial para limitar el impacto de la Corte. En diciembre de 2008, el co-fiscal camboyano Chea Leang se opuso al anterior cofiscal internacional Robert Petit en la solicitud para procesar a seis nuevos sospechosos. Leang afirmó que no debería haber nuevas investigaciones debido a la pasada inestabilidad del país, al espíritu del acuerdo entre la RGC y las Naciones Unidas, y a las limitaciones de tiempo y presupuesto de la Corte¹⁴⁴. Petit presentó una Declaración de Desacuerdo en la Sala de Cuestiones Preliminares para decidir sobre este asunto. En septiembre de 2009 se anunció que los jueces de esta sala no tomaron una decisión ni consiguieron la súper mayoría¹⁴⁵. En este caso, el Reglamento Interno indica que la solicitud propuesta por el co-fiscal automáticamente pasa a la siguiente etapa, la consideración de los conjuces de instrucción. Las observaciones de la Sala de Cuestiones Preliminares muestran que los tres jueces camboyanos están de acuerdo con Leang mientras que los dos jueces internacionales encontraron su razonamiento insuficiente¹⁴⁶. Aún está por verse si la otra mitad del tribunal de composición nacional cooperará, y si el tribunal asumirá casos adicionales. El primer ministro Hun Sen ha declarado que estos juicios adicionales conducirían a una guerra civil con cientos de miles de muertos¹⁴⁷. La reputación de la Corte depende de si los procesos actuales siguen adelante, y de si se percibe que el personal camboyano toma sus decisiones basado en la presión política.

Hay un riesgo de que los procesos resulten contraproducentes si son percibidos como parcializados¹⁴⁸. Las cortes pueden ser vulnerables a ataques políticos y a acusaciones que socaven tanto su actividad de enjuiciamiento como el impacto más amplio en la reconstrucción del Estado de derecho en el país. En Bosnia-Herzegovina, el intento de los políticos de utilizar el trabajo de la Corte para promover sus propias agendas pone a la Corte Estatal en riesgo de ser percibida como parcial. Los dirigentes políticos serbios han sido muy elocuentes en su rechazo a la Corte con el argumento de que se centra nada fuertemente en el enjuiciamiento de serbios. El hecho de que la Corte Estatal esté ubicada en un antiguo centro de detención para los serbios durante la guerra no ayuda a desmentir sus argumentos de que se trata de “un tribunal que condena a los serbios”¹⁴⁹.

En línea con el discurso de los dirigentes políticos serbios, las asociaciones de víctimas de Serbia han promovido protestas contra la Corte, varias de éstas en frente del edificio. Estos ataques también quebrantan la opinión que tiene el

¹⁴⁴ ECCC, comunicado de prensa, Oficina del co-fiscal de las Cámaras Extraordinarias de Camboya, Comunicado de los co-fiscales, 5 de enero de 2009.

¹⁴⁵ ECCC, Comunicado de prensa, 2 de septiembre de 2009.

¹⁴⁶ ECCC, Anexo I: Public Redacted Version. *Considerations of the Pre-trial Chamber regarding the Disagreement Between the Co-prosecutors Pursuant to Internal Rule 71*, disagreement nº. 001/18-11-2008-ECCC-PTC, 18 de agosto de 2009.

¹⁴⁷ Sokha, Cheang y Robbie Corey-Boulet, ECCC Ruling Risks Unrest: PM, en *Phnom Penh Post*, 8 de septiembre de 2009.

¹⁴⁸ Stromseth, *Pursuing Accountability*, ob. cit., p. 263.

¹⁴⁹ Para conocer sobre las protestas iniciales por el uso de esta locación y el éxito del tribunal manejando el asunto, véase Nettelfield, ob. cit.

público hacia los jueces y fiscales estatales. Las acusaciones de falta de integridad y profesionalismo impactaron de manera negativa la percepción de la gente sobre su trabajo, la constitucionalidad de la existencia de la Corte y la OTP y, de manera más amplia, las reformas judiciales emprendidas hasta la fecha¹⁵⁰. Por tanto, el trabajo de divulgación al público es crucial para explicar a la sociedad cómo funciona el proceso de enjuiciamiento. Los esfuerzos realizados por el Tribunal hasta ahora no parecen haber contrarrestado los ataques políticos. La WCC no puede cambiar la realidad de que la mayoría de las víctimas durante la guerra fueron bosnios. Las organizaciones bosnias fueron también muy activas durante y después de la guerra en la recopilación de pruebas sobre los crímenes, lo que inevitablemente se ha traducido en un predominio de casos relativos a crímenes contra los bosnios¹⁵¹. La WCC podría hacer más para explicar no sólo las estrategias judiciales sino también por qué ciertos casos progresan o no.

Las lecciones para Bosnia-Herzegovina también son aplicables para futuros tribunales. Los esfuerzos de comunicación pública deberán prestar más atención al impacto que pueden tener juicios específicos en las comunidades afectadas, donde los crímenes fueron cometidos, o donde las víctimas y los victimarios viven actualmente, con el fin de que se adelanten a las tácticas de manipulación política y que faciliten información en un lenguaje accesible. Además, también es importante contemplar otras medidas para proteger la reputación de la institución: blindar a jueces de reclamos con motivaciones políticas parciales o incluso sobre corrupción, y proteger a los tribunales y los sistemas judiciales como un todo, cuando son vulnerables a ataques políticos. En este sentido, deben fortalecerse los mecanismos para salvaguardar la independencia del poder judicial. En el caso de Bosnia-Herzegovina, los procedimientos de protección contra la difamación de los jueces, por ejemplo dentro del Alto Consejo Judicial y Fiscal, no sólo preservarían su independencia, sino que también contribuirían a la percepción pública de la Corte del Estado como institución imparcial, no políticamente motivada, y a fortalecer el poder judicial en su conjunto.

Conclusiones

Este capítulo ha explorado el impacto que la WCC y las ECCC tienen, y que potencialmente podrían tener, sobre la consolidación del Estado de derecho en sus países. Como hemos sostenido, las expectativas de los tribunales internacionales deben ser realistas: estos no pueden transformar las instituciones nacionales ni sus procedimientos, ni pretender instaurar sistemas gobernados por el Estado de

¹⁵⁰ OECD, Mission to BiH, *Universal Periodic Review of Bosnia and Herzegovina "Stakeholder's submission"*, 2009, disponible en <http://www.lib.ohchr.org>.

¹⁵¹ Ivanešević, ob. cit., p. 34.

derecho por sí solos, pero sí pueden ser parte de una estrategia más amplia del sector de justicia. Las experiencias en Camboya y Bosnia-Herzegovina muestran que las expectativas también deberían tener en cuenta el contexto político que ha dado forma a los tribunales y en los cuales desarrollarán sus actividades. Aunque la fortaleza de los tribunales híbridos es que puedan adaptarse a un contexto nacional en particular, como sostiene Stromseth, estos “también serán moldeados por la necesidad y el compromiso políticos”¹⁵². Adicionalmente, los tribunales híbridos por sí solos no pueden ser considerados suficientes para influir en el Estado de derecho en los países. Si bien, la experiencia de Bosnia-Herzegovina muestra que la inserción de los tribunales híbridos dentro de una estrategia amplia de reforma del Estado de derecho puede permitir a la Corte cumplir con algunas de las expectativas sobre su impacto, tales como la creación de capacidades dentro del sistema judicial.

Ambos tribunales han tenido que superar retos difíciles para llevar exitosamente a cabo los juicios. Desde nuestro análisis podemos concluir que a pesar de las contribuciones a la rendición de cuentas, en ambos casos son necesarios más esfuerzos concertados con los actores judiciales nacionales con el fin de maximizar el impacto en la consolidación del Estado de derecho. De forma similar, aunque se pueden extraer algunas lecciones en materia de divulgación, es posible más compromiso. Para lograr un compromiso constructivo, nuestro análisis destaca que tanto los objetivos como las competencias deben estar reflejados en el mandato institucional y en las previsiones presupuestales. En el futuro, estas previsiones deben ser materializadas y acompañadas de los recursos humanos y económicos adecuados con el fin de maximizar el efecto en materia de creación de capacidades por parte del personal internacional desde el comienzo. La dependencia financiera de las iniciativas ad hoc, siempre vulnerables a los cambios en las prioridades de financiación, socava su pleno potencial.

Más allá del efecto sobre el Estado de derecho, cabe preguntarse por el impacto que los tribunales internacionales pueden tener en ausencia de otras iniciativas de justicia transicional. En ambos países se han descuidado otras iniciativas, principalmente debido a la sensibilidad política y a la falta de asignación de prioridades. El hecho de que una serie de iniciativas de la sociedad civil tanto en Bosnia-Herzegovina como en Camboya intente promover alternativas distintas a las penales demuestra que existe el apoyo y la necesidad de desarrollo de actividades de búsqueda de la verdad y la reconciliación. Igualmente, el trabajo aislado de las cortes, sin una estrategia de enfoque multifacético, es limitado en términos de su posible contribución a un proceso de reconciliación más amplio en el país.

¹⁵² Stromseth, *Pursuing Accountability*, ob. cit., pp. 263, 280.

Capítulo 12

Proceso nacional y sistemas judiciales internacionales: el caso argentino

Leonardo Filippini

Tal como sugieren los editores de este volumen, muchas discusiones en torno a la justicia de transición plantean la sospecha de que el marco del derecho internacional frente al desafío de la superación de un pasado conflictivo puede conducir a situaciones indeseadas. Esta sospecha estuvo presente, por ejemplo, en el intercambio fecundo entre Carlos Nino y Diane Orentlicher en torno a las posibilidades y los deberes del Estado argentino a poco de recuperado el camino democrático luego de la última dictadura militar de 1976-1983¹.

Orentlicher argumentaba a favor de un deber internacional de castigar las violaciones de derechos humanos, asumiendo, en parte, que la presión internacional fortalecería al nuevo gobierno democrático, mientras que Nino creía que un deber internacional fuerte de persecución penal hubiera desestabilizado el proceso de justicia y aumentado la polarización entre los grupos de derechos humanos y los militares. Para Nino, el deber internacional de perseguir todas las violaciones de derechos humanos cometidas bajo el régimen anterior podría ser un instrumento demasiado vasto para un gobierno que debe luchar para restablecer la democracia².

Creo, no obstante, que el caso de Argentina no ha presentado ni presenta hoy un dilema fatal entre el margen de maniobra nacional y el modo de concebir algunas soluciones a los problemas de la transición en el ámbito internacional. No existió una efectiva presión internacional de la envergadura e intensidad que Nino criticaba ni con la potencialidad de producir los resultados negativos que auguraba. Tampoco el derecho internacional ha ofrecido un esquema moral o legal tan rígido como para tornarlo inutilizable o directamente incompatible con las necesidades de la comunidad argentina. Más bien, el derecho internacional, sus instituciones, y los ámbitos de influencia y presión política generados a su alrededor han ofrecido recursos valiosos a la transición argentina. En ocasiones, como fuente de presión, a veces como espacio de debate refrescante o ámbito donde las fuerzas democráticas pudieron encontrar su propio lugar de pensamiento y acción, negado puertas adentro.

¹ Orentlicher, Diane F., *Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, en *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2548-89; Nino, Carlos S., *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context*, en *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, pp. 2537-2615; Orentlicher, Diane F., *A Reply to Professor Nino*, en *Yale Law Journal*, vol. 100, No. 8, June 1991, pp. 2641-43.

² Nino, Carlos S., *Juicio al mal absoluto / Los fundamentos y la historia del juicio a las Juntas del Proceso*. Buenos Aires, Emecé, 1997.

Desde el restablecimiento de la democracia, la jurisprudencia argentina participa de lo que Anne Marie Slaughter y otros han denominado *judicial cross-fertilization*³. Es decir, la apelación por parte de los tribunales argentinos a préstamos no autoritativos del derecho extranjero —o para algunos observadores, llanamente autoritativos—, citas frecuentes de decisiones de cortes de las democracias occidentales más poderosas y de doctrina de los tribunales internacionales. Consistentemente, también existe un uso habitual del derecho internacional en la adjudicación de casos individuales, incluyendo la declaración de inconstitucionalidad de normas nacionales por ser contrarias a normas internacionales⁴. No hace falta decirlo, el desarrollo es contemporáneo y unido a la creciente importancia del derecho internacional en el mundo⁵.

En la Argentina de la transición, la influencia, interacción o diálogo transnacional ha ido en aumento. Hay una progresión que va desde la ratificación conjunta de varios instrumentos internacionales de derechos humanos en los primeros tiempos de la democracia —1983 a 1985— y su cita en fallos de la Corte Suprema, hasta la consagración, primero, judicial y, luego, a través de una reforma constitucional, en 1994, de la supremacía del derecho internacional por encima de las leyes nacionales. Desde 1994, la Constitución argentina establece expresamente que “[L]os tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, y más de diez instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos gozan, además de “jerarquía constitucional”⁶, es decir, que no sólo son superiores a las leyes, sino que gozan del mismo rango que el propio articulado constitucional.

En la década del 2000, este proceso de absorción y jerarquización progresiva de normas internacionales decantó sobre algunas decisiones concretas referidas al proceso de transición. Fundamentalmente, llevó a la Corte Suprema, a partir de 2004, a revisar todo el andamiaje normativo de las dos décadas anteriores a la luz de principios y reglas del derecho internacional, principalmente en torno a la cuestión del enjuiciamiento penal, pero también sobre asuntos referidos a la memoria, la búsqueda de la verdad, la descalificación de funcionarios involucrados en hechos delictivos del pasado, políticas de reparaciones, o la identificación de hijos e hijas de desaparecidos.

El camino que se empezó a recorrer al inicio de la democracia germinó en las decisiones contundentes de dos décadas más tarde, a favor de la aplicación nacional

³ Slaughter, Anne-Marie, *A New World Order*. New Jersey, Princeton University Press, 2004.

⁴ Esta descripción es adecuada, al menos, en torno al derecho internacional de los derechos humanos. Frente a otras reglas del derecho internacional como la de derecho internacional económico, el panorama puede variar.

⁵ Como advierte Oona Hathaway, el derecho internacional, antes una provincia de la diplomacia, hoy alcanza no sólo a las interacciones entre los Estados, sino también al comportamiento de los Estados fronteras adentro. Al inicio del siglo XXI, más de 100 mil tratados internacionales regulan desde impuestos y negocios, hasta la prohibición de la tortura. Véase Hathaway, Oona, *International Delegation and State Sovereignty*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, pp. 115-49.

⁶ Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22.

del derecho de los derechos humanos en la definición de asuntos sensibles de la transición. Por ello, el proceso de integración normativa en derechos humanos no es tanto un sello distintivo de una particular conformación de la Corte Suprema, sino una evolución –tal vez no necesaria pero sí predecible– del camino que la primera administración democrática eligió al anudar el proceso transicional a los principales tratados de derechos humanos. El sesgo internacionalista de la transición argentina y su momento actual, de tal forma, no es una novedad o la ruptura de una tradición distinta, sino de una suerte de política de Estado que todos los gobiernos democráticos desde 1983 han respetado a grandes rasgos.

La suerte de la estabilidad democrática se confió en 1983, en parte, al aval del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de allí, incluso con tensiones e incumplimientos de pautas internacionales, la decisión de las distintas fuerzas políticas que condujeron el destino nacional, ha sido el mantener de modo consistente una vocación aperturista y receptiva al derecho internacional de los derechos humanos. Todas las administraciones suscribieron los principales tratados de derechos humanos y declaraciones que fueron apareciendo en las últimas décadas, todas se han preocupado por mantener una relación al menos decente con los órganos de supervisión internacional y ninguna ha denunciado seriamente la incompatibilidad entre esos arreglos internacionales y el marco constitucional.

La referencia al derecho extranjero e internacional, por cierto, ni siquiera es una práctica iniciada en 1983. Desde sus albores, la justicia argentina apela a decisiones extranjeras, paradigmáticamente, las de la Corte Suprema de Estados Unidos de América en torno a algunas cláusulas constitucionales. Lo que sí puede verse desde 1983 a esta parte es la intensificación de ese proceso. Desde los años ochenta hasta ahora existe un incremento paulatino y constante de la permeabilidad de nuestros tribunales al derecho extranjero e internacional, y la justicia argentina de hoy es receptiva y está atenta a los desarrollos jurídicos fronteras afuera.

En relación con el desarrollo de la transición, la presencia del derecho internacional es evidente y ocupa un lugar destacado para el derecho interamericano de los derechos humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) visitó el país en 1979, en plena dictadura militar, y su acción fue fuertemente respaldada por la comunidad de derechos humanos. Tal vez no sea casualidad que Raúl Alfonsín, el presidente de la transición, haya sido uno de los políticos que se reunió con los comisionados, posiblemente avizorando el potencial democratizador de la visita y de las redes internacionales de apoyo. El informe de la Comisión cambió el paradigma de la comprensión del terrorismo de Estado. Visibilizó y dio crédito a las violaciones que el gobierno militar ocultaba, y desautorizó para siempre la tesis de los excesos consolidando definitivamente la denuncia de un plan sistemático de represión.

Esta estrecha relación con el sistema interamericano en el origen mismo del camino hacia una salida democrática se mantiene hasta hoy. En los años ochenta, la CIDH recibió denuncias por reparaciones no satisfactorias; en 1992 emitió su

informe 28, condenando las normas de impunidad y, desde entonces, mantuvo un activo monitoreo del proceso nacional. En los últimos años, dado su creciente caudal jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pasó a integrar también la red de influencia regional. La anulación de las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y de los indultos presidenciales de Carlos Menem, como ya vimos, está anclada en los principios y las reglas del sistema interamericano, y sigue la interpretación de la sentencia de *Barrios Altos*⁷.

En lo que sigue avanzaré algunas ideas en torno a las posibles causas de este maridaje entre derecho internacional y transición, sus manifestaciones y formas de relación, y su valor como efectiva contribución a la justicia. Como veremos, el sistema internacional no ha encorsetado la habilidad política de la comunidad nacional para elaborar sus propias soluciones. Argentina es ejemplo de una sociedad que experimenta como propias las razones y los procesos del derecho internacional de los derechos humanos, y que resolvió modelar y hasta revisar sus propias normas de la transición a la luz de principios de justicia y de enclaves políticos que el derecho internacional reflejaba mejor que el entramado legal nacional. Es una comunidad que aceptó, en definitiva, que algunas reglas del derecho internacional podían reflejar mejor las propias convicciones acerca de la justicia transicional que algunas leyes nacionales acuñadas bajo presión antidemocrática.

I. Posibles tensiones entre los principios internacionales de la transición y la experiencia nacional

Antes de avanzar con más detalles acerca del modo en que el derecho internacional y sus órganos interactúan con y se manifiestan en la transición, haré dos aclaraciones ya que la afirmación de una coexistencia más o menos armoniosa entre la creciente evolución y recepción del derecho internacional y la consolidación de la democracia argentina parece poder ser cuestionada por al menos dos fenómenos: el concepto de reconciliación y la reapertura de los procesos penales. Como describiré, sin embargo, ninguna de estas situaciones tiene la entidad suficiente de modificar el cuadro. Su mención aquí sirve a una descripción más precisa del caso y, por supuesto, me permite asumir los límites que toda caracterización general, como la que defiendo, inevitablemente contiene.

A. La reconciliación

La primera tensión nace de la evidencia de que la experiencia internacional acumulada en torno a la idea de *reconciliación* —a diferencia de otros desarrollos

⁷ Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

internacionales vinculados a la memoria, la justicia y la verdad— siempre fue fuertemente resistida por el movimiento local de derechos humanos. Muchos perciben, todavía hoy, que modelar el problema argentino en torno a la noción de conflicto y reconciliación impide abordar las aristas más importantes del proceso nacional, y propicia una construcción histórica incorrecta acerca de la naturaleza del pasado violento y sus responsables. Sería impensable que un órgano como la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, que recibió fuerte apoyo de la comunidad internacional, pudiera existir, al menos con esa denominación, en Argentina.

Ciertamente, tal vez no haya existido o no exista una verdadera tensión entre ciertos imperativos del derecho internacional que podrían englobarse bajo el lema de la reconciliación —digamos, a grandes rasgos, la necesidad de dirigir las acciones colectivas hacia la consecución de la paz, o el establecer ciertos límites a la persecución penal— y las necesidades o valoraciones nacionales al respecto, incluso reconociendo algún grado de divergencia. Ocurre, no obstante, que en el debate nacional el término *reconciliación* —con lo que sea que éste implique en la discusión internacional de la transición— fue empleado mayormente en asociación con ciertos reclamos dirigidos a impedir la persecución penal de los responsables y fue enarbolado por algunas personas e instituciones en particular⁸. Esto generó, de modo predecible, la ausencia de una discusión rica, a nivel local, en torno a una posible idea de *reconciliación*, sus alcances e implicancias, o sobre el posible aprendizaje de otras comunidades con procesos de transición más elaborados en torno a ese concepto u otros similares, como Sudáfrica⁹.

La alta receptividad que podemos apreciar frente a las iniciativas internacionales en materia de verdad, justicia o memoria, se torna refractaria cautela de cara a las iniciativas presentadas en clave de reconciliación, incluso con prescindencia de una discusión acabada de sus contenidos. La reconciliación no opera como un concepto útil en torno al cual discutir y encaminar las acciones, a modo de ideal regulativo, sino más bien como un rótulo casi estanco y muy difícil de disociar de posturas ya definidas de ciertos sectores de opinión, o incluso de cierta connotación religiosa¹⁰.

No es imposible modelar o interpretar algunos sucesos argentinos en torno a la idea de reconciliación. Incluso no creo que la experiencia argentina sea, en los hechos, impermeable a la idea misma de reconciliación, al menos, en algunas de sus posibles acepciones. Pero es estéril intentar una comprensión con algún anclaje histórico o político, apelando a ese término sin advertir toda la carga semántica que

⁸ La Iglesia Católica, o sectores de ella, por ejemplo, en reiteradas ocasiones ha aludido a la idea de reconciliación en comunicados públicos que critican la persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos. A modo de ejemplo, entre muchas: Pide la Iglesia al Gobierno que deje atrás el pasado, en *Diario La Nación*, Buenos Aires, 16 de mayo de 2004.

⁹ Y, consecuentemente, también son frecuentes algunas referencias acríticas o desinformadas sobre el caso sudafricano.

¹⁰ Si bien con muchas referencias a la situación local, puede verse, por ejemplo, el artículo periodístico de Horacio Verbitsky, *Castagnazos*, en *diario Página 12*, Buenos Aires, 23 de mayo de 2004, como referencia al empleo del término.

arrastra. Tampoco sería correcto interpretar sus menciones en la historia argentina, sin tener en cuenta su uso. Definitivamente, las ideas de memoria, verdad y justicia del derecho internacional han servido mucho más. Han permitido compartir ideas y plantear desacuerdos sobre una base común acerca de qué implica cada principio. La *reconciliación*, así como cualquier intento internacional en esa dirección, aporta resultados magros. No ofrece un piso de marcha compartido sino una válvula para el cierre de la discusión¹¹.

B. El derecho internacional, la Constitución y la anulación de las leyes de impunidad

Una segunda situación, más reciente y que también podría poner en tensión la idea según la cual el derecho internacional ha ido apuntalando beneficiosamente el proceso de transición argentino es el debate generado por la reapertura de la persecución penal de las violaciones de derechos humanos cuyo enjuiciamiento fue truncado por las leyes de Punto Final (1986) y de Obediencia Debida (1987), y los indultos promulgados por el ex presidente Carlos Menem (1989-1990). Para muchos, la decisión de reabrir la persecución, en línea con los compromisos internacionales, fue plausible, valorativamente defendible y compatible con la Constitución. Algunos críticos, no obstante, con variedad de razones han cuestionado la reapertura del proceso de justicia. Entre sus argumentos, uno relativamente recurrente señala que el derecho internacional de los derechos humanos, al avalar la reanudación de los juicios, consagró una solución errada, incompatible con la Constitución. Para quienes comparten esta visión, el derecho internacional es una suerte de interferencia indebida en el desarrollo constitucional del país.

El 14 de junio de 2005, la Corte Suprema de Argentina declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida en *Simón*¹², y revocó de ese modo su anterior doctrina en *Camps*¹³, favorable a la validez de las normas. La Corte, en efecto, asentó su decisión considerando la evolución de la jurisprudencia argentina respecto de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos¹⁴. Todos los comentarios señalaron la incidencia del derecho

¹¹ Con alguna similitud, McEvoy, Lesley, Kieran McEvoy y Kirsten McConnachie, Reconciliation as a Dirty Word: Conflict, Community Relations and Education in Northern Ireland, en *Journal of International Affairs*, vol. 60, n° 1, 2006, pp. 81-106.

¹² CSN, Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.* —núm. 17.768—, S. 1767, XXXVIII (14/6/2005).

¹³ CSN, *Camps*, Fallos: 310:1162 (1987) dejó sentada la validez constitucional de la Ley de Obediencia Debida. A este precedente se han remitido diversos fallos posteriores que la han aplicado; Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 316:532 y 2171; y 321:2031, entre otros.

¹⁴ El presidente de la Corte expresó que “(...) a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional, y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*” (cons. 15).

internacional en el fallo y en el rumbo de la transición. Carolina Fernández Blanco destacó que *Simón* fue fallado “con fundamento casi exclusivo en argumentos de Derecho Internacional”¹⁵, María José Guembe interpretó que la evolución del derecho nacional e internacional “obligó” a los jueces a revisar su primera posición¹⁶, y Pablo Parenti observó que los argumentos del fallo “centralmente se ocupan del derecho internacional y de su posible aplicación por nuestros tribunales”¹⁷.

Los críticos denunciaron que el máximo tribunal había aplicado de manera errónea las reglas del derecho internacional e interpretado equivocadamente los límites que la Constitución imponía a su aplicación¹⁸. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales concluyó que: “[L]a doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional (...) implica conculcar (...) el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino...”¹⁹, y el constitucionalista Gregorio Badeni señaló que la Corte Suprema no debería aceptar una fuente de autoridad superior a ella misma en materia constitucional²⁰. Algunos hasta llegaron a escribir que en materia de derechos humanos “se ha puesto de moda una posición internacionalista y unilateral a ultranza”²¹. Desde otra perspectiva, Carlos Rosenkrantz advirtió que el problema de un fallo como *Simón* no era si el derecho internacional integraba o no el orden jurídico argentino, o si Argentina debía honrar sus compromisos vigentes, sino recordar que el autogobierno colectivo requiere mirar “mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituyen como la comunidad política que somos”²².

Para todos ellos, evidentemente, la decisión de anular las normas de impunidad estaría restringiendo o interfiriendo un camino nacional que, a grandes rasgos,

¹⁵ Fernández Blanco, Carolina, La relación entre derecho internacional y derecho interno en el caso “Poblete”, en *Nueva Doctrina Penal*, nº2. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 595-607.

¹⁶ Guembe, María José, La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina, en *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, año 3, nº. 4. San Pablo, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2006.

¹⁷ Parenti, Pablo, La relación entre Derecho Internacional y Derecho Penal nacional: el caso “Simón”. Algunas observaciones sobre la aplicación del derecho internacional por la mayoría de la Corte en el fallo “Simón”, en Pastor, Daniel (ed.), *El sistema penal en las sentencias recientes de la Corte Suprema*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

¹⁸ Entre otros, Ezequiel Malarino, La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón, en *ElDial.com*, 14 de septiembre de 2009.

¹⁹ Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, *Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional*, 25 de agosto de 2005, disponible en <http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm>.

²⁰ Badeni, Gregorio, El caso ‘Simón’ y la supremacía constitucional, en *La Ley*, Suplemento Penal, julio de 2005, p. 9.

²¹ Díaz Araújo, Enrique, Internacionalismo salvaje, *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 898.

²² Rosenkrantz, Carlos F., Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo), en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, nº. 1, 2007, p. 213.

debería ser más introspectivo políticamente, más riguroso en la lectura de la Constitución y menos permeable a los argumentos forjados en la comunidad internacional. No se trata, como se ve, de la actualización de los temores de Nino ya que la desestabilización política no parece asociada al uso del derecho internacional. Lo que los críticos del momento actual de la transición cuestionan es la calidad de los procesos a través de los cuales se han definido algunas decisiones. Y la pregunta que la reapertura de los juicios generó en parte de la comunidad es por la legitimidad misma del derecho internacional como base de nuestros acuerdos colectivos.

Tiendo a pensar, en cambio, que no existen objeciones insalvables que nos obliguen a desconfiar de la autoridad del derecho internacional para contribuir a dirimir cuestiones tales como la persecución penal de las violaciones de derechos humanos del pasado. Tampoco creo que la Constitución invalide la solución adoptada, ni que la reapertura de los procesos sea un ejemplo que exija modificar la apreciación acerca de la sinergia que, en general, el caso argentino ha generado entre el espacio internacional y el proceso propio. Más bien, a diferencia de los críticos, creo que es una asunción sin mayor sustento empírico el afirmar que el caso argentino muestra, en materia de derechos humanos, una distinción clara entre el proceso nacional y el internacional. No voy a repetir aquí observaciones más puntuales que ya he realizado respecto de algunas de las críticas²³; sobre otras volveré más adelante.

Para la indagación de este trabajo alcanza con que señale que existen voces discrepantes que efectivamente creen detectar una tensión de una intensidad tal que exigiría hablar de contrastes entre los procesos nacionales y el derecho internacional. Ellos responderían de otro modo la pregunta de los editores de este volumen. Con muchos otros, sin embargo, pienso que tales contrastes no tienen en modo alguno la intensidad que les dan los críticos²⁴.

²³ La definición de los crímenes contra la humanidad en el fallo “René Jesús Derecho” de la Corte Suprema argentina, en Pitlevnik, Leonardo (ed.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 4. Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 316-350; El prestigio de los derechos humanos –Respuesta a Daniel Pastor, en Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo 1, *Democracia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 1207-36; El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo -Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n°. 1, Buenos Aires, UP, 2007, pp. 191-202.

²⁴ Relativizando la existencia o importancia del referido contraste, Abramovich, Víctor, en *Nueva Doctrina Penal*, editorial. Buenos Aires, Del Puerto, n°. 2, 2007, pp. 1-18; Böhmer, Martin, *Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional*, San Juan, Puerto Rico, SELA, 2007; De Luca, Javier, *Punitivismo y Derechos Humanos, El caso de Argentina*. Castilla La Mancha, Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha; Parenti, Pablo F., La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional, en *Lateinamerika Analysen*, vol. 18, n°. 3, Hamburg, ILAS, 2007, S. 61-93, entre otros.

II. Comunidades permeables y comunidades refractarias

Una primera reacción frente a una comunidad altamente permeable al derecho internacional es preguntarnos el por qué de esta condición. ¿Qué hace que una comunidad legal repose con mayor confianza que otras sobre las reglas o los principios del derecho internacional para solucionar un dilema difícil como el de una transición? ¿Por qué algunas comunidades indagan con más interés que otras sobre experiencias comparadas como fuente de inspiración para la solución de los propios problemas? ¿Qué puede hacer que un juez considere seriamente emular a un par de otra jurisdicción, en lugar de avanzar por caminos inéditos? Todos estos interrogantes, de algún modo, aparecen inexorablemente atados a la pregunta por el lugar que ocupa el derecho internacional en la vida jurídica de una comunidad en transición.

Es estéril aspirar a respuestas contundentes pues diversas teorías compiten por explicar el comportamiento de los Estados –y de los jueces y operadores legales en particular– para predecir la influencia de un principio, un tratado o una sentencia internacional²⁵. Oona A. Hathaway, por ejemplo, ha destacado en su investigación sobre la ratificación de tratados de derechos humanos la importancia de considerar los beneficios que, en términos de reputación internacional, un Estado cree obtener al suscribir un tratado. A su juicio, este es un elemento que ayuda a explicar la decisión de un Estado de ratificar un instrumento internacional²⁶. Otros trabajos vinculan el tipo de organización política local con la permeabilidad de dicha organización a un sistema internacional de normas y principios. También, se tienden a asociar los sistemas políticos que garantizan el respeto a las libertades civiles y políticas con la mayor aceptación de sistemas de supervisión internacional²⁷. Andrew Moravcsik afirma que la necesidad de fortalecer una transición democrática hace más probable la adscripción a un régimen internacional de protección de los derechos humanos²⁸. Otros autores han aplicado las herramientas del análisis económico del derecho

²⁵ Hathaway, Oona A. & Harold Hongju Koh, *Foundations of International Law and Politics*. New York, Foundation Press, 2005; Slaughter, Anne-Marie, *International Law and International Relations Theory: A Prospectus*, en Benvenisti, Eyal & Mose Hirsch (eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*. Cambridge University Press, 2004; Simmons, Beth A., *Compliance with International Agreements*, en *Annual Review of Political Science*, vol. 1, 1998, pp. 75-93; Simmons, Beth A., *International Law and International Relations: Scholarship at the Intersection of Principles and Politics*, en *American Society of International Law Proceedings*, vol. 95, 2002, pp. 1-9; Álvarez, José, *International Organizations as Law-Makers*. New York, Oxford University Press, 2005; Keohane, Robert O., *International Relations and International Law: Two Optics*, en *Harvard International Law Journal*, vol. 38, 1997, pp. 487-502.

²⁶ Hathaway, Oona A., *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 72, 2005, p. 469.

²⁷ Slaughter, Anne-Marie, *International Law in a World of Liberal States*, en *European Journal of International Law*, vol. 6, 1995, pp. 503-38; Simmons, *Compliance with International Agreements*, ob. cit., p. 83.

²⁸ Moravcsik, Andrew, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, en *International Organization*, vol. 54, n.º. 2, 2000, pp. 217-52.

a los sistemas internacionales de derechos humanos²⁹, mientras que, en sentido opuesto, parte de la literatura subraya el valor de los principios que conforman un sistema internacional como causa de la adhesión a ese sistema³⁰. Otros ponen el acento en la dinámica de los procesos transnacionales de creación normativa, como Harold H. Koh, o sobre el particular papel de las redes transnacionales de activistas³¹. Simplificándolo mucho, podríamos asumir que un Estado se amolda al derecho internacional por interés o por convicción. Es decir, ve en el derecho un obstáculo o un vehículo de sus intereses, o confía en que el respeto a sus normas se debe a sus calidades intrínsecas, por ejemplo, como expresión de la justicia, o del resultado de un acuerdo democrático.

Cuando la Comisión Interamericana preparaba su visita al país de 1979 es muy probable que la aceptación de su mandato por parte de la junta militar haya obedecido a los incentivos económicos que la promesa de un crédito ofrecía y a la presión externa de la administración Carter³². Recuperada la democracia, en cambio, y tal vez aún hoy, el abreviar en fuentes externas podría obedecer a un interés de otro tipo, más bien ligado a la búsqueda de reconocimiento internacional en ciertos foros, o al cálculo que en términos de reputación podría hacer un gobierno que necesitaba romper el aislamiento internacional en la comunidad democrática³³.

Creo, no obstante, que el caso de Argentina se explica mejor sobre la base de aquellas teorías que vinculan el lugar del derecho internacional y extranjero con la propia conformación de normas y valores, es decir, sobre la base de la autoridad moral de los principios que esas reglas reflejan. Al menos en el ámbito de la transición es difícil negar la profunda adhesión que los criterios centrales del derecho internacional de los derechos humanos generan en muchos operadores legales y en la comunidad en su conjunto. Así como el repudio global al genocidio

²⁹ Goldsmith, Jack L. y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*. New York, Oxford University Press, 2005.

³⁰ Simmons, *Compliance with International Agreements*, ob. cit., p. 87.

³¹ Hongju Koh, Harold, International Law as Part of Our Law, en *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 43; Hongju Koh, Harold Transnational Legal Process, en *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 181-206; Hongju Koh, Harold, Why Do Nations Obey International Law? en *Yale Law Journal*, 106, 1997, p. 2599; Sikkink, Kathryn, Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America, en *International Organization*, vol. 47, n.º 3, 1993, pp. 411-41; Keck, Margaret y Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca, NY, Cornell University Press, 1998; Brysk, Alison *The Politics of Human Rights in Argentina: Protest, Change, and Democratization*. Stanford, CA, Stanford University Press, 1994.

³² Guest, Iain, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990, p. 174; Brysk, *Politics of Human Rights in Argentina*, ob. cit., p. 54; Novaro, Marcos y Vicente Palermo, *La dictadura militar (1976-1983): Del golpe de estado a la restauración democrática*, serie Historia Argentina. Buenos Aires, Paidós, 2003, p. 290; Bartolomei, María Luisa y David Weissbrodt, The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina 1976-1983, en *Minnesota Law Review*, vol. 75, 1991, p. 1009.

³³ Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, ob. cit.

se podría explicar fundamentalmente por la aversión genuina que hoy despierta ese crimen, es posible asignar buenas oportunidades a las tesis morales para explicar por qué algunas comunidades en la transición pueden ver en las normas que prohíben los atentados más básicos sobre la persona humana un reflejo de sus propias convicciones.

Obviamente, nuestra posición como observadores frente a estas explicaciones condiciona, en parte, nuestro juicio acerca de su legitimidad. Nuestras decisiones acerca del modo correcto de evaluar la dinámica de esta interacción dice algo también acerca del tipo de relación que se establece, por ejemplo, de adhesión, de cooperación o de subordinación, y posiblemente juzgaremos de modo diverso la legitimidad de la apelación al derecho internacional según seamos capaces de entender la causalidad que lo motiva. Para una comunidad de mediano porte internacional y sin chance alguno de liderazgo global como la argentina, por supuesto, siempre existirá la sombra de que sus opciones pueden no estar configuradas en total libertad, sino escogiendo dentro del acotado marco de posibilidades que otros actores definen.

III. Manifestaciones de la justicia internacional en el desempeño de la jurisdicción ordinaria

Como dice el profesor Hitters,

[H]ace algún tiempo hubiera sido impensable para los cultores de las ciencias jurídicas en general, y del derecho internacional en particular, imaginar que los pronunciamientos y las directivas o informes emitidos por entes cuasi-judiciales y judiciales [...] podrían ‘meterse’ en la corriente sanguínea de los distintos países con tal fuerza como para lograr trastocar sensiblemente ciertas normas locales, incluyendo a las de linaje constitucional³⁴.

Argentina ha sido receptiva al derecho interamericano de los derechos humanos y a las decisiones y doctrina de sus órganos. Con altibajos, la tendencia general desde 1983 ha sido la de acrecentar la intensidad de la respuesta a los órganos del sistema.

Un modo de responder a la pregunta acerca de cómo influye el derecho internacional sobre la praxis judicial es observar de qué modo ese derecho se materializa durante las operaciones habituales de los órganos de justicia: el reconocimiento de normas y su aplicación concreta al adjudicar un caso.

³⁴ Hitters, Juan Carlos, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad, en revista *La Ley*, Buenos Aires, 17 de septiembre de 2008.

Respecto del primer supuesto, se puede concluir rápidamente que la justicia argentina reconoce con facilidad normas internacionales aplicables. Los tratados, ya dijimos, son superiores a las leyes por disposición constitucional, y la Corte Suprema ha dicho que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una guía principal para la interpretación del alcance de las obligaciones del Estado. El mismo principio ha quedado establecido, en general, respecto de las interpretaciones que hacen los órganos de los tratados de derechos humanos sobre las respectivas cláusulas de cada uno de ellos. Así, se han reconocido principios aplicables respaldados en informes del Comité contra la Tortura y otros órganos similares. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional o del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se observan como guía para la definición de los crímenes internacionales y otros elementos del derecho penal internacional. La costumbre internacional también es fuente habitual de obligaciones para la jurisprudencia de las cortes argentinas, si bien no existe una práctica rigurosa para su reconocimiento. Como ha dicho el Procurador General en *Simón*, no sólo los tratados, sino también las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución.

En todos los casos, sin embargo, el reconocimiento de todas las reglas posibles aplicables no es exhaustivo, y a veces es difícil encontrar un hilo conductor de la práctica judicial. Esto se observa en torno a los institutos del derecho penal internacional, pero también en otras áreas como el derecho internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. La jurisprudencia argentina reconoce con relativa facilidad la existencia de obligaciones internacionales que deben modelar la reacción judicial, pero muchas veces su examen no es exhaustivo, ni todo lo riguroso que se puede esperar de una comunidad judicial que decide tener una actitud permeable al derecho internacional.

En el terreno de la adjudicación judicial se observa la misma apertura y fluidez en la absorción de reglas internacionales. Las normas internacionales, las costumbres, los fallos, los tratados, descienden y se aplican sin mayores mediaciones a los casos concretos. El derecho nacional opera como un filtro no demasiado exigente y no es infrecuente encontrar fallos en los cuales el *holding* de la decisión es directamente una regla internacional, incluso para declarar la invalidez de una ley del Congreso. Individualmente, o de modo combinado, podemos identificar distintos usos del derecho internacional: su aplicación directa; la utilización de sus normas para la interpretación del derecho interno o como complemento de la normativa interna; la consideración de las interpretaciones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos para definir el alcance de los pactos y las declaraciones, y para moldear la hermenéutica constitucional y legal, y, finalmente, la ejecución nacional de decisiones de órganos internacionales judiciales o cuasi-judiciales.

Estos distintos usos, por supuesto, están determinados, en parte, por el derecho interno que regula su recepción en el ámbito nacional, la amplitud en el reconocimiento de los derechos establecidos en los tratados, la consideración del

carácter operativo de ciertas normas convencionales y la jerarquía superior de los pactos, entre otras cuestiones³⁵. En el caso de Argentina, la Corte –interpretando el artículo 75, inciso 22, constitucional– ha determinado que los jueces deben aplicar las normas de derechos humanos considerando la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales competentes para su aplicación. Además, la Constitución establece la jerarquía de los tratados de derechos humanos con rango constitucional, y de todos los tratados internacionales sobre las leyes. Al igual que ocurre con el reconocimiento de las reglas, con todo, la práctica de adjudicación tampoco es enteramente consistente.

IV. Amenazas de la justicia internacional al proceso de transición

El caso argentino no sugiere que la justicia internacional se erija como una amenaza al proceso de transición nacional. A pesar del fuerte tono imperativo que algunos principios puedan contener, es innegable que el derecho internacional de los derechos humanos ha operado siempre, en el contexto de esta comunidad, al menos, como presión simbólica en la dirección de la verdad, la justicia y la memoria, y nunca como una efectiva amenaza a los equilibrios necesarios para la estabilización democrática en curso. La justicia internacional no afecta el curso actual, ni ha afectado negativamente tampoco aquellos tramos de la historia argentina en los cuales el camino de la transición se ha desentendido groseramente de las restricciones internacionales posibles. Incluso los críticos de la reapertura actual de los procesos penales podrían coincidir en esta apreciación pues la justicia internacional no ha sido nunca un elemento desestabilizador. La Corte Penal Internacional –que es hoy la institución global con mandato directo en materia de persecución penal– carece de jurisdicción temporal sobre los hechos del pasado argentino, y la interacción principal sigue siendo con el sistema interamericano de derechos humanos, sin competencia para perseguir a ningún individuo. Para la opinión dominante, y naturalmente para la mayoría de los tribunales y para la Corte Suprema, el roce con los desarrollos internacionales nutre el debate y participa de un mismo hilo histórico que el proceso nacional.

Como dije, la divergencia más importante hoy se produce para quienes desde una perspectiva crítica creen que las consecuencias jurídicas y políticas derivadas de los pronunciamientos de la Corte, que siguieron la línea jurisprudencial trazada por la Corte IDH, afectan la transición. Para quienes postulaban que las normas de impunidad sellaban un proceso ya concluido, cuyos resultados finales deberían ser respetados, la corriente internacional alteró la seguridad jurídica, pues la clausura

³⁵ Véase Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

irrevocable de la investigación penal del terrorismo de Estado debía respetarse. Así lo expresa, por ejemplo, Daniel Pastor, quien cree que “para bien o para mal”, la cuestión debía considerarse cerrada definitivamente³⁶. La principal objeción radica en que se han dejado de lado garantías básicas de nuestros derechos constitucional y penal, como la cosa juzgada, la prohibición de doble juzgamiento, la garantía de precisión en la definición de la ley penal y de que ésta emane únicamente del Congreso, etcétera. También se afirma que ha operado un sobredimensionamiento de los derechos de la víctima a costa de la posición del imputado³⁷, y que todo ello conspira con la reconstrucción de un auténtico Estado de derecho, efectivamente respetuoso de ciertos límites éticos al accionar del Estado. El otro de los aspectos cuestionados es que la Corte haya reconocido efectos obligatorios a los precedentes de la Corte IDH en casos en los cuales el Estado argentino no había sido parte. También hay reparos a la doctrina del caso *Barrios Altos* y a su utilización como precedente, sin evaluar las diferencias fácticas que había entre el caso peruano y el argentino³⁸. El argumento central detrás de todas estas críticas es que el derecho internacional nos empuja a una pendiente resbaladiza y al paulatino apartamiento del Estado de derecho, pero ni siquiera en esta inteligencia parece posible hablar de una amenaza, en el sentido de una intervención que pudiera hacer recrudecer la violencia. En el peor de los casos, lo que se critica es la mala influencia y la criticable opción valorativa de ser deferente al derecho internacional.

La incapacidad de la justicia internacional de transformarse en una amenaza se confirma al observar también que quienes critican la fluidez del diálogo con la justicia internacional no se fijan tanto en lo que los órganos internacionales han hecho o hacen en relación con Argentina, sino en la conducta de los tribunales argentinos frente al estímulo del derecho internacional. Con ello, creo que la idea misma de una imposición o presión indebida sobre los actores locales queda desvirtuada en los propios términos de quienes formulan la objeción, pues quienes critican la influencia indebida o el error de la justicia internacional respecto del

³⁶ Pastor, Daniel, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, en *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 73-114. La expresión es similar a la que ya había usado otro profesor argentino, Pablo Manili, Sobre la inconstitucionalidad de la Ley 25.779, ‘Nos guste o no nos guste’, en *Anales de Legislación Argentina*, boletín 23, 2003. Con todo Manili, a diferencia de Pastor, cree que “[N]os guste o no nos guste, las leyes llamadas ‘punto final’ y ‘obediencia debida’ fueron, en su momento, perfectamente constitucionales y gozaron de una amplia legitimidad política” (idem), mientras que para Pastor, juristas sabios como David Baigún, Julio Maier y Marcelo Sancinetti habían demostrado que se podía argumentar para demostrar la incorrección jurídica de tales normas (p. 114, nota 79), aunque sin fijar su propia posición.

³⁷ Malarino, Ezequiel, Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional – Un resumen, en *Lateinamerika Analysen*, vol. 18, n°. 3. ILAS, 2007, pp. 191-214.

³⁸ Filippini, Leonardo G., Algunos problemas en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el fallo Simón de la Corte Suprema Argentina, en *Judicialización de crímenes de sistema – Estudios de caso y análisis comparado*, Serie Justicia Transicional. Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ)-Canadá, 2008, pp. 467-511.

caso argentino no pueden más que dirigir sus observaciones a la conducta de las autoridades nacionales que son, en definitiva, las que a ojos de todos conducen el proceso a través de decisiones autónomas.

V. Incidencia de la actuación de organismos de control o judiciales internacionales sobre los actores nacionales

Tal como Margaret Keck y Kathryn Sikkink observaron, el foro internacional interamericano ha funcionado como caja de resonancia o espacio de reclamo cuando los canales nacionales de acceso a los representantes fueron bloqueados³⁹. El proceso internacional operó así como otro foro de la política nacional, donde quienes no eran considerados sujetos de derechos en su propia comunidad, pudieron ser reconocidos en su dignidad personal. Ese piso de mínima consideración, con todo, no tuvo impactos fácilmente visibles durante mucho tiempo, como quedó demostrado tras el Informe de la CIDH 28/92, que consideró las leyes y los indultos como contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y hasta es dudoso que la reanudación de la persecución penal en el 2003 haya sido influida de un modo decisivo por tal informe.

En la jurisprudencia argentina, con todo, ha cuajado el argumento según el cual algunas soluciones son debidas a fin de “evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en particular después de la reforma constitucional de 1994. Se trata de una expresión habitual en el lenguaje del derecho internacional público que, sin embargo, ha sido percibida como una argumentación de autoridad y no demasiado convincente a nivel local. Por esa vía fueron incorporadas muchas reglas del derecho internacional de modo inmediato, y la interpretación del derecho nacional se nutrió con la práctica de los órganos internacionales.

La Corte Penal Internacional en particular ha tenido una influencia moderada sobre el proceso nacional. Existió y existe un fuerte interés académico que se hizo especialmente más intenso durante la discusión acerca de la implementación del Estatuto. Ello generó un debate en torno a la tipificación de algunos crímenes, y esas discusiones han decantado como contribuciones interpretativas a los tipos penales de la ley argentina existentes en la ley penal al momento de los hechos del terrorismo de Estado que se aplican en los procesos penales de hoy, con profusos ejemplos de citas de la Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas (ECPI), Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en muchas resoluciones.

Una derivación peculiar, aunque acotada, de la práctica consolidada de apelar a las citas de los tribunales penales internacionales ha sido la discusión sobre

³⁹ Keck, Margaret y Kathryn Sikkink, *Activistas sin Fronteras*. México D.F., Siglo XXI, 2000.

la posible expansión de la persecución penal a los miembros de organizaciones armadas que actuaron sin apoyo estatal. A raíz de algunas declaraciones públicas de Luis Moreno Ocampo⁴⁰, y sobre la base de la interpretación sostenida por otros autores, una corriente de opinión, en contra del criterio establecido por la Corte y el procurador General de la Nación defiende la idea de que Argentina tiene la obligación internacional de perseguir los hechos de la guerrilla ya sea como crímenes de guerra, como crímenes contra la humanidad, o en función de las normas internacionales sobre terrorismo⁴¹. La cuestión no obstante ya ha sido saldada en varios fallos y al día de hoy parece improbable que se modifique esta línea.

Por otro lado, no ha habido grandes problemas en cuanto al modo de integrar las normas y la jurisprudencia internacionales en materia de derecho penal internacional, con excepción de las cuestiones referidas a la imprescriptibilidad de la acción penal y a la nulidad de las normas de impunidad, que fueron las más debatidas, como ya hemos visto. La Ley 26.200 adoptó nacionalmente los tipos penales de la ECPI, y la jurisprudencia que se ha ido generando a partir de la reapertura de los casos ha ido incorporando la jurisprudencia de verdad y justicia penal de los tribunales internacionales. Para algunos críticos hay cierta manipulación o uso incorrecto de los materiales. Por mi parte, tiendo a pensar que, en cambio, aun con sus problemas, se verifica una interpretación homogénea de las normas.

VI. Jurisdicciones extranjeras e internacionales

Al margen de la conocida relevancia del sistema interamericano sobre el proceso argentino, es interesante notar también que terceros países han tenido, en general y de modo consistente, una línea similar en declarar la responsabilidad por el terrorismo de Estado argentino, ejerciendo de ese modo cierta presión, fundamentalmente ética o simbólica, y permitiendo dar continuidad en el exterior a la reclamación de justicia clausurada en el país.

Entre los ejemplos más tempranos se encuentra Estados Unidos, donde a partir del caso *Pena Irala vs. Paraguay* se abrieron algunos casos civiles involucrando a responsables argentinos. En los años noventa, sendos pedidos de extradición en los casos *Josef Schwamberger* y *Priebke* dieron la oportunidad para que, en el primer caso la Cámara Federal de La Plata, y en el segundo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dieran conceptos favorables a la cooperación penal internacional y sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Durante la vigencia de las leyes de impunidad, además, fueron muy importantes los casos en España en contra de Adolfo Scilingo y de Ricardo Miguel Cavallo quien, a su vez,

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Las FARC pueden ser investigadas por crímenes de lesa humanidad, en *Diario Perfil*, Buenos Aires, 16 de marzo de 2008.

⁴¹ Cárdenas, Vigo y Manfroni, ob. cit.

se hallaba radicado en México. Ambos casos contribuyeron a mantener la atención sobre el tema y permitieron a la comunidad de derechos humanos nuclearse en torno a peticiones concretas. La política argentina de entonces era reacia a favorecer estas extradiciones y, entrada la década del 2000, hubo pedidos al gobierno del entonces presidente Fernando de la Rúa a fin de cooperar con los procesos en jurisdicción extranjera, en caso de que la vocación del gobierno argentino fuera la de no revisar la impunidad. Había procesos judiciales contra militares argentinos en España, Italia, Suecia, Francia y Alemania. En el primer caso se invocaba la jurisdicción universal y en los demás se ejercía la potestad persecutoria ya que algunas de las víctimas eran ciudadanos de esos países⁴².

La reapertura de los juicios a partir de 2003, incluso, se habilitó por una doble vía. En la jurisdicción nacional, a través de la anulación de las normas de impunidad, y en la jurisdicción extranjera, a través de la derogación de un decreto del ex presidente de la Rúa que no autorizaba la extradición en los casos citados. Casualmente, dos situaciones transnacionales contribuyeron a que la Corte argentina definiera el curso actual de la persecución penal. En *Arancibia Clavel* (2004) anticipó muchos de los conceptos de lo que sería el fallo *Simón* (2005) al resolver en relación con la situación de un miembro de la policía secreta chilena, y en *Lariz Iriondo* (2005) la CSJN fijó su posición sobre el alcance de las figuras de terrorismo y crímenes contra la humanidad al fallar sobre un pedido de extradición de un integrante de la ETA.

También merece una mención la cooperación penal internacional actual en materia de extradición de imputados por la justicia argentina. Las extradiciones del ex agente de la Triple A, Rodolfo Almirón, desde España⁴³, la de Manuel Cordero desde Uruguay⁴⁴, entre otras, o incluso la cooperación individual de ciudadanos de otros países, como en la denuncia de la participación del piloto argentino Julio Alberto Poch en los vuelos de la muerte⁴⁵, luego respaldada por las autoridades holandesas y españolas, importaron contribuciones concretas al proceso nacional. Esa colaboración, por cierto, no sólo facilita el accionar concreto de la justicia y el avance de los procesos judiciales, sino que, de algún modo, actúa también como aval implícito al curso del proceso de justicia.

Las tendencias en nuestra región, en cambio, tal vez no influyan demasiado sobre el proceso de la transición ni sobre los modos de intervención judicial en relación con el derecho internacional, si bien también son observadas. Existe un

⁴² Véase, por ejemplo, la opinión de ese momento de Víctor Abramovich, La decisión, en manos de la Justicia, en diario *La Nación*, 15 de julio de 2003.

⁴³ Véase Almirón, sin excusas, en diario *Página 12*, Buenos Aires, 1 de abril de 2008, y Rodolfo Almirón, jefe de los asesinos de la Triple A, en diario *El País*, España, 13 de junio de 2009.

⁴⁴ Véase Manuel Cordero fue extraditado a Argentina, en diario *El País*, Uruguay, 23 de enero de 2010, disponible en <http://diarioelpais.com.uy/100123/ultmo-467167/ultimomomento/manuel-cordero-fue-extraditado-a-argentina>.

⁴⁵ Así se denomina a la práctica de exterminio utilizada por la dictadura militar argentina consistente en ahogar a los detenidos desaparecidos arrojándolos indefensos a las aguas del Río de La Plata.

fuerte interés académico por los desarrollos en Colombia, en particular respecto del papel de las cortes constitucionales en la tutela de derechos y el funcionamiento de la Ley de Justicia y Paz. También hay interés por los desarrollos en Uruguay. En el caso de Chile, en especial, el caso Pinochet –durante la vigencia de las normas de impunidad– contribuyó a que la comunidad jurídica incorporara la problemática y observara con interés los desarrollos en España, el Reino Unido y el país vecino. En una dirección discutible, Venezuela plantea los mismos desafíos que para otros países de la región en clave de integración interamericana en materia de derechos humanos por sus fuertes críticas al sistema interamericano. La experiencia de Brasil, distinta a la de los países del Cono Sur, no parece impactar especialmente, si bien algunas requisitorias en relación con el Plan Cóndor parecen alinearse con la tendencia que hoy parece generalizada en la región. Los casos centroamericanos, por último, son leídos fundamentalmente a través de los desarrollos de la Comisión y la Corte interamericanas.

En otro orden de ideas, es difícil estimar si la actuación de los órganos judiciales internacionales y de sus miembros condicionan las percepciones que el país tiene acerca de la justicia transicional. No hay material empírico que permita fundar una respuesta concluyente, y sólo podríamos presentar algunas especulaciones. De modo prominente, la visita de la CIDH en 1979 marcó a fuego una relación que aún perdura y se trata, posiblemente, del organismo más fuertemente asociado al proceso de transición, junto con la Corte IDH.

VII. El desafío argumental

Un aspecto que el caso argentino ilumina es el del valor del esfuerzo argumental de los tribunales sobre las percepciones colectivas. A juzgar por muchas de las interpretaciones generadas por el tono y los contenidos de los fallos de los últimos años, una explicitación judicial más cuidadosa de las razones de las decisiones permeables al derecho internacional podría haber colaborado a una percepción más favorable sobre su empleo. El corazón del reclamo al máximo tribunal en la percepción de que el recurso al derecho internacional se hace sin una adecuada meditación acerca de su valor y de las posibles consecuencias de su empleo. Se ha dicho que los tribunales se reservan, bajo ese velo, un margen de discreción inconveniente –e impropio en la función judicial, en particular la penal–, y que evitar responsabilidades internacionales ulteriores no resulta un argumento suficientemente sólido para justificar el empleo nacional de estándares internacionales.

En este sentido, se cuestiona que los tribunales argentinos aplican reglas del derecho internacional consuetudinario que no están respaldadas por una práctica consistente de la comunidad internacional; que se ha dado a la jurisprudencia interamericana un lugar de privilegio injustificado; que han interpretado

erróneamente fallos y decisiones de tribunales internacionales; y que se aplican las reglas internacionales sin filtro constitucional alguno, como reglas de autoridad inexpugnables. Junto a muchos otros, discrepo con esta caracterización tal radical del estado y la calidad de la jurisprudencia argentina. Hay inconsistencias, errores de cita y debilidades en algunos argumentos que posiblemente podrían sustentarse sobre mejores bases, pero no encuentro especialmente problemático leer toda esta jurisprudencia de un modo compatible con la historia del conflicto, y con los valores constitucionales argentinos y los principios de justicia de esa comunidad. El debate en la comunidad legal, con todo, existe. Y aunque en algunos casos posiblemente sólo persiga horadar el proceso de justicia, sin base en ninguna preocupación genuina por el derecho o la justicia, hay quienes creen que existe un auténtico desencuentro, generado por los jueces al adoptar un curso de acción desafiante de las formas del saber jurídico dominante.

Los atajos argumentales de los tribunales o la economía de los razonamientos que ha presentado públicamente como soporte de algunas decisiones no reflejan todo el esfuerzo que es necesario y han generado un costo importante sobre la capacidad persuasiva de sus fallos. Una decisión de autoridad fuerte, tal como la de ordenar la reapertura de una serie de procesos penales ligados a un capítulo doloroso de la historia nacional, quizá exigía un esfuerzo argumental y expositivo mayor, a fin de minimizar, al menos, la posibilidad de que la discusión sobre el curso de la justicia se tiña de dudas acerca del papel que los jueces podrían estar desempeñando.

Se trata de un factor que se debe considerar seriamente en la construcción de acuerdos comunes acerca de la juridicidad de las decisiones colectivas. Las prácticas asentadas, las rutinas de los saberes dominantes o la comprensión habitual de algunos problemas pueden reaccionar con alguna desconfianza frente a decisiones que proponen abiertamente un enfoque distinto acerca del modo en que las instituciones deben actuar frente a las exigencias de la transición.

Comprobada la existencia de modos argumentales diversos quedan algunas dudas: ¿en qué medida podemos hablar de desacuerdos profundos, por ejemplo, acerca de las divergencias entre la Constitución y el derecho internacional, y en qué medida, en cambio, se trata de un desacuerdo de otro orden, llamémosle epistémico, más bien ligado a la fricción que provoca un modo argumental novedoso en una comunidad habituada a un enfoque diverso? El caso argentino ilustra algunos de los problemas asociados a ambos tipos de desacuerdo.

VIII. El derecho internacional en contexto

Desde otra perspectiva, surge con alguna naturalidad la pregunta acerca de la individualización correcta del problema de la adopción nacional de principios y reglas del derecho internacional frente a un cambio político y social profundo, como

la transición. ¿Cuánto hay de propio del par jurisdicción internacional-transición y cuánto corresponde, en verdad, a la tensión propia que implica la intervención judicial sobre un problema social? La idea que yo postularía aquí es que muchas de las discusiones que aparecen no tienen que ver con el derecho internacional y el funcionamiento de sus instituciones sino con la aprehensión jurídica de un asunto de alta sensibilidad, cuya solución política muchos defienden.

Concebir un conflicto como un problema de derechos generalmente implica que los intereses en juego son tan críticos “que otros objetivos o preferencias deben subordinarse a la satisfacción y respeto de aquellos [...] Los derechos son intereses que merecen una protección especial y prioritaria en las agendas y políticas públicas”⁴⁶. Las intervenciones judiciales, evidentemente, exhiben un fuerte contenido de juridicidad en el modo de enfrentar ciertas cuestiones y esto implica limitar algunos sentidos posibles de los términos de una discusión, los procedimientos disponibles y los remedios a la mano. Recortar la política, limitar la discreción y forzar la argumentación.

La opción por el derecho internacional ha habilitado que los jueces se involucren a través de algunas decisiones en un proceso social que, de otro modo, tendría menos principios o reglas de referencia. En general, no esperamos que los jueces jueguen con las reglas de la pura política, pero el derecho internacional, con su conjunto de reglas relativas a ciertos aspectos de la transición, expandió el ámbito del control judicial. Los jueces, gracias a ello, pueden avanzar sobre la arena política y social, no como actores políticos puros sino, todavía, en el marco de las competencias que les asigna un conjunto de normas legales.

Por lo menos en Argentina, precisamente, una discusión tiene que ver con la existencia, la laxitud y los poderes que efectivamente esas reglas pueden ofrecer. Hay un auténtico problema con el derecho internacional en tanto efectivamente los jueces han hallado reglas para habilitar su competencia y principios para resolver casos que clásicamente no eran vistos como justiciables. Pero, esta peculiaridad que el derecho internacional parece haber ofrecido –digamos, una ampliación de las posibilidades judiciales– podría ser anecdótica si pensamos la cuestión de modo más general y consideramos, por contraste, en otras posibles intervenciones judiciales sobre conflictos transformadores de la sociedad.

La interpretación judicial no textualista de cláusulas constitucionales sobre igualdad, por ejemplo, autorizó avances judiciales en materia racial y en supuestos de discriminación. La defensa judicial más comprometida de los derechos económicos, sociales y culturales se presenta junto a una construcción fuerte de su exigibilidad. La idea del poder judicial como árbitro de los procesos políticos, alienta la posibilidad de una mayor presencia judicial en áreas vinculadas tradicionalmente a la estricta esfera política. Hay muchos ejemplos y todas estas interpretaciones, al igual que

⁴⁶ Alegre, Marcelo, Pobreza, igualdad y derechos humanos, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 6, n.º 1., 2005, p. 176.

los reclamos por la implementación de medidas de transición auspiciadas por el derecho internacional, están acompañadas por corrientes de opinión, y movimientos de apoyo y presión. Si pensamos en las diversas intervenciones judiciales asociadas a cambios de paradigmas valorativos, o a fuertes modificaciones de los existentes, encontramos también variaciones acerca del entendimiento del papel judicial, ya sea propiciando una actitud más activa o más restrictiva, en lo procedimental, o proveyendo de soporte conceptual nuevas formas de entender el alcance de ciertos derechos, como la igualdad.

La hipótesis que quiero dejar sugerida entonces –y creo merecería una mayor discusión al menos en comunidades jurídicas como la de Argentina– es que gran parte de la atención puesta en la relación del derecho internacional con el proceso nacional refleja, en verdad y fundamentalmente, modos rivales de comprender la cuestión sustantiva en juego. La mirada eminentemente prospectiva y sumamente respetuosa de los arreglos institucionales alcanzados en el pasado quedó asociada a las tesis nacionalistas, mientras que el enfoque revisionista y escéptico acerca del valor de la consolidación de soluciones injustas avanzó sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que siempre estuvo en juego –¿quizá lo único que está en juego?– es la tensión entre estos dos modos de plantarse frente a la solución de los años ochenta y noventa.

El derecho internacional, cuya evolución como marco de referencia de valores y principios fue más o menos contemporánea al desarrollo de la transición argentina, siempre estuvo asociado al reclamo del movimiento de derechos humanos, empezando por la enorme referencia que significó el informe de la CIDH de 1980. A su vez, el derecho internacional se nutrió de la experiencia de este movimiento. Los promotores de una salida diversa, en general, ofrecieron interpretaciones sobre las posibilidades de intervención judicial. En los años ochenta, alegando la imposibilidad de que la justicia civil conociera hechos que correspondían a la jurisdicción militar, o que revisara la autoamnistía militar pues estaba amparada por el principio de la ley penal más benigna. Más recientemente, en contra de casi cualquier revisión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, y de la aplicación de reglas del derecho internacional de los derechos humanos. Lo que queda sugerido, pues, es que lo atractivo del derecho internacional no fue tanto su contenido transfronterizo, sino su capacidad para autorizar intervenciones judiciales dentro de un contexto de transición política.

El caso argentino sugiere además que el curso de la transición no fue definido *desde afuera*, sobre la base de reglas internacionales ajenas a la comunidad, sino que ese cuerpo de derecho fue evolucionando al paso del proceso de la transición y reflejó, en un momento dado, las aspiraciones de justicia de quienes pudieron liderar el cambio. Las presiones *desde afuera* estuvieron casi siempre ligadas al esfuerzo de algún miembro de la comunidad nacional. Y así como en los primeros años de la democracia la aspiración de justicia por los crímenes se manifestó en construcciones jurídicas como la supremacía de la jurisdicción civil sobre la

militar, o la tesis de la autoría mediata por la conducción de un aparato represivo, ella apareció más tarde como justificación de un monismo legal intenso. Una tarea pendiente, de tal forma, es dilucidar cuándo efectivamente podemos hablar de un problema fundamental en la aplicación del derecho internacional frente a la Constitución y cuando, en cambio, nos embarcamos en esa discusión sólo porque un asunto más profundo se manifiesta bajo su piel.

Conclusión

Es posible postular, en definitiva, que el uso del derecho internacional en el caso argentino refleja una visión del derecho que reconoce la existencia de *principios* no necesariamente positivos, pero a cuya existencia apelamos en la resolución de casos difíciles⁴⁷. Y posiblemente, quienes entendemos que la ley no puede ser más que una provincia del discurso moral tendamos a mirar con menos rigorismo el uso transfronterizo de normas, y a aceptarlas como manifestaciones de reglas y principios universalmente plausibles.

El derecho internacional en la transición argentina parece haber permitido expresar de un modo accesible elementos de justicia ausentes o negados por la ley escrita, pero vivos en la comunidad. De tal manera, puede haber sido el catalizador de un discurso moral y expresar bajo un formato habitual de normas y fallos un fuerte juicio moral de condena a la impunidad. Ello, no obstante, no ha implicado negar toda virtualidad al derecho positivo frente a las razones morales. Las decisiones de la transición argentina no son puros principios morales, sino reglas reconocibles, fallos y textos consagrados como tratados y declaraciones que han irrigado el entramado de normas nacionales para embeberlas de una idea de justicia de otro modo ausente.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Santos Pérez, María Lourdes, Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin, en *Doxa*, n.º. 26, 2003, pp. 347 y ss.

Capítulo 13

Justicia transicional, justicia penal y excepcionalismo: el caso en Sudáfrica

Howard Varney*

A mediados de la década de los noventa fueron instauradas en Sudáfrica medidas extraordinarias con el fin de fomentar la transición de una nación dividida, un pasado violento y opresivo, hacia un futuro pacífico y democrático. Las medidas incluían la suspensión parcial del Estado de derecho. A este proceso se le abona el hecho de haber facilitado el éxito de la transición de este país y crear “el milagro de la nación arco iris”¹. El aparente triunfo de esta notable y divulgada experiencia parece haber inspirado a otros países a recurrir a medidas similares². Algunos de ellos ya han participado en transiciones genuinas, mientras que otros se han quedado atrapados en conflictos armados.

El modelo sudafricano fue imitado apresuradamente e incluso algunos países lo adoptaron a ciegas. Se perdió de vista que los instrumentos de la justicia transicional relacionados con la búsqueda de verdad, reparación, justicia y la amnistía, desempeñaron un papel bastante limitado en el panorama general de la transición: no eran más que una pequeña parte del paquete más amplio de instrumentos y herramientas. La clave del éxito de la transición de Sudáfrica recayó, en principio, en los acuerdos que fueron discutidos entre las antiguas partes en conflicto, luego de difíciles años de negociaciones. El pilar que sostuvo

* Agradezco a Edward Jeremy, pasante de la Oficina de Cape Town del ICTJ, por realizar la investigación inicial para este documento.

¹ Lunsche, Sven, A Celebration of Miracles and Rainbows, en *Financial Mail*, 7 de mayo de 1994; Cartwright, Justin, The Rainbow Nation's Miracle Turns a Little Rusty, en *The Independent*, 11 de abril de 2004.

² Por ejemplo, Kenya aprobó una ley que incluye un capítulo de amnistía que, en gran medida, es una copia de la ley de Sudáfrica que estableció la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*). En Nepal cursa un proyecto de ley para la creación de una comisión de la verdad, la cual incorpora un programa de “amnistía a cambio de verdad”. Indonesia aprobó una ley para la creación de una comisión de la verdad que ofrecía amnistía a cambio de verdad, aunque la ley completa fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Indonesia en 2005. El Programa de Reconciliación Comunitaria (*Community Reconciliation Programme*), vinculado a la Comisión de Recepción y Reconciliación de Timor Oriental (*East Timorese Commission for Reception and Reconciliation-CAVR*), permitía la concesión de una inmunidad de persecución penal por delitos menos graves a cambio de la verdad y la realización de un acto de reparación. La Ley de Justicia y Paz en Colombia prevé para los perpetradores hacer uso de la “versión libre” o de la revelación de la verdad, con el fin de obtener penas de prisión reducidas. Una organización de la sociedad civil en Uganda, en consulta con el gobierno, ha elaborado un proyecto de ley de Reconciliación Nacional que incluye la concesión de amnistía a cambio de revelación completa respecto de los delitos que no constituyeron crímenes internacionales.

el programa de transición fue la promesa de una nueva constitución basada en los principios acordados, que ofrecería derechos exigibles para todos y sería inclusiva con las minorías. Se les exigiría rendir cuentas a quienes hicieron uso del poder público. Se establecerían instituciones independientes con la autoridad de investigar y castigar a estos funcionarios públicos. La naturaleza altamente participativa del proceso de construcción de la nueva constitución sentó las bases para el inicio de una sociedad justa y democrática.

Los esfuerzos para lidiar con el pasado, como la búsqueda de la verdad, la amnistía condicional y las reparaciones, desempeñaron un papel elemental –aunque no central– en la transición sudafricana. Tal vez la característica más notable de este programa fue la oferta de una “póliza de seguro” para los perpetradores de cualquier parte del conflicto, que podrían usarla en caso de enfrentar persecución penal³. Este seguro se estableció bajo la figura de una amnistía condicional: verdad por amnistía. En caso de que un victimario enfrentara persecución penal o civil, podría hacer efectivo el “seguro” al revelar detalles de los delitos relevantes y así obtener inmunidad contra todas las consecuencias jurídicas de los hechos. Esta póliza persuadió a muchos, especialmente a aquellos miembros de las antiguas fuerzas de seguridad, a seguir comprometidos con una transición pacífica y a no retomar las armas. Este fue el beneficio más importante del programa de amnistía sudafricana. Probablemente hasta justificó la suspensión, limitada pero de fondo, del proceso penal ordinario.

Mientras la mayoría de los sudafricanos probablemente están de acuerdo en que la suspensión parcial del Estado de derecho fue justificada, ha de plantearse cómo esta medida excepcional ha repercutido en el sistema de justicia penal. Este artículo sugiere que el impacto ha sido perjudicial y que Sudáfrica aún sigue luchando para combatir las consecuencias de una política de impunidad oficialmente sancionada. Tales medidas han tendido a tomar vida propia con el paso del tiempo, más allá de las restricciones temporales que se les ha impuesto. Incluso, se estableció una cultura de privilegio con los perpetradores que esperan un tratamiento especial, o poco severo. Esta cultura persiste hasta el día de hoy.

Este capítulo presentará en la parte I los antecedentes relevantes de la transición de Sudáfrica y las medidas empleadas para enfrentar el pasado. Mostrará los intentos limitados y esporádicos para perseguir penalmente a los perpetradores durante y después de la vigencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación (CVR o Comisión). La parte II del capítulo estudiará los pasos tomados por el Estado para lograr mayor inclusión de los perpetradores, a través de medidas que se asemejan mucho con la amnistía condicional de la CVR. Estas incluyeron enmiendas a la política de persecución penal de Sudáfrica y la introducción de una exención de indultos políticos. Esta sección también aborda los esfuerzos de la sociedad civil para frenar la implementación de estas medidas. En la parte III se evalúa el estado

³ La amnistía estaba también disponible para personas que ya habían sido condenadas por crímenes con motivación política.

actual de la justicia posconflicto en Sudáfrica, concluyendo que las víctimas no están más cerca de la justicia. La parte IV explora la relación entre las medidas de justicia transicional y el sistema de justicia penal, así como también la sutil influencia de estas medidas excepcionales en el sistema de justicia penal. Se propone que las medidas excepcionales o poco severas introducidas para acoger a los perpetradores del pasado, fuera del periodo transicional, deben ser examinadas con estándares más exigentes. En conclusión, el capítulo sugiere que las medidas excepcionales empleadas por las autoridades de Sudáfrica no cumplen tales estándares.

I. Antecedentes

La era del *apartheid* en Sudáfrica se caracterizó por la violencia política y las violaciones a los derechos humanos, que incluyeron masacres, asesinatos, tortura, detención prolongada de activistas y la inclemente discriminación económica y social contra los negros sudafricanos. Hasta los últimos días del *apartheid*, Sudáfrica era un país donde las violaciones de los derechos humanos eran algo común. La CVR estableció que la tortura contra los presos políticos fue ejercida de manera habitual por los miembros de la policía de Sudáfrica y su División de Seguridad, y que se trataba de una práctica que contaba con la aprobación oficial de los líderes políticos⁴. La Comisión recibió más de 22.000 denuncias de incidentes de tortura⁵. Según la CVR, grupos de derechos humanos estimaron que más de 73.000 detenciones administrativas ocurrieron en el país entre 1960 y 1990. Concluyó que había una práctica establecida, en que la tortura acompañaba la detención. Ésta invariablemente se realizaba sin ningún tipo de imputación o juicio⁶. La Comisión constató que el antiguo Estado perpetuaba la impunidad al tolerar y aprobar la práctica de la tortura⁷.

A. Amnistía a cambio de verdad

En 1994, antes de la elección de Nelson Mandela como el primer presidente elegido democráticamente en Sudáfrica, se aprobó una Constitución provisional⁸ con el propósito anunciado en el Preámbulo de “la promoción de la unidad nacional y la reestructuración, y la gestión de un gobierno continuo en Sudáfrica, mientras que una Asamblea Constitucional electa, establezca la Constitución definitiva”. El

⁴ *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica-CVR), vol. 6, sec. 5, cap. 2, párrs. 16-17 y 25-49, 21 de marzo de 2003.

⁵ *Ibid.*, párr. 22.

⁶ *Ibid.*, párr. 24.

⁷ *Ibid.*, párrs. 25 a 49. Véase *Interim Truth and Reconciliation Commission Report* (Informe Provisional de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica), vol. 2, cap. 3., 1997.

⁸ Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993.

Epílogo de la Constitución provisional reflejaba la solución negociada entre las antiguas partes en conflicto. Con el fin de alcanzar los objetivos de unidad y reconciliación nacional, no se implementaría “la justicia de los vencedores”, pero tampoco habría una amnistía general para los perpetradores. El Epílogo autorizó una amnistía limitada, con “fecha límite de vigencia” para los delitos de motivación política “[p]ara avanzar (...) en la reconciliación y la reconstrucción (...)”. En consecuencia, contemplaba el establecimiento de mecanismos, criterios y procedimientos, todos regulados por la ley, a través de los cuales la amnistía sería concedida o negada.

Por tanto, la Ley 34 de 1995 para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional (“la Ley de la CVR”) incorporó la concesión de la amnistía por delitos políticos cometidos en un periodo determinado, cuando se realizara una divulgación completa y se reunieran los demás criterios (“los criterios de amnistía”). En total, el Comité de Amnistía recibió 7.112 solicitudes de amnistía, de las cuales 849 fueron concedidas, 5.392 fueron rechazadas, y 871 fueron retiradas⁹. El Comité de Amnistía de la CVR terminó su trabajo y publicó su informe en 2003.

B. Obligación de seguimiento

El 29 de octubre de 1998, de conformidad con la Ley de la CVR, el informe provisional de la Comisión fue entregado al presidente Nelson Mandela y, posteriormente, presentado al Parlamento. El informe se compone de cinco volúmenes y aproximadamente 2.250 páginas. Una parte sustancial del volumen 5 se ocupa de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. La Comisión hizo un llamamiento específico para la investigación y persecución penal de los perpetradores que se habían negado a solicitar la amnistía¹⁰.

En el informe final, relacionado con la labor del Comité de Amnistía, que se lanzó el 21 de marzo de 2003, la Comisión subrayó que el proceso de amnistía no debía ser visto como la promoción de la impunidad. Destacó la necesidad de “una política de persecución penal sin tregua” en aquellos casos en que la amnistía no hubiese sido solicitada a fin de “evitar cualquier sugerencia de impunidad o de que Sudáfrica incumple sus obligaciones en términos de derecho internacional”¹¹. La Comisión exhortó al Estado, y en particular a la Fiscalía Nacional, a investigar los casos de desapariciones sin resolver¹².

La visión filosófica que sustenta la CVR y su proceso de amnistía consistía en que era un proceso único y definitivo de duración limitada. Fue la manifestación de una política deliberada de contener el proceso y resolverlo dentro de un plazo

⁹ Informe final de la CVR, ob. cit., tomo 6.

¹⁰ Informe provisional de la CVR, ob. cit., tomo 5, párr. 14.

¹¹ Informe final de la CVR, ob. cit., vol. 6, sec. 5, cap. 1, párr. 24.

¹² *Ibíd.*, vol. 6, sec. 5, cap. 4, párr. 94. La CVR registró unos 1.500 casos de desapariciones. *Ibíd.*, párr. 52 del vol. 6, sec. 5, cap. 2.

limitado, para que el país pudiera dejar atrás el pasado y seguir adelante. No había nada en el diseño constitucional y legal del proceso de la CVR que contemplara la extensión de los derechos de los perpetradores a la amnistía o la inmunidad de la persecución. Se prevía específicamente que se realizarían investigaciones criminales y persecuciones penales en caso que a los victimarios se les negara la amnistía o no la solicitaran. Esto estaba en la médula del pacto estipulado con las víctimas.

Un programa de tan grande envergadura requirió una grave limitación de los derechos fundamentales de las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Estos sacrificios fueron autorizados para alcanzar el objetivo puntual de facilitar una transición pacífica hacia un orden democrático. La mayoría de las víctimas aceptaron los compromisos necesarios y severos que se tendrían que hacer para cruzar el puente histórico del *apartheid* a la democracia. Y lo hicieron sobre la base de que se haría un verdadero seguimiento a los perpetradores que no se acogieran al proceso y que no calificaran para la amnistía. El Estado, por lo tanto, tenía la obligación de adoptar todas las medidas razonables para iniciar procesos en contra de los perpetradores que no fueron amnistiados.

C. La actividad en materia de justicia penal durante la CVR

En el momento de inicio de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica no existía un organismo del aparato penal encargado de la investigación y persecución penal de los crímenes políticos del pasado. Ciertamente, nadie esperaba que la policía corrupta ejerciera este papel. Por consiguiente, esta enorme tarea recayó en dos pequeñas iniciativas *ad hoc* de persecución penal: una con sede en Pretoria y la otra en Durban. Fueron investigaciones *ad hoc* porque no eran iniciativas de persecución penal orientadas específicamente a complementar el proceso de la CVR. Si la amnistía ofrecida por la CVR fue considerada la “zanahoria”, estas investigaciones no estaban destinadas a proporcionar el “garrote”, sino a hacer frente a situaciones específicas que se mencionarán más adelante. Desafortunadamente, durante el tiempo de la CVR no se estableció una investigación criminal paralela y dedicada a proporcionar el “garrote” necesario o la amenaza real de persecución penal.

La investigación de Pretoria, establecida a principios de 1994 bajo la autoridad de la Fiscalía de Transvaal, estaba dirigida a purgar a la policía de Sudáfrica de los escuadrones de la muerte. La iniciativa de Durban, concentrada en la Unidad de Investigación creada a finales de 1994, tenía la tarea de intervenir en el sangriento conflicto de Natal. Se esforzó por investigar a los responsables de los escuadrones de la muerte, organizados por las fuerzas armadas de Sudáfrica y que actuaron bajo el manto de la policía nacional¹³. En el momento de estas dos investigaciones, los sospechosos en cuestión ejercían un poder considerable. Se temía que si no

¹³ Lue, Melanie, A Short History of the Establishment of the ITU: Making Enemies-Dismantling KwaZulu Natal's Hit Squads, en *Crime & Conflict*, 1996.

eran impugnados y expuestos, podrían desempeñar un rol desestabilizador en el futuro¹⁴. Ambas investigaciones enfrentaron enormes dificultades. La investigación de Pretoria logró cierto grado de éxito con la condena del coronel Eugene De Kock, comandante de un escuadrón de la muerte de la policía¹⁵. La condena de De Kock provocó directamente las solicitudes de inmunidad contra la persecución penal de varios funcionarios policiales de rango superior. Sin embargo, la investigación no hizo el seguimiento de los responsables de la planificación y la autorización de las atrocidades, es decir, de los generales y dirigentes políticos.

La investigación de Durban se centró en el papel desempeñado por las fuerzas armadas al apoyar a escuadrones de la muerte de la policía de Inkatha y KwaZulu¹⁶. Mientras la investigación de Pretoria recibió el apoyo entusiasta de la Fiscalía General de Transvaal, la de Durban no gozó del mismo apoyo de la Fiscalía General de Natal. El Fiscal General de Natal se negó a procesar los casos más relevantes por motivos cuestionables y mostró un rendimiento poco estratégico en el único caso que sí llevó a juicio: el de Malan. El caso contra el ex ministro de Defensa, Magnus Malan y otros oficiales de alto rango¹⁷ por los asesinatos de 13 personas en un ataque en un poblado cerca de Durban, terminó con la polémica absolución de todos los acusados¹⁸. Para complicar la situación, el tribunal encargado del caso no evaluó apropiadamente la totalidad de la comunidad de prueba, que no sólo incluía la evidencia oral de los miembros del escuadrón de la muerte y los militares, sino también los documentos militares autenticados que hacían referencia directa a la utilización de los “escuadrones de la muerte”¹⁹. Como resultado del fracaso de este caso, muy pocos miembros de las principales organizaciones perpetradoras, las fuerzas armadas y el partido *Inkatha Freedom* (IFP) se acercaron a la Comisión de la Verdad para solicitar el procedimiento de amnistía.

¹⁴ Varney, Howard, *The Role of the Former State in Political Violence: Operation Marion: A Case Study*, Informe inédito presentado al Presidente y a la CVR, marzo de 1997.

¹⁵ Eugene de Kock, antiguo jefe de la unidad de contrainsurgencia (*Vlakplaas*), fue condenado en agosto de 1996 por seis cargos de asesinato, así como decenas de cargos menores, y fue sentenciado a cadena perpetua en octubre de ese año. Véase Hanna, M., South African Apartheid Assassin Jailed for Life, en *CNN.com*, 30 de octubre de 1996, disponible en <http://edition.cnn.com/WORLD/9610/30/s.africa/index.html>. Ferdi Barnard, miembro del buró de Cooperación de la Fuerza de Defensa Sudafricana (SADF), también fue condenado en 1998 por varios cargos, incluidos dos de asesinato. Recibió dos penas de cadena perpetua. Gideon Nieuwoudt, Wynand du Toit y Marthinus Ras también fueron condenados en 1996 por los asesinatos de los Cuatro de *Motherwell* y condenados de 10 a 20 años de prisión.

¹⁶ La iniciativa Durban también investigó las denuncias del escuadrón de la muerte del Congreso Nacional Africano en la ciudad de Richmond, en la región central de KwaZulu Natal y logró varias condenas por asesinatos.

¹⁷ En total hubo 20 acusados, entre ellos el antiguo ministro de Defensa, dos ex jefes de la antigua Fuerza de Defensa de Sudáfrica (SADF), una serie de altos funcionarios de Inteligencia Militar, el jefe de personal de Inteligencia, un coronel de la rama de seguridad, el secretario general delegado del partido *Inkatha Freedom*, y seis reclutas *Inkatha*. Estos seis eran miembros del grupo de asalto de la SADF en la Operación Marion, que fueron acusados de haber llevado a cabo la masacre en KwaMakhutha.

¹⁸ *State v. Peter Msane and 19 Others*. Caso número CC1/96, Durban & Coast División local de la Corte Suprema.

¹⁹ Varney, H. y J. Sarkin, Failing to Pierce the Hit Squad Veil: A Critique of the Malan Trial, en *South African Journal of Criminal Justice*, vol. 2, 1997.

El último juicio importante empezó en 1997 contra el coronel Wouter Basson, jefe de una conocida unidad química y biológica de un proyecto de control de población. A Basson lo procesaron por 46 cargos de envenenamiento de activistas *antiapartheid*. En abril de 2002, Basson fue absuelto por un tribunal de Pretoria tras un intento fallido de la Fiscalía de recusar al juez por motivos de falta de imparcialidad. Aunque la Corte Suprema de Apelación confirmó la absolución, la Corte Constitucional revocó esta decisión parcialmente en 2005, al considerar que los delitos cometidos fuera de la jurisdicción territorial de Sudáfrica podrían ser procesados en tribunales nacionales. Esto abrió la puerta a nuevas acusaciones contra Basson en relación a los delitos que habían tenido lugar fuera de Sudáfrica; sin embargo, el Fiscal Nacional, hasta la fecha, no ha avanzado en el trámite de estos casos²⁰.

No hubo un plan estratégico para investigar y procesar los crímenes del pasado en Sudáfrica, a pesar de que la fórmula de “verdad por amnistía” exigía que hubiera una respuesta coordinada del aparato penal. La garantía de independencia de una investigación penal de la fuerza policial corrupta que no podía investigarse a sí misma y a sus antiguos superiores no fue suficiente. Este mismo proceso de depuración y vigilancia sobre la independencia de la investigación debió haber ocurrido en relación con los servicios de la Fiscalía. Además, la composición de la judicatura representó un factor adicional de debilidad en el sistema. El manejo del caso de Malan por el tribunal provocó interrogantes acerca de si casos políticamente sensibles deberían ser tratados como casos penales ordinarios, asignados a magistrados que eran inapropiados para juzgar estos asuntos o si, en cambio, deberían haber sido escuchados por paneles especiales compuestos por jueces independientes y respetados.

D. Desarrollos después de la CVR

En 2002 cuando la CVR había concluido finalmente el proceso de amnistía, la Comisión presentó los dos últimos volúmenes de su informe y entregó una lista de 300 nombres a la Fiscalía Nacional para su investigación y procesamiento. Pocas medidas en búsqueda de la justicia han ocurrido desde la entrega de esa lista. En el mismo año, el presidente Thabo Mbeki ejerció su autoridad ejecutiva en virtud de la Constitución para el indulto y la liberación de 33 ex combatientes del antiguo movimiento de liberación. Los portavoces del gobierno afirmaron que cada indulto había sido concedido tras un análisis de caso por caso. Sin embargo, se produjeron graves acusaciones de sesgo político pues sólo los miembros asociados con el movimiento de liberación fueron indultados, mientras que ningún asociado con la derecha pareció haber sido considerado²¹. Según el Departamento de Justicia,

²⁰ S v Basson 2005 (1) SA 171 (CC); S v Basson 2007 (3) SA 582 (CC).

²¹ Véase South African Justice Minister Defends Controversial Presidential Pardon, en *BBC Monitoring Africa*, 22 de mayo de 2002.

los presos indultados habían solicitado la amnistía bajo el sistema de la CVR, pero sus peticiones fueron rechazadas. El ex presidente de la CVR, el arzobispo Desmond Tutu, calificó el indulto como “la punta de lanza de una amnistía amplia y general” (en inglés, “*the thin edge of a general amnesty wedge*”) ²².

La concesión de estos indultos provocó que se presentara un alto número de solicitudes para el indulto por parte de victimarios asociados con el régimen del *apartheid*. En 2003, unos 384 prisioneros presentaron las solicitudes de indulto presidencial alegando que habían sido condenados por delitos de motivación política. Todos ellos recibieron asistencia en la tramitación de estas solicitudes por el partido *Inkatha Freedom*, el cual ha sido asociado con el antiguo gobierno del *apartheid*. La CVR determinó que los miembros y partidarios del IFP habían cometido el mayor número de violaciones a los derechos humanos ²³. El Ministro de Justicia se negó a procesar sus solicitudes de indulto basado en que no había ninguna política establecida para hacer frente a las solicitudes relacionadas con delitos de “motivación política” ²⁴.

En marzo de 2003 la Fiscalía Nacional (NPA, por su sigla en inglés) estableció la Unidad de Litigio Prioritario de Crímenes (PCLU, por su sigla en inglés) para investigar y procesar, entre otros, casos que surgieran del proceso de la CVR. Tras una auditoría de los 300 casos, la PCLU indicó que más de la mitad de los casos no servían para ser perseguidos penalmente, pero que 21 de ellos, profundizando las investigaciones, estaban listos para ser llevados a juicio ²⁵. Sin embargo, la unidad fue incapaz de realizar las investigaciones porque el Estado no le asignaba investigadores ni obligaba a la policía a designar oficiales de investigación. Menos de un puñado de los casos avanzaron entre 2002 y 2004 ²⁶. La única acusación importante, la de tres agentes de la policía de seguridad a quienes se les había negado la amnistía por el asesinato de tres activistas, está estancada ²⁷. De noviembre de 2004 a diciembre de 2005, la Fiscalía Nacional impuso la suspensión *de facto* en el enjuiciamiento de los casos de la era del *apartheid*, con el pretexto de que una nueva política se estaba preparando para tales asuntos. Grupos de la sociedad civil expresaron su preocupación por el hecho de que cada día transcurrido durante esa suspensión *de facto* implicaba que el plazo de prescripción avanzaba, de acuerdo

²² Battersby, John, Pardons Make a Mockery of TRC, en *Sunday Independent*, 19 de mayo de 2002.

²³ Informe provisional de la CVR, ob. cit., vol. 2, cap. 5, párr. 279, p. 475.

²⁴ *Chonco and Others v Minister of Justice and Constitutional Development and Another*, TPD caso n°. 21224/2007.

²⁵ Ackerman, Anton, *Prosecutions Emanating from Conflicts of the Past*, presentación realizada en la conferencia organizada por el ICTJ: Domestic Prosecutions and Transitional Justice, 16-19 de mayo de 2005, Magaliesburg, Sudáfrica.

²⁶ Véase Ernest, Carnita, Reconciliatory Justice: Amnesties, Indemnities and Prosecutions in South Africa's Transition, en Centre for the Study of Violence and Reconciliation (ed.), *After the Transition: Justice, the Judiciary and Respect for the Law in South Africa*. Sudáfrica, CSVR, octubre de 2007, pp. 12-14.

²⁷ El caso de *The State v. Nieuwoudt and Two Others*, en relación con los asesinatos del “Pebco 3” fue suspendido en espera del resultado de una revisión judicial de la decisión del Comité de la Amnistía de la CVR para negar la amnistía a los perpetradores.

al régimen legal sudafricano²⁸. Resaltaron que el perjuicio sufrido por las víctimas y las comunidades afectadas era irreversible.

Tras la implementación de la nueva política en 2005 (que abordaré más adelante), la suspensión *de facto* se revocó, pero esto no llevó a la creación de ningún programa significativo para procesar estos crímenes. El único acontecimiento de importancia tuvo lugar el 17 de agosto de 2007 cuando fue confirmado por el Tribunal Superior el acuerdo de aceptación de cargos (*plea bargain*) negociado por el Estado con el ex ministro de Ley y Orden, Adriaan Vlok, el ex Comisario de Policía y otros tres oficiales. Los acusados habían sido acusados por la tentativa de homicidio de un activista *antiapartheid*, el reverendo Frank Chikane, en 1989. El acuerdo de aceptación de cargos fue duramente criticado como resultado de las penas inferiores que fueron establecidas (suspensión condicional de la sentencia) y por el hecho de que los acusados no fueron obligados a revelar información sobre las listas de víctimas y la operación de los escuadrones de la muerte que podría haber sido utilizada contra otros oficiales superiores²⁹.

II. Considerando los delitos “políticos”

La respuesta del gobierno al clamor de las víctimas por justicia y a la demanda de los victimarios por clemencia fue crear el Equipo de Trabajo sobre Amnistías (*Amnesty Task Team*) a principios de 2004. El grupo estaba obligado a examinar e informar acerca del “examen de un proceso de amnistía sobre la base de la divulgación completa de los crímenes cometidos durante los conflictos del pasado”³⁰, entre otros temas. El nombre de esta unidad indica sus prioridades. Este grupo, a su vez, recomendó la creación de otro grupo de expertos, el Equipo de Trabajo Inter-institucional (*Departmental Task Team*), integrado por miembros del Departamento de Justicia, las Agencias de Inteligencia, la Fuerza Nacional de Defensa Sudafricana, la Policía de Sudáfrica, los Servicios Penitenciarios, la Fiscalía Nacional y la Oficina del Presidente. Sus funciones se orientaron a evaluar la conveniencia de procesar penalmente los delitos cometidos durante los conflictos del pasado y hacer recomendaciones al Fiscal Nacional (NDPP, por su sigla en inglés) – para examinar los casos en que sería adecuado considerar la libertad condicional o el indulto presidencial. El esfuerzo de estos equipos de trabajo

²⁸ Ley de Procedimiento Penal, n.º.51 de 1997, art. 18.

²⁹ Véase Bubenzer, Ole, *Post-TRC Prosecutions in South Africa*. Marthinus Nijhoff Publishers, 2009, para obtener una descripción de todos los procesos pos-CVR, así como un examen en cuanto a si Sudáfrica ha violado el derecho internacional por la falta de investigaciones penales; y los antecedentes de las consultas en secreto que el gobierno de Sudáfrica llevó a cabo con los antiguos generales del *apartheid* sobre la cuestión de las persecuciones penales pos CVR.

³⁰ *Report: Amnesty Task Team*, clasificado como “secreto” y divulgado durante el procedimiento en materia del *Nkadimeng & Others v The National Director of Public Prosecutions & Others*, TPD caso 32709/07.

abonó el camino para la política del gobierno sobre la ampliación del ámbito de la impunidad para los perpetradores a través de una nueva política de persecución penal y una consideración especial de los indultos políticos.

La justificación de estas medidas parecía ser un esfuerzo para hacer frente a los “asuntos pendientes” de la CVR³¹. Estos asuntos pendientes incluyeron otorgar la oportunidad de presentarse y entregar información a muchos de los perpetradores que no solicitaron la amnistía ante la CVR. Se consideró que había muchos perpetradores que quisieron solicitar la amnistía, pero fueron obstaculizados por los líderes de los diversos bloques quienes controlaron el acceso a la Comisión, intimidando a los subordinados para que no se presentaran. Había otros que aparentemente no tenían información suficiente y carecieron de asesoría legal para presentar solicitudes de amnistía. Se sostenía que, al someterse ahora, dichos perpetradores contribuirían a la construcción de un mayor conocimiento del pasado. Pudo haber operado cierta renuencia por parte del gobierno en gastar grandes sumas de dinero persiguiendo crímenes del pasado³². Por último, parecía haber una preocupación porque el público no aceptara la persecución penal de miembros de las fuerzas de liberación y otros que participaron en la resistencia del *apartheid*.

Grupos de la sociedad civil expresaron su preocupación porque parecía que la política propuesta, equivaldría a una repetición del proceso de la verdad ligado a la amnistía de la antigua CVR. Los grupos instaron al gobierno a dar a conocer las enmiendas propuestas a la política de persecución penal para que ellos y otros grupos y personas interesados, pudieran formular observaciones y recomendaciones. A pesar de su solicitud, la nueva política se publicó a finales de 2005 sin la consulta deseada, al menos con los grupos de la sociedad civil que representaban los intereses de las víctimas.

A. Enmiendas a la política de persecución penal

El 1 de diciembre de 2005, el Fiscal Nacional (NDPP) efectuó cambios a la política de persecución penal en virtud de la sección 179 de la Constitución (la política reformada). Esta política reformada permitió que el fiscal empleara los mismos criterios utilizados por la CVR para conceder las amnistías a la hora de decidir si perseguía penalmente a los perpetradores involucrados en los conflictos del pasado. Las víctimas y los grupos de la sociedad civil consideraron que la nueva política era una extensión encubierta del régimen de amnistía de la CVR mediante el uso de la facultad discrecional del fiscal para perseguir delitos (*prosecutorial discretion*).

³¹ Véase la declaración del presidente Thabo Mbeki, citada en Terreblanche, Christelle, *New Deal 'Stops Short of General Amnesty'*, IOL, 18 de mayo de 2003.

³² Véase la declaración de Frank Chikane, publicada en Terreblanche, Christelle y Edwin Naidu, *Apartheid Henchmen Take up Offer of Indemnity*, IOL, 11 de mayo de 2003.

Los criterios adicionales incluían: si el perpetrador había revelado toda la verdad, su actitud hacia la reconciliación, el grado de adoctrinamiento al cual había sido sometido, una muestra de arrepentimiento y una “voluntad de respetar la Constitución”. Los fiscales también fueron obligados a abordar cuestiones de alto nivel político y a determinar si un proceso penal contribuiría a la “construcción de la nación a través de la transformación, la reconciliación, el desarrollo y la reconstrucción” de la sociedad sudafricana.

Las enmiendas a la política contemplaron que los fiscales recibirían “asistencia” en sus determinaciones por parte de funcionarios de la Agencia Nacional de Inteligencia, la división de detectives de la policía nacional, el Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional y la Dirección de Operaciones Especiales (una unidad de la NDPP). Irónicamente, la nueva política declaró que “el Gobierno no tenía la intención de ordenar que la NDPP, bajo el auspicio de su propia oficina, perpetuara el proceso de amnistía de la CVR”³³.

Las enmiendas permitían la concesión de inmunidad frente a la persecución penal, incluso en los casos en que existieran pruebas suficientes para obtener una condena, se tratara de un delito grave, la víctima estuviere a favor de la persecución penal y el demandante no hubiese solicitado o no le hubiese sido concedida la amnistía por la CVR. Además, la política enmendada no permitía que las víctimas conocieran la “verdad” revelada por los perpetradores ya que todo el proceso ocurriría a puerta cerrada.

En 2007 se inició una acción judicial para que la nueva política fuera declarada inconstitucional. La acción fue interpuesta por las viudas de los Cradock Four (secuestrados y asesinados por la policía de seguridad) y la hermana de Nokuthula Simelane (secuestrada, torturada y desaparecida por la policía de seguridad). Ellas fueron apoyadas por tres organizaciones de la sociedad civil: el Grupo de Apoyo Khulumani, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ por su sigla en inglés) y el Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación (CSVR).

Las demandantes alegaron que la nueva política de persecución penal permitió que la Fiscalía Nacional repitiera el proceso de amnistía de la CVR y concediera una inmunidad efectiva frente a la persecución penal a aquellos que no habían acudido al procedimiento de amnistía de la CVR. Se argumentó que esto no sólo erosionó la integridad del proceso de la CVR, sino que también socavó el Estado de derecho y la independencia de la Fiscalía. Además, infringió los derechos de las víctimas, incluidos sus derechos a la vida, la dignidad y la igualdad. Por otra parte, se argumentó que las enmiendas no cumplían con el derecho internacional.

El arzobispo Desmond Tutu presentó una declaración jurada en la que afirmó que los intentos por parte del Estado para promover la impunidad “representaban una traición a todos los que participaron de buena fe en el proceso de la CVR.

³³ Véase *Nkadameng & Others*, TPD caso n°. 32709/07.

Socavaban por completo las bases de la CVR de Sudáfrica, que ofreció una fórmula de verdad por amnistía durante un periodo específico y limitado. Sobre todo, se alzaban como una traición a todos los sudafricanos que abrazaron el espíritu de la verdad y la reconciliación con el fin de ir más allá de la amargura del pasado”³⁴.

En un fallo en diciembre de 2008, el Tribunal Superior de Pretoria declaró que las enmiendas eran inconstitucionales y “una receta para el conflicto y lo absurdo”. El tribunal consideró que las enmiendas equivalían a una “copia o duplicación” del proceso de amnistía de la CVR. Esto era ilegal, porque “cuando hay pruebas suficientes para adelantar una acción penal, el [NDPP] debe cumplir con su obligación constitucional”. El tribunal también concluyó que “muchos de los criterios (...) no eran pertinentes a la decisión de perseguir o no penalmente”. El tribunal rechazó el argumento de que las enmiendas no permitían la concesión de inmunidad ya que las víctimas todavía podrían presentar una acción privada. Según el tribunal, “los delitos no son investigados por las víctimas. Es responsabilidad de la policía y la fiscalía garantizar que los casos sean debidamente investigados y procesados”³⁵.

B. Trámite especial de los indultos políticos

En noviembre de 2007, el entonces presidente Thabo Mbeki anunció, en una sesión conjunta de ambas cámaras del Parlamento, que pretendía establecer un trámite especial de los indultos políticos para abordar los “asuntos pendientes” de la CVR. A principios de 2008, creó el Grupo de Referencia de Indultos (PRG) para solicitar y examinar las solicitudes de indulto por delitos de motivación política cometidos antes de junio de 1999³⁶. Los parámetros escritos del Grupo de Referencia multipartidista establecían que, como las normas de amnistía de la CVR habían caducado, el presidente recurriría a sus poderes de indulto³⁷. A diferencia de la CVR, el PRG se componía sólo de políticos y excluía cualquier participación de las víctimas. Además, todas sus actuaciones tuvieron lugar en secreto y ninguna de las solicitudes de indulto ha sido dada a conocer a las víctimas, a las partes interesadas o al público.

El reconocimiento de las víctimas fue fundamental para el proceso de la CVR. Pero el Proceso Especial de Indultos no les dio voz a las víctimas. Esto no fue un simple descuido del Grupo de Referencia y del Presidente. Al PRG se le pidió en varias ocasiones que permitiera los aportes de las víctimas y se negó a hacerlo. También rechazó un ofrecimiento de la coalición de la sociedad civil de facilitar la contribución de las víctimas en los casos en los que se recomendó el indulto.

³⁴ Declaración jurada de apoyo a Desmond Mpilo Tutu, *Nkadimeng & Others v The National Director of Public Prosecutions & Others*, TPD caso n° 32709/07.

³⁵ Sentencia en el caso *Nkadimeng & Others*, *ibid*.

³⁶ Presidencia de la República, Comunicado de prensa, *Commencement of Presidential pardons period*, 16 de enero de 2008.

³⁷ Términos de Referencia para el *Pardons Reference Group*, publicado por el Departamento de Justicia y Desarrollo Constitucional, disponible en http://www.info.gov.za/events/2008/tor_pres_pardon.pdf.

Igualmente, el PRG se ha negado a revelar los casos que fueron recomendados para recibir indulto presidencial³⁸.

Entre los solicitantes de indulto están el ex ministro de la Policía, Adriaan Vlok; el ex Comisionado de Policía, Johan van der Merwe; un grupo derechista que atacó brutalmente a personas negras en Kuruman en 1995 y un extremista de derecha que activó una bomba en un supermercado en Worcester en la Nochebuena de 1996. Cuatro personas murieron en este ataque, dos de las cuales eran niños de nueve años de edad. El atacante de Worcester sostiene que él era un prisionero de guerra, aunque atacó a civiles y su delito fue cometido más de dos años después del inicio de la democracia constitucional en Sudáfrica.

El Grupo de Referencia compiló una lista de 121 prisioneros y condenados recomendados para recibir indulto presidencial mediante la aplicación del procedimiento o trámite especial, que fue entregado al Presidente interino Kgalema Motlanthe en marzo de 2009³⁹.

La decisión del presidente Motlanthe del 13 de marzo de 2009 de no permitir la participación de las víctimas y no retirar el manto de confidencialidad con el que se había adelantado el proceso de indultos provocó que se interpusiera una acción judicial. Cuando el presidente indicó que tenía previsto seguir adelante con el trámite de los indultos, una coalición de organizaciones de la sociedad civil⁴⁰ solicitó al Tribunal Superior, con carácter de urgencia, la adopción de una medida que restringiera la expedición de los indultos presidenciales en el marco del trámite especial⁴¹.

La coalición argumentó que el trámite de los indultos no sólo era inconstitucional, sino que violaba el espíritu y el legado de la CVR, el cual garantizaba los derechos de las víctimas a ser oídas antes de que la amnistía fuera concedida a los victimarios. Los abogados de la coalición alegaron que como el Presidente impuso criterios específicos para la concesión del indulto (a saber, la confesión y la demostración de un móvil político), éste estaba obligado a garantizar un procedimiento justo (debido proceso) para determinar si se cumplían esos criterios. En un proceso unilateral, en

³⁸ Véase la declaración jurada de HM van der Merwe en el asunto *CSVR & Others v President of the Republic of South Africa & Others*, Caso 15320/09, Corte Superior de North Gauteng.

³⁹ Anexo I de la declaración jurada de Paul Snaid en la solicitud de Ryan Albutt para apelar ante la Corte Constitucional. Incluso, es evidente de la lista incompleta de aquellas personas recomendadas para recibir indulto que había una seria deficiencia con el proceso. Aquellos recomendados para indulto presidencial incluyeron: un individuo condenado por 21 asesinatos y 15 intentos de asesinato; un condenado por 19 asesinatos y 14 intentos de asesinato; por lo menos 16 condenados por 4 o más asesinatos; y varios criminales condenados, además de asesinato y tentativa de homicidio, por delitos como secuestro, robo, incendio, allanamiento de morada, hurto, y posesión ilegal de explosivos, armas y municiones. Esto sugiere que los individuos no eran delincuentes políticos, sino criminales en serie. Este resultado altamente irracional no es sorprendente dado que no se permitía que nadie confirmara o refutara las afirmaciones hechas por los autores de que sus crímenes estaban revestidos de motivaciones políticas.

⁴⁰ Conformada por el ICTJ, CSVR, Khulumani, Institute for Justice and Reconciliation, South African History Archive, Human Rights Media Centre y Freedom of Expression Institute.

⁴¹ Notice of Motion, *CSVR & Others v President of the Republic of South Africa & Others*, caso n°. 15320/09, Corte Superior de North Gauteng.

el que sólo se escuchan las opiniones de los perpetradores, no se puede establecer si se cumplen o no los criterios. Esto hacía que el procedimiento no sólo fuera evidentemente injusto, sino también arbitrario e inconstitucional⁴².

En abril de 2009, el Tribunal Superior del Norte de Gauteng adoptó una medida cautelar impidiendo que el Presidente concediera los indultos presidenciales en el marco del trámite especial para indultos políticos, en espera de la determinación final de la acción judicial. El Tribunal también ordenó al Presidente y al Ministro de Justicia que proporcionaran a la coalición de la sociedad civil la lista de los prisioneros que el Grupo de referencia había recomendado para que recibieran el indulto presidencial. El Tribunal consideró que el Presidente estaba obligado a cumplir su “compromiso legal y público”, que el trámite de concesión de indultos políticos se llevaría a cabo en “forma abierta y transparente, uniforme y en estricta conformidad con los procedimientos y criterios predeterminados” y que el procedimiento debería obedecer a los principios, valores y acuerdos del proceso de la CVR, en particular, su proceso de amnistía⁴³.

El presidente del tribunal sostuvo que este “compromiso está de acuerdo con los valores y principios básicos consagrados en la Constitución” y que las víctimas deben ser escuchadas antes de que se libere a los presos mediante la figura del indulto. Además, concluyó que el Presidente debe considerar toda la información pertinente de cualquier parte interesada, antes de tomar una decisión⁴⁴.

El Presidente y uno de los intervinientes de la derecha apelaron la decisión del Tribunal Superior ante la Corte Constitucional⁴⁵. Este caso fue presentado el 11 de noviembre de 2009 y se espera el fallo. El resultado tendrá importantes implicaciones para los derechos de las víctimas en los procesos de indulto y amnistía.

III. El estado de la justicia en la Sudáfrica posconflicto

Como están las cosas, los victimarios –quienes solicitaron el indulto político– mantienen sus condenas y sanciones penales a la espera del resultado del caso relativo a los indultos presidenciales. Por su lado, los fiscales no pueden seguir aplicando los criterios de amnistía para negarse a procesar un caso con méritos. La Fiscalía Nacional ha aceptado perseguir los casos entregados por la CVR. Sin embargo, los fiscales están luchando con las limitaciones de recursos y la policía hasta la fecha se ha negado a asignar investigadores a los casos. Así pues, en realidad, a pesar de las victorias judiciales, las víctimas no están más cerca la

⁴² Argumentos de apertura del demandante, *CSV & Others*, Caso n°. 15320/09.

⁴³ Sentencia y Orden de Seriti J, 28 de abril de 2009, *CSV & Others*, Caso n°. 15320/09.

⁴⁴ La sentencia y los documentos de la corte están disponibles en <http://ictj.org/en/news/features/2563.html>.

⁴⁵ *Ex Parte Ryan Albutt* en el asunto *CSV & Others v President of the Republic of South Africa & Others*, CCT 54/09.

justicia. Tal vez se vean obligadas a acudir a los tribunales de nuevo para controlar la inacción de la policía y los fiscales, y así obligarlos a actuar.

La Corte Constitucional, en el caso *Basson*, expuso pautas útiles sobre las obligaciones del Estado respecto de los crímenes del pasado. La Corte afirmó que:

No puede caber la menor duda de que el uso de medios del Estado para asesinar a personas detenidas mucho después de que hubiera cesado la resistencia, transgredía de forma grave –en la década de los 80 (así como antes y después)– las normas más básicas del derecho internacional humanitario (...) Estos medios de la guerra son aberrantes para la humanidad y prohibidos por el derecho internacional⁴⁶.

Lo más significativo es que la Corte confirmó que la Fiscalía Nacional representa a la comunidad y está obligada, en virtud del derecho internacional, a perseguir penalmente los crímenes del *apartheid*:

La obligación del Estado de perseguir los crímenes no se limita a las infracciones que fueron cometidas después de que la Constitución entrara en vigor, sino que también se aplica a todos los crímenes cometidos antes de su entrada en vigor. Es relevante para esta indagación que el derecho internacional obliga al Estado a castigar los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. También es evidente que la aplicación del *apartheid* dio lugar a crímenes contra la humanidad y que algunas de las prácticas del gobierno del *apartheid* constituyeron crímenes de guerra⁴⁷.

Hasta ahora, las impactantes palabras de la Corte Constitucional parecen haber llegado a oídos sordos. Pocos casos se han interpuesto en el sistema penal nacional, y muchos menos han llegado al internacional. Según el Jefe de la PCLU (la unidad fiscal que atiende los casos de la CVR), hay varios obstáculos para la interposición de acciones judiciales. Éstos incluyen: la falta de capacidad de investigación dentro de la unidad; el hecho de que los Servicios de Policía de Sudáfrica no están dispuestos a asumir los casos debido a “las dimensiones políticas asociadas a estos, así como a la elevada carga de trabajo”; la prescripción de determinadas acciones; la introducción de nuevas directrices para el procesamiento de los casos derivados del proceso de la CVR a través de la nueva política modificada (ahora derogada por la Corte); y el paso del tiempo, especialmente en relación con la enfermedad o muerte de los victimarios y los testigos⁴⁸.

El diseño del proceso de la CVR nunca tuvo la intención de cerrar las persecuciones penales. La misma CVR pidió investigaciones penales exhaustivas

⁴⁶ S v Basson 2005 (1) SA 171 (CC), párrs. 179 y 180.

⁴⁷ Basson, *ibíd.*, párr. 37.

⁴⁸ Ackerman, A., *ob. cit.*

de los casos más meritorios e incluso presentó una lista de esos casos a la Fiscalía. Sin embargo, la élite política de Sudáfrica vergonzosamente ha obstruido y, en efecto, detenido las investigaciones penales, lo que ha obligado a las víctimas a recurrir a los tribunales para proteger sus derechos.

IV. La relación entre la justicia transicional y el sistema de justicia penal

La CVR representa lo que Desmond Tutu describió como una “tercera vía”, un compromiso entre las persecuciones al estilo de Nuremberg, por un lado, y una amnistía general o amnesia nacional por el otro⁴⁹. En Sudáfrica, esta “tercera vía” (una amnistía condicional de verdad por verdad) fue en gran parte resultado de un compromiso político alcanzado en las últimas etapas de la transición del *apartheid*.

El éxito de este diseño recaía totalmente en proveer a los victimarios un incentivo para que participaran en el proceso confesional. El incentivo dependía en gran medida de la percepción de una amenaza real de una investigación, persecución y condena penal. La ecuación era muy simple: cuanto mayor fuera la amenaza, mayor sería el incentivo, y viceversa. Una vez acordado este marco, el proceso de la verdad estaba inexorablemente vinculado al proceso penal. Sin embargo, se prestó poca atención al establecimiento de una línea paralela de investigación y persecución penal de los delincuentes políticos, ya que la mayor parte de los recursos se dedicaron a la creación de la Comisión de la Verdad.

En vez de reconocer que se debió haber establecido un cordón umbilical entre el proceso de justicia penal (“el garrote”) y el proceso de la Comisión de la Verdad (“la zanahoria”), la CVR tendió a presentarse como una alternativa a las persecuciones penales. Además de los imperativos políticos, la amnistía se justificaba sobre la base de que hubiera sido difícil aplicar los mecanismos de justicia penal debido a un poder judicial desacreditado, a la destrucción de los registros y a la preocupación de que los enjuiciamientos serían demasiado perjudiciales para la transición de la sociedad⁵⁰. Los intentos fallidos para condenar a Wouter Basson y al general Magnus Malan tendían a apoyar esta opinión. El proceso de amnistía significaba que las investigaciones y casos judiciales serían en la mayor parte suspendidos hasta que finalizara el proceso. Lamentablemente, la gran mayoría de los casos suspendidos no se reanudaron y, con el paso del tiempo, su recuperación es menos probable.

Además, la CVR expresó su preferencia, en cierta medida, por un enfoque restringido frente a la persecución penal:

⁴⁹ Tutu, Desmond, *No future without forgiveness*. New York, Doubleday, 1999, p. 30.

⁵⁰ Chapman, Audrey R. y Hugo van der Merwe (eds.), *Truth and Reconciliation in South Africa. Did the TRC Deliver?* Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008, p. 296.

Cuando la amnistía no haya sido solicitada o ha sido denegada, la persecución penal debe ser considerada en los casos en que existan pruebas de que un individuo ha cometido una grave violación de derechos humanos (...) Debe tenerse en cuenta un límite de tiempo para tales acciones⁵¹.

Audrey Chapman y Hugo van der Merwe han criticado la postura “moralmente ambigua” de la CVR sobre la amnistía, argumentando que “en vez de ver el proceso de amnistía como un mal necesario que le fue impuesto a través de la Constitución y la Ley de la CVR, la Comisión defendió activamente su moralidad y lo presentó como un espacio para el arrepentimiento, la reconciliación y la recuperación de la verdad”⁵².

Los acontecimientos políticos posteriores a la CVR, descritos en este documento, han dado lugar a preocupaciones legítimas de que una cultura de la impunidad, respecto de los crímenes con móviles políticos, ha permeado todo el sistema de justicia penal. En los últimos cinco años, el gobierno de Sudáfrica ha tratado de implementar una serie de medidas que conllevan el riesgo de fortalecer más las políticas de impunidad en el país. La aplicación renovada del proceso de amnistía de la CVR bajo el marco de la discrecionalidad contemplada en la nueva política de persecución penal y del proceso especial de indulto presidencial sugiere que la amnistía se ha disociado de su contexto excepcional e incorporado en el sistema ordinario de justicia penal.

A. Examinando las medidas excepcionales fuera de la transición

Se ha sugerido en este documento que una fuerte justificación es necesaria para la suspensión del proceso normal de la justicia penal, incluso en una transición. La cuestión que se plantea entonces es qué tipo de justificación es necesaria para la incorporación de estas medidas excepcionales dentro de una sociedad que ha completado su transición. El autor sugiere que estas medidas deberían ser evaluadas con estándares más rigurosos. Se debe exigir una justificación más convincente. Además, los beneficios de tales medidas deben ser conmensurablemente mayores de lo que se habría esperado durante la transición⁵³.

Jonny Steinberg, escritor y periodista sudafricano, hizo la siguiente observación en 1999 sobre las posibilidades de una segunda amnistía:

⁵¹ Informe de la CVR, ob. cit., vol. 5, p. 309.

⁵² Chapman, Audrey R., Perspectives on the Role of Forgiveness in the Human Rights Violations Hearings, en *Truth and Reconciliation in South Africa*, ob. cit. p. 84.

⁵³ Klaaren, Jon y Howard Varney, A Second Bite at the Amnesty Cherry? Constitutional and Policy Issues, en *South African Law Journal*, vol. 3, noviembre de 2000. (Reeditado en Villa-Vicencio, Charles y Erik Duxtader (eds.), *The Provocations of Amnesty*. Trenton, Africa World Press, 2003).

En el caso AZAPO⁵⁴, la Corte Constitucional no tenía por qué especular. Tuvo ante sí, en blanco y negro, los términos negociados de la transición a la democracia de Sudáfrica. Se sabía de un acuerdo entre los protagonistas que la democracia constitucional nunca nacería si la justicia no se suspendía. Fallar en contra de la amnistía hubiera sido una traición arrogante y precipitada de los que hicieron posible el constitucionalismo en sí. Pero eso era en ese entonces.

Quizá a Mbeki lo preocupa que la cuestión de gobernar Sudáfrica sea mucho más difícil si los juicios acerca de los hechos de la era del *apartheid* aparecieran frente a las cortes cada año. Tal vez estos juicios sí producirían una cultura política que mira hacia atrás en vez de avanzar. Tal vez haría más difícil reconfigurar el terreno político en formas inimaginables bajo el *apartheid*. Tal vez el sueño de Mbeki de gobernar por consenso amplio podría marchitarse y morir.

Sin embargo, si este es el caso, no estamos canjeando justicia por el futuro de la democracia constitucional, sino por conveniencia. Estamos diciendo que la suspensión de la justicia no es una condición de supervivencia del nuevo orden, sino una condición de volverlo más fácil de manejar. Si ese es el caso, no está del todo claro que el canje sea aceptable, pues ya no estamos suspendiendo el Estado de derecho con el fin de proteger a su posteridad; su posteridad ya es tan cierta como lo puede ser⁵⁵.

Cuando una transición ha terminado, la evaluación de la suspensión del Estado de derecho ya no puede examinarse a la luz de los antiguos imperativos de la transición⁵⁶. Estas medidas sólo se pueden analizar en relación con las normas más estrictas sobre la limitación de derechos, que están normalmente consagradas en una constitución⁵⁷. En primer lugar, no debe existir ninguna desviación de las garantías y los pesos y contrapesos previstos, tales como la divulgación completa

⁵⁴ AZAPO v Presidente de la República de Sudáfrica 1996 (4) SA 671 (CC).

⁵⁵ Steinberg, Jonny, Amnesty Quandary Looms for Judges, en *Business Day*, 8 de junio de 1999.

⁵⁶ Sin embargo, puede ser que apliquen consideraciones diferentes en relación con la evaluación de las medidas excepcionales en una sociedad que está por experimentar una transición y todavía está sometida al conflicto.

⁵⁷ El análisis de proporcionalidad de acuerdo con la Constitución de Sudáfrica de 1996 se basa en el artículo 36:

Los derechos establecidos en la Carta de Derechos pueden limitarse sólo en una ley de aplicación general en la medida en que la limitación es razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, incluida la naturaleza del derecho, la importancia de la finalidad de la limitación, la naturaleza y extensión del límite, la relación entre la limitación y su finalidad, y medios menos restrictivos para lograr el propósito.

de la verdad; una decisión judicial independiente e imparcial sobre la relación proporcional entre los actos y los objetivos políticos; un grado razonable de transparencia y apertura; fuertes derechos de participación y contradicción de las víctimas; y un derecho atenuado a la reparación⁵⁸.

Cualquier nueva iniciativa de amnistía o clemencia debería cumplir un estándar más alto en relación con la verdad. Mientras que Jon Klaaren sugiere que hay una forma del derecho humano a la verdad que subsiste dentro y fuera de las transiciones, la negociación de verdad por amnistía tendría precios diferentes en función del contexto⁵⁹. Una medida de verdad por amnistía en un contexto no transicional tendría que satisfacer un mayor nivel de revelación de la verdad para ser justificada. Los procedimientos específicos de cualquier nuevo marco jurídico tendrían que justificarse exclusivamente en función de si provee o no la plena divulgación de la información de tal forma que compensaría adecuadamente la limitación de los derechos de las víctimas⁶⁰.

B. Sudáfrica reprobó el examen

Las medidas excepcionales introducidas en Sudáfrica después de la transición fracasaron en estos aspectos. En primer lugar, no se proporcionó ninguna justificación convincente. Si bien Sudáfrica se enfrenta a muchos desafíos serios, no se puede decir que la aplicación de las normas del Estado de derecho a aquellos que se negaron a participar en el proceso de amnistía de la CVR amenazaría el nuevo orden democrático constitucional. Estas medidas no se adoptan para garantizar la supervivencia de la democracia constitucional, sino más bien por conveniencia.

En segundo lugar, en vez de conservar y fortalecer los derechos de las víctimas, las nuevas medidas los limitan. De hecho, las medidas son una afrenta a los derechos y las necesidades de las víctimas. El imperativo de revelación de la verdad también fue desatendido ya que ambos procedimientos especiales fueron en gran medida secretos y los estándares de la revelación de la verdad fueron menos exigentes.

Conclusión

En este capítulo se ha intentado demostrar que las medidas excepcionales empleadas durante la transición de Sudáfrica han cobrado vida propia. En la actual fase postransición, estas medidas dictan las pautas para el manejo de un tipo de delitos, los llamados delitos políticos del pasado.

⁵⁸ Klaaren y Varney, ob. cit., pp. 588-89.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Véase AZAPO 1996 (4) SA 671 (CC), párr. 20.

En las acciones judiciales descritas, representantes de las víctimas sostuvieron que los impactos de algunas de estas medidas ya han sido detectados. Estos incluyen la generación de una percepción pública de que hay delitos muy graves que no son tomados en serio por la Fiscalía y el Estado, a saber: los crímenes cometidos durante los conflictos del pasado, incluidos el asesinato, la tortura y las desapariciones forzadas; en los casos en que los delitos sean cometidos con fines políticos hay una fuerte probabilidad de que no habrá consecuencias; la comisión de los delitos es, en consecuencia, una herramienta política legítima; y si un conflicto políticamente motivado surgiera de nuevo, los participantes no tendrían que preocuparse por las consecuencias de sus acciones⁶¹.

Aún cuando puede haber una fuerte justificación para el uso de una medida excepcional como la amnistía condicional, Sudáfrica sigue luchando para hacer frente a las consecuencias. Esto sugiere que tales medidas sólo deben utilizarse como último recurso. Una consideración adicional es la voluntad y la capacidad de un país de procesar casos con vigor para validar la amnistía condicional. En la mayoría de las situaciones posconflicto y de posautoritarismo, la Fiscalía carece de conocimientos, recursos e infraestructura para perseguir estos casos. Los fiscales son a menudo manipulados políticamente para que abandonen temas delicados. Este resultado tiende a debilitar o desacreditar todo el proceso de verdad y de reconciliación, y aumenta considerablemente el trauma de las víctimas.

El impacto real más allá del ámbito de los delitos políticos todavía no se ha determinado, pero es posible que las doctrinas detrás de estas medidas se hayan filtrado en el sistema de justicia penal de forma general. Esto puede servir para explicar la clemencia que ha sido otorgada a destacadas figuras políticas⁶². No hay duda de que los perpetradores de delitos políticos han llegado a esperar un trato indulgente y que tales expectativas pueden haber sido asumidas por muchos en la elite política, a pesar de que sus delitos no tengan nada que ver con la lucha política. Una cultura en la cual los criminales se creen merecedores de un trato indulgente echará raíces en Sudáfrica a menos que se tomen medidas firmes para respetar el Estado de derecho.

⁶¹ Véase la sección de Estado de derecho, en Argumentos de apertura de los demandantes, *Nkadimeng & Others v The National Director of Public Prosecutions & Others*, TPD caso n°. 32709/07.

⁶² Véase, por ejemplo, Trapido, Michael, If Zuma immunity is speculation convene arms deal inquiry, en *Thought Leader*, 19 enero de 2009; Feinstein, Andrew, *After the Party. A Personal and Political Journey inside the ANC*. Sudáfrica, Jonathan Ball Publishers S.A., 2007.

Capítulo 14

El poder de la persuasión: impacto de los procesos penales por crímenes de guerra en materia de justicia en Bosnia y Serbia

Bogdan Ivanišević

Este documento examina la relación entre dos tipos de justicia penal implementados en Bosnia-Herzegovina y Serbia: las medidas de justicia transicional (“justicia extraordinaria”) y las de justicia penal (“justicia ordinaria”). La incidencia de los mecanismos de la justicia transicional en la justicia penal tradicional es modesta en ambos países. Sin embargo, no se debe concluir que el poder de estos mecanismos especiales para influir la justicia penal ordinaria es débil por naturaleza. Cada contexto es diferente y las posibilidades de un efecto a largo plazo en Bosnia-Herzegovina difieren de las de Serbia. Además, se necesita tiempo para que la implementación de enfoques de justicia transicional muestre sus efectos y para llegar a conclusiones finales tanto en Serbia como en Bosnia-Herzegovina.

En este análisis de las medidas de justicia transicional incorporadas en el campo de los procesos penales en Bosnia-Herzegovina y Serbia, las nociones de “especial” y “transicional” no se emplean indistintamente. Algunas medidas de justicia penal pueden aplicarse de manera “especial” sin que pertenezcan al campo de la justicia transicional. Por ejemplo, en ambos países los procesos por crimen organizado tienen características “especiales”, pero no se trata de medidas de justicia transicional, ya que se refieren a continuas violaciones de los individuos al Código Penal, y no a violaciones masivas de los derechos humanos cometidas en el pasado por personas con cierto nivel de poder estatal o cuasi estatal. Por el contrario, el poder judicial en un país puede contribuir al desarrollo de la justicia transicional mientras opera en virtud de reglas ordinarias. Un ejemplo son las cortes cantonales y distritales en Bosnia-Herzegovina, que durante décadas funcionaron –en gran medida– como lo hacen hoy.

Por estas razones, este documento se desarrolla bajo el entendimiento que en los contextos bosnio y serbio, la incorporación de mecanismos especiales de justicia transicional en el campo de los procesos penales se limita a lo siguiente: 1) el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), 2) la “híbrida” Sala de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina (WCC por su sigla en inglés), y el Departamento Especial de la Fiscalía para Crímenes de Guerra en Bosnia-Herzegovina (SDWC por su sigla en inglés), y 3) la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra en Serbia y la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte del Distrito en Belgrado.

Estas instituciones funcionan dentro del marco de la justicia transicional, ya que su propósito es procesar crímenes de guerra del pasado. Pero ¿en qué sentido

son especiales? Mientras es bastante obvio en el caso del tribunal internacional ad hoc de La Haya, puede serlo menos en el caso de las dos instituciones que operan en Bosnia-Herzegovina y de sus pares en Serbia. Estas últimas –contrario al TPIY–, ubicadas en la región para la cual administran justicia, fueron creadas como instituciones de larga duración. Sin embargo, la WCC y el SDWC son instituciones especiales tanto por el rol crucial que cumplen los jueces y fiscales internacionales como por su objetividad respecto a la estructura de la justicia penal en el país. La Corte de Bosnia-Herzegovina, de la cual forma parte la WCC, tiene su propia sala de apelación y no tiene jurisdicción superior sobre las cortes de otras jurisdicciones en el país. Asimismo, la Fiscalía de Bosnia-Herzegovina no puede dar órdenes de obligatorio cumplimiento a otros fiscales en el país. En Serbia, la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte del Distrito en Belgrado y la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra están integradas en las estructuras de justicia ordinaria, pero su competencia se reduce a casos de crímenes de guerra; por tanto, tienen carácter especial.

Como se mencionó, los juicios contra el crimen organizado en ambos países tienen un carácter “especial” por varios aspectos. El poder de procesar o juzgar casos que tienen relación con el crimen organizado reside en algunas estructuras *especiales* de la Policía, la Fiscalía y salas de la Corte. Además, en Serbia, las reglas aplicables a acciones penales en casos relacionados con el crimen organizado difieren hasta cierto punto de las reglas correspondientes a los crímenes ordinarios. En ambos países, los procesos contra el crimen organizado están físicamente separados del resto del sistema judicial. Estos se llevan a cabo en edificios que fueron construidos especialmente para este propósito y que albergan a los jueces y fiscales para crímenes de guerra y crimen organizado. Ya que los juicios contra el crimen organizado están fuera del ámbito de la justicia transicional, este documento los abordará junto con otros segmentos de la justicia penal “ordinaria”: los juicios por crímenes de guerra ante cortes ordinarias (en Bosnia-Herzegovina) y los demás juicios por otros crímenes frente a la justicia ordinaria (en Bosnia-Herzegovina y Serbia).

Las distintas áreas de la justicia penal ordinaria han sido impactadas, hasta cierto punto, por las prácticas desarrolladas en el marco de la justicia transicional. Entre los ejemplos de efectos positivos están: 1) los juicios en Bosnia-Herzegovina, incluidos los casos no relacionados con crímenes de guerra, emplearon un proceso penal más eficiente inspirado en los procesos del TPIY; 2) algunos elementos del TPIY, como el procedimiento acusatorio, fueron gradualmente introducidos en los procesos inquisitivos más importantes de Serbia; 3) fiscales y jueces que forman parte de las estructuras penales ordinarias en Bosnia-Herzegovina, y que tratan asuntos de crímenes de guerra, incorporan cada vez más la jurisprudencia del TPIY en sus decisiones; 4) fiscales y jueces del sistema ordinario usan hasta cierto punto las “mejores prácticas” desarrolladas por la WCC y el SDWC; 5) el número de procesos por crímenes de guerra aumentó ante las cortes ordinarias de la Republika Srpska, una de las dos entidades políticas que conforman la

República de Bosnia-Herzegovina; y 6) los mecanismos de asistencia a testigos fueron extendidos en Serbia en casos de crímenes diferentes a los de guerra.

Al mismo tiempo, la relación entre la justicia especial y la ordinaria en Bosnia-Herzegovina no deja de generar tensión. En particular, el uso de diferentes marcos legales ha derivado en discrepancias significativas en las sentencias. Estas tensiones, por lo general, están ausentes en Serbia donde ha sido escasa la conexión entre los dos tipos de justicia.

La parte I de este capítulo presenta los orígenes de las estructuras que forman parte de los procesos especiales en Bosnia-Herzegovina y Serbia; la parte II las describe brevemente. La parte III presenta algunos de los efectos positivos tanto del TPIY como de las instituciones nacionales sobre los procesos de la jurisdicción ordinaria. En la parte IV se abordan las tensiones experimentadas y los posibles efectos negativos. En la parte V se reflexiona sobre si existe una tendencia de normalización de las medidas extraordinarias o especiales dentro del sistema judicial ordinario y sobre el aporte de la justicia transicional en los casos particulares de Bosnia-Herzegovina y Serbia.

I. Especiales—pero menos urgentes que los procedimientos del crimen organizado

Las estructuras especiales para la persecución de crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina y Serbia fueron creadas después del establecimiento de modelos similares para los casos de crimen organizado. La prioridad cronológica que se dio a la instauración de las estructuras de persecución del crimen organizado limitó el efecto potencial de los procesos penales especiales de crímenes de guerra en los procesos contra el crimen organizado.

El establecimiento del TPIY, en 1993, fue una consecuencia de la falta de compromiso de los gobernantes de la región para procesar los crímenes de guerra. En 2003 y 2004, cuando se establecieron los mecanismos especiales en Bosnia-Herzegovina y Serbia, las autoridades empezaron a ser más receptivas ante las demandas de enjuiciamiento, pero aún no las consideraban una prioridad. Quienes tomaban las decisiones en ambos países creían que la lucha contra el crimen organizado era la tarea de mayor importancia. La presión para avanzar en la persecución de crímenes de guerra vino desde afuera: del TPIY, de organizaciones intergubernamentales y de Estados Unidos.

A. Bosnia-Herzegovina: el TPIY adicionó un proceso especial al programa de reforma

En Bosnia-Herzegovina, la Oficina del Alto Representante, mecanismo ad hoc encargado de la implementación de los acuerdos de paz, fue la autoridad

efectiva en la primera década después de finalizada la guerra, la cual duró entre 1992 y 1995¹. Esta oficina se esforzó desde un comienzo por adelantar una amplia reforma de la judicatura para asegurar la independencia y las competencias judicial y fiscal. El objetivo clave de la reforma era frenar la corrupción rampante y el crimen organizado, considerados los mayores obstáculos para la reconstrucción política y económica de un país devastado por la guerra². Un sistema judicial inefectivo y leyes anticuadas en las dos “entidades” políticas que conforman la República Federal de Bosnia-Herzegovina³ –la Federación de Bosnia-Herzegovina y la Republika Srpska– hicieron que procesos exitosos por corrupción, lavado de dinero y otros crímenes económicos fueran bastante escasos, por no decir inexistentes⁴. Como un paso hacia la persecución efectiva del crimen organizado, en marzo de 2003, la Oficina del Alto Representante creó un Departamento Especial para Crimen Organizado, Crimen Económico y Corrupción, adscrito a la Oficina del Fiscal⁵. Los primeros juicios por crimen organizado empezaron en mayo de 2003, dos años antes de que comenzara a operar la Sala de Crímenes de Guerra⁶.

La cada vez más meditada acción de los líderes para enfrentar el crimen organizado coincidió con la “estrategia de cierre” del TPIY, con sede en La Haya⁷.

¹ El Acuerdo de Paz de Dayton, el cual puso punto final al conflicto armado en Bosnia-Herzegovina en noviembre de 1995, creó la Oficina del Alto Representante de la comunidad internacional en Bosnia. En 1997 se le concedieron poderes especiales, conocidos como los poderes de Bonn, incluida la posibilidad de imponer leyes. Los poderes de la Oficina fueron un ejemplo del estatus de Bosnia-Herzegovina como un protectorado de facto: las autoridades internacionales llevaron a cabo la reconstrucción de la Nación y fueron los soldados extranjeros los que garantizaron la seguridad.

² Véase Van de Vliet, Sebastian, Addressing Corruption & Organized Crime in the Context of Re-establishing the Rule of Law, en Haynes, Dina Francesca (ed.), *Deconstructing the Reconstruction: Human Rights & Rule of Law in Postwar Bosnia and Herzegovina*, 2008, pp. 228-30; Donlon, Fidelma, Rule of Law: From the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the War Crimes Chamber of Bosnia and Herzegovina, en *ibid.*, pp. 257, 275-76.

³ Como resultado del Acuerdo de Paz de Dayton, Bosnia-Herzegovina está compuesta por dos “entidades” principales que tienen aproximadamente el mismo tamaño: la Federación de Bosnia-Herzegovina (principalmente compuesta por bosníacos y bosnios croatas) y la Republika Srpska (principalmente compuesta por bosnios serbios). Cada entidad tiene su propio gobierno, parlamento y judicatura. El distrito Brčko es una entidad política separada, con estado autónomo.

⁴ International Crisis Group, Eur. Rep. n.º.127, *Courting Disaster: The Misrule of Law in Bosnia & Herzegovina*, 2002, p. 27, disponible en <http://www.crisisgroup.org>.

⁵ Para más información, véase la descripción del departamento en la página web de la Oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina, <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/?jezik=e>.

⁶ Discurso del honorable Paddy Ashdown, Alto Representante para Bosnia-Herzegovina, ante el Comité Internacional de Rescate, Comunidades destruidas, vidas destrozadas, 20 de junio de 2003, disponible en http://www.ohr.int/ohr-dept/press/default.asp?content_id=30130 (“Apenas el mes pasado, esta nueva Sala asumió su primer caso: el más grande juicio sobre tráfico humano en la historia de Bosnia”).

⁷ En julio de 2002, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó una estrategia para finalizar todos los juicios de primera instancia para 2008 y todos los procedimientos de apelación para 2010. Véase Comunicado de prensa, Consejo de Seguridad, *Security Council Endorses Proposed Strategy for Transfer to National Courts of Certain Cases Involving Humanitarian Crimes in Former Yugoslavia*, U.N. Doc. SC/7461, 23 de julio de 2002. En 2003 y 2004, dos resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU ordenaron la culminación de todas las investigaciones para finales de 2004 y todos los juicios de primera instancia para finales de 2008. Véase S.C. Res. 1503, U.N. Doc. S/RES/1503, 28 de agosto de 2003; S.C. Res. 1534, U.N. Doc. S/RES/1534, 26 de marzo de 2004.

En julio de 2002, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó un reporte presentado en conjunto por el presidente, el fiscal y el secretario del TPIY, el cual contemplaba que la transferencia de casos que involucraran acusados de nivel medio y bajo a las jurisdicciones nacionales competentes era la forma más eficiente de permitir que el tribunal completara a tiempo todas sus actividades⁸. En noviembre de 2001, la entonces fiscal jefe del TPIY, Carla del Ponte, sostuvo en un discurso ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que Bosnia debería tener un rol más activo en enjuiciar criminales de guerra⁹.

Las prioridades de la Oficina del Alto Representante y el TPIY convergieron durante 2002. En julio de ese año, el entonces presidente del TPIY, el juez Claude Jorda, informó al Consejo de Seguridad que debía crearse una Sala con jurisdicción especial para tratar serias violaciones al derecho internacional humanitario dentro de la Corte de Bosnia-Herzegovina. Jorda subrayó que el plan tenía el apoyo del Fiscal del TPIY, del Alto Representante y de la Presidencia de Bosnia-Herzegovina¹⁰. Durante 2003 y 2004, la Oficina del Alto Representante, el TPIY y los oficiales de Bosnia diseñaron los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal. También redactaron otra serie de borradores de iniciativas sobre la Corte de Bosnia-Herzegovina, la Oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina, la Transferencia de Casos, y la Protección a Víctimas y Testigos. El paquete final de leyes fue aprobado entre noviembre y diciembre de 2004¹¹. La Sala de Crímenes de Guerra fue inaugurada oficialmente en marzo de 2005 y comenzó a operar en mayo con el nombramiento de los primeros jueces internacionales por parte del Alto Representante¹².

B. Serbia: Estado de emergencia dio a luz a la Fiscalía Especial de Crímenes de Guerra

Después de la destitución de Slobodan Milošević del poder tras las protestas callejeras de octubre de 2000, la fortaleza del crimen organizado representaba un obstáculo fundamental para el anhelo de un nuevo gobierno serbio que transformara de manera radical el sistema político y económico del país. Algunas de las más poderosas pandillas fueron creadas durante los años noventa por individuos relacionados con los servicios secretos al mando de Milošević y estaban involucradas en las atrocidades cometidas en tiempos de guerra en Bosnia-Herzegovina, Croacia

⁸ Comunicado de prensa, Consejo de Seguridad, *ibíd.*

⁹ International Crisis Group, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁰ TPIY, Comunicado de prensa, Su excelencia juez Claude Jorda, presidente del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 26 de julio de 2002, disponible en www.icty.org/sid/8080.

¹¹ Burke-White, William W., *Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia-Herzegovina*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46 (2007-2008), pp. 336-37.

¹² *Ibíd.*, p. 338.

y Kosovo¹³. Una expresión reveladora del poder del crimen organizado surgió con el asesinato del responsable adjunto de los servicios de seguridad pública del Ministerio del Interior serbio, Boško Buha, en junio de 2002¹⁴.

Durante el mismo periodo, Serbia estuvo bajo la presión de la comunidad internacional para que optimizara su cooperación con el TPIY e implementara procesos domésticos fidedignos por crímenes de guerra. Al igual que en Bosnia-Herzegovina, la necesidad de empezar los procesos nacionales adquirió importancia con la creación de una “estrategia de finalización” para el TPIY. El gobierno serbio reconoció un doble beneficio en llevar a cabo juicios locales fidedignos por crímenes de guerra: se esperaba que estos juicios pudieran mejorar la imagen del país internacionalmente y generar la transferencia de los casos del TPIY a Serbia, así se podía presentar como innecesaria la impopular práctica de enviar serbios a otros países para ser juzgados¹⁵.

En julio de 2002, el Parlamento serbio promulgó una ley que creaba estructuras especiales para combatir el crimen organizado¹⁶. La ley incluía el establecimiento del Oficina de un Fiscal Especial dentro de la Oficina del Fiscal del Distrito Público en Belgrado con el fin de combatir el crimen organizado. También concedió jurisdicción exclusiva en todo el territorio serbio a la Corte del Distrito de Belgrado en casos concernientes a ofensas criminales específicas que incluyan elementos de crimen organizado¹⁷. Las categorías de “crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el derecho internacional” fueron incluidas también en la ley sobre el crimen organizado. En otras palabras, a las estructuras judiciales creadas para combatir el crimen organizado se les dio la autoridad para procesar y enjuiciar crímenes de guerra.

La ley de julio de 2002 sólo hacía una pequeña alusión a los crímenes de guerra, ya que las organizaciones internacionales clave en Serbia –la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Consejo de Europa– así como la influyente

¹³ En la interpretación de John Mueller de los conflictos armados en la antigua Yugoslavia, “la violencia parece haber sido el resultado de una situación en la cual los merodeadores ordinarios, oportunistas, sádicos y usualmente sin ideología, fueron reclutados por las autoridades políticas, permitiéndoles hacer lo que quisieran”. Véase Mueller, John, *The Banality of ‘Ethnic War’*, en *International Security*, vol. 25, n.º 1, 2000, p. 43. De acuerdo con Mueller, “grupos de sicarios y matones bien armados, alentados por los servicios de seguridad, y trabajando bajo fuerte control de estos servicios, llegarían y conformarían bandas en una comunidad. Operando algunas veces con las autoridades locales, estos grupos tomarían el control y perseguirían a miembros de otros grupos étnicos, los cuales usualmente huirían a áreas protegidas por sicarios de su misma etnia, o uniéndose a ellos otras veces en busca de venganza”. Ídem.

¹⁴ El juicio contra cuatro miembros del llamado Grupo de Maka, por este hecho, finalizó con la declaración de inocencia por falta de pruebas en 2004. El líder del grupo, Željko Maksimović-Maka, está prófugo de la justicia desde el asesinato del general Buha.

¹⁵ Entrevista del autor con un antiguo miembro de la misión en Serbia de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), noviembre de 2009.

¹⁶ Ley sobre la organización y jurisdicción de las autoridades del Gobierno para combatir el crimen organizado, *Gaceta Oficial de la República de Serbia*, n.º 42/02, 18 de julio de 2002.

¹⁷ *Ibid.*, artículos 4 y 12.

Embajada de Estados Unidos en Belgrado, argumentaban que los procesos por crímenes de guerra requerían legislación separada y establecimiento de estructuras especiales. El gobierno serbio se resistió a esta idea temiendo que el alto perfil de un mecanismo especial pudiera contrariar los deseos de la población serbia, que no apoyaba los procesos por crímenes de guerra¹⁸. Las autoridades preferían, en cambio, incluir los crímenes de guerra en la categoría de “crimen organizado”¹⁹. Como parte de un compromiso, la ley de julio de 2002 sobre crimen organizado se refirió a los crímenes de guerra, pero se inclinaba más a señalar formas tradicionales del crimen organizado: falsificación y lavado de dinero; producción y venta ilícita de narcóticos; comercio ilícito, incluidas armas, municiones y sustancias explosivas; trata de personas; robo; hurto agravado; sobornos; y extorsión y secuestro²⁰. La comunidad internacional siguió abogando por el decreto de legislación especial en lo concerniente a crímenes de guerra.

El 4 de marzo de 2003, el gobierno serbio nombró un Fiscal Especial para el Crimen Organizado²¹. Una gran operación para arrestar a los miembros de los principales grupos criminales fue planeada para mediados de marzo. Los criminales, sin embargo, actuaron primero. El 12 de marzo de 2003, los miembros del llamado clan Zemun, que lleva el nombre del suburbio de Belgrado donde vivía la mayoría de ellos, asesinaron al primer ministro serbio, Zoran Djindjić. Algunos de los victimarios eran también miembros activos de la Unidad de Operaciones Especiales de la Policía serbia, creada durante las guerras en Croacia y Bosnia-Herzegovina. Esta unidad había sido considerada la mejor entrenada y equipada entre los grupos de oficiales armados en el país, y sus miembros no estaban de acuerdo con el nuevo gobierno prooccidental.

Para abril de 2003, el Ministerio de Justicia había aceptado la introducción de una legislación especial para los crímenes de guerra. El cambio de actitud respondió probablemente a la preocupación de las autoridades por enfrentar a los asesinos de Djindjić en las condiciones de un estado de emergencia. El gobierno disolvió la Unidad de Operaciones Especiales y arrestó cientos de miembros de grupos criminales. La continua resistencia ante las presiones internacionales para establecer estructuras de enjuiciamiento por crímenes de guerra fue, por tanto, una distracción innecesaria. El 1 de julio de 2003, dos meses después del estado de emergencia, el parlamento serbio adoptó la Ley sobre Organización y Jurisdicción de las Autoridades Gubernamentales para Procesar a los Autores de Crímenes de

¹⁸ Esta resistencia puede atribuirse a que las fuerzas serbias cometieron la mayoría de los crímenes de guerra –y los más serios– en los conflictos armados de los años noventa en la antigua Yugoslavia. La jurisprudencia del TPIY provee evidencia abundante que corrobora esto.

¹⁹ Entrevista del autor con un antiguo miembro de la misión en Serbia de la OSCE, noviembre de 2009.

²⁰ Los crímenes son enumerados en el artículo 2(3) de la *Ley sobre la Organización y Jurisdicción de las Autoridades del Gobierno para Combatir el Crimen Organizado*.

²¹ Glavni akteri sudjenja (“Actores principales del juicio”), *Politika* (Belgrado), 6 de mayo de 2007, disponible en www.politika.rs/rubrike/Tema-nedelje/CHekajuci-pravdu/t27322.lt.html.

Guerra²². Este marco legal proponía el establecimiento de una Oficina de Fiscalía de Crímenes de Guerra para la República de Serbia. El 23 de julio, Vladimir Vukčević fue elegido fiscal de Crímenes de Guerra²³.

II. Las estructuras contra crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina y Serbia

Hay tres niveles de estructuras relevantes para procesar crímenes de guerra en el contexto de Bosnia: el TPIY, estructuras especiales domésticas, y cortes nacionales y oficinas fiscales tradicionales. El último grupo no forma parte de las estructuras de los procesos de crímenes de guerra en Serbia porque la Corte del Distrito en Belgrado y la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra, como entidades especiales, tienen jurisdicción exclusiva sobre estos crímenes.

A. Estructuras especiales en Bosnia-Herzegovina

La Sala de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina trata los casos más complejos de crímenes de guerra que adelanta la judicatura en este país. Los casos menos complejos están bajo la jurisdicción de las cortes ordinarias de las dos entidades políticas de Bosnia-Herzegovina, y en el independiente Distrito Brčko. La Sala de Crímenes de Guerra tiene la máxima autoridad para determinar la complejidad de un caso.

Los casos de crímenes de guerra recibidos por los fiscales cantonales en la Federación de Bosnia-Herzegovina y por los fiscales de distrito en la Republika Srpska, antes del 1 de marzo de 2003, recaían bajo jurisdicción de estas entidades; sin embargo, la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina puede tomar la decisión de transferir estos procesos a la Fiscalía. Casos reportados después de marzo de 2003 recayeron forzosamente bajo la jurisdicción exclusiva de la Corte y la Fiscalía de Bosnia-Herzegovina. La Corte puede, no obstante, tomar la decisión de transferir un caso a un tribunal en la federación de Bosnia-Herzegovina, la Republika Srpska o el Distrito Brčko. Las cortes locales han jugado un rol importante en el enjuiciamiento de crímenes de guerra. En 2006, por ejemplo, emitieron 16 sentencias de primera instancia; en 2007 el número ascendió a 19²⁴.

²² La ley fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Serbia*, n° 67/2003, 1° de julio de 2003.

²³ Página web de la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra, www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/O_NAMA_ENG.HTM.

²⁴ Ivanišević, Bogdan, *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*. Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008, p. 29, disponible en www.ictj.org/images/content/1/0/1088.pdf.

La Corte de Bosnia-Herzegovina no tiene jurisdicción superior sobre las cortes en la Federación de Bosnia-Herzegovina y la Republika Srpska, y su jurisprudencia no es de aplicación obligatoria por las cortes distritales y cantonales. El país carece de Corte Suprema; por tanto, las decisiones de los juicios en la corte estatal son revisadas únicamente por la Sala de Apelación. La Fiscalía carece de coordinación con las otras entidades fiscales y no puede dar órdenes de obligatorio cumplimiento a los fiscales cantonales y distritales. Esta institución ha desarrollado una mejor relación de cooperación con el fiscal del TPIY y con fiscales de países vecinos que con las fiscalías cantonales y distritales²⁵.

B. Estructuras especiales en Serbia

Como se dijo²⁶, la Ley sobre Organización y Jurisdicción de las Autoridades Gubernamentales para Procesar a los Autores de Crímenes de Guerra fue promulgada el 1 de julio de 2003. La legislación estableció la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte del Distrito en Belgrado y la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra en el territorio de la república de Serbia como las dos agencias con responsabilidad exclusiva para asumir los casos de crímenes de guerra. La Sala de Crímenes de Guerra fue creada en octubre de 2003 y la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra entró en pleno funcionamiento en enero de 2004. La legislación también asignó por mandato una unidad especial de detención y un Servicio Especial de Investigación de Crímenes de Guerra en el Ministerio de Interior²⁷.

El conceder competencia exclusiva para tratar los asuntos de crímenes de guerra a agencias especiales en Belgrado significó que, en contraste con el modelo de Bosnia, los fiscales y jueces locales (de la jurisdicción ordinaria) no representaban ningún papel en los procesos de crímenes de guerra. Esta separación limita el potencial de las medidas especiales de justicia transicional para influir en el sistema de justicia penal ordinario. El gobierno no ha dado ninguna señal de querer extender la jurisdicción sobre casos de crímenes de guerra a otras cortes del distrito en Serbia. Teniendo en cuenta que la mayoría de los autores de crímenes de guerra cometidos en Bosnia-Herzegovina, Croacia y Kosovo viven ahora en Serbia, y que los recursos de la Sala y la Fiscalía de Crímenes de Guerra son limitados, habría suficiente trabajo para cortes y fiscales distritales. Las dos instituciones especiales podrían servir como modelo del cual los demás podrían aprender. Pero para que este escenario se materialice, los formuladores de políticas en Serbia deben considerar el enjuiciamiento por crímenes de guerra un objetivo de suma importancia, el cual no ha sido el caso hasta la fecha.

²⁵ Ibid., pp. 30-31.

²⁶ Véase la parte I en este mismo texto (Especial—pero menos urgente que los procedimientos del crimen organizado).

²⁷ Ivanišević, Bogdan, *Against the Current—War Crimes Prosecutions in Serbia*. Nueva York, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2007, p. 2, www.ictj.org/images/content/7/8/780.pdf.

III. Efectos positivos de las medidas especiales de justicia transicional en el sistema de justicia penal ordinario

Las medidas especiales de justicia transicional han tenido varios efectos positivos en el sistema de justicia penal ordinario en Bosnia-Herzegovina, mientras que el impacto en Serbia ha sido mínimo. La repercusión del TPIY ha sido mayor que la de los procesos domésticos especiales.

A. Contribución del TPIY

El impacto positivo del TPIY en la jurisdicción ordinaria en Bosnia-Herzegovina ha sido doble. Primero, las cortes utilizan un procedimiento penal híbrido moldeado en parte por el ejemplo del TPIY, lo cual generó mejoras al compararlo con el proceso netamente inquisitorio implementado en el pasado. Segundo, las cortes ordinarias en ocasiones interpretan el derecho sustantivo municipal con la ayuda de la jurisprudencia del TPIY.

El Código de Procedimiento Penal estatal de marzo de 2003, y los códigos idénticos aplicados en la Republika Srpska (julio de 2003) y en la Federación de Bosnia-Herzegovina (agosto de 2003), representan una ruptura con los procedimientos que regían los procesos penales en décadas pasadas. El sistema anterior, netamente inquisitivo, fue remplazado por uno híbrido en el que prevalecen elementos del sistema acusatorio. Aunque las reglas de procedimiento del TPIY no fueron las únicas fuentes consultadas por quienes diseñaban el nuevo procedimiento penal, pues también fue importante la legislación del distrito Brčko que ya había usado un procedimiento acusatorio basado en las prácticas italianas y del TPIY, las lecciones aprendidas del trabajo del Tribunal Penal Internacional representaron un papel significativo.

El cuadro 1, más adelante, especifica los elementos del nuevo procedimiento penal implementado en Bosnia-Herzegovina. La distribución de los elementos acusatorios e inquisitivos refleja la distribución en el TPIY. Los elementos acusatorios incluyen la abolición de la figura de un juez investigador a cambio de fiscales a cargo de las investigaciones; un papel pasivo de los jueces y actuaciones dominantes de las partes; un orden estricto en la presentación del caso; la prohibición de juicios en ausencia; el uso de acuerdos de aceptación de responsabilidad; posibilidad para que la defensa testifique bajo juramento; y una actuación reducida para las víctimas en los procedimientos penales. Los elementos de la práctica inquisitiva son: ausencia de reglas estrictas de evidencia; la unión de las fases de investigación y sentencia; y derechos de apelación más amplios para las partes.

Que las investigaciones sean conducidas por fiscales ha sido un gran avance en materia de procedimiento. Fiscales cantonales y distritales comparten la idea de que este modelo ha conducido a investigaciones más eficientes²⁸.

²⁸ Oficina del Fiscal del cantón de Unsko-Sanski, *Izveštaj o stanju i tokovima kriminala na području Unsko-sanskog kantona u 2007. godini* (Reporte de actividades criminales en el cantón Unsko-Sanski,

El uso de los acuerdos de aceptación de responsabilidad en las cortes tradicionales de Bosnia-Herzegovina es otra novedad que, en general, ha sido conveniente. La aceptación de responsabilidad es frecuente en juicios por crímenes diferentes a los de guerra, como una herramienta para hacer más expeditos los procesos penales. En la Corte Cantonal de Sarajevo, por ejemplo, de 98 casos penales resueltos en 2007, en 34 el acusado se declaró culpable en cumplimiento de un acuerdo con el fiscal²⁹. En la Corte Distrital de Bijeljina, en 2008, en 23 casos de 32, las penas fueron resultado de acuerdos de aceptación de responsabilidad³⁰. En casos de crimen organizado, en la Corte de Bosnia-Herzegovina, los fiscales también emplean con frecuencia esta herramienta. En 2006, estos acuerdos fueron la base de 13 condenas frente a la Sala de Crimen Organizado y Corrupción de la Corte de Bosnia-Herzegovina de un total de 20³¹. En 2008, el número de acuerdos de aceptación en los casos de crimen organizado llegó a 36³².

En materia de crímenes de guerra, la aceptación de responsabilidad es aún un tema sensible, pues un gran número de ciudadanos considera que las sentencias son muy bajas comparadas con la gravedad de los crímenes cometidos. De 39 veredictos finales en las cortes distritales y cantonales entre marzo de 2006 y junio de 2009, cuatro incluían estos acuerdos³³.

En ocasiones, las decisiones del TPIY guían los razonamientos de las cortes en la Republika Srpska, mientras que las cortes de la Federación de Bosnia-Herzegovina se han abstenido de acoger esta práctica. Este es un desarrollo inesperado teniendo en cuenta la opinión desfavorable del público serbio de Bosnia sobre el TPIY contraria a las percepciones generales positivas en la Federación de Bosnia-Herzegovina. La Corte Suprema de la Republika Srpska ha citado en varias ocasiones argumentos de la Sala de Apelación del TPIY sobre el criterio para determinar la existencia de un conflicto armado y los nexos entre el acto del acusado y el conflicto, requeridos para convertir una infracción de derecho penal en un crimen de guerra³⁴. Cortes distritales en Trebinje y Banja Luka tampoco

2007), Bihać, febrero de 2008, p. 2, disponible en www.tuzilastvoustk.com.ba/izvjestaj/2007.doc; Entrevista telefónica del autor con un fiscal cantonal, noviembre de 2009.

²⁹ Bubalovic, Tadija, *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6. 2008. godine (Mejoras del 17 de junio de 2008 al Código de Procedimiento Penal de Bosnia y Herzegovina)*, en *Pravo i pravda* (Ley y Justicia) vol. 8, n.º. 1, p. 439, Sarajevo.

³⁰ Corte Distrital de Bijeljina, Izvještaj o radu Okružnog suda Bijeljina za 2008. godinu (*Reporte de Actividades de la Corte Distrital de Bijeljina en el 2008*), 28 de enero de 2009, p. 9.

³¹ Alto Consejo Judicial y Fiscal de Bosnia-Herzegovina, *Godišnje izvješće za 2006. godinu (Reporte anual del 2006)*, p. 96.

³² Alto Consejo Judicial y Fiscal de Bosnia-Herzegovina, *Godišnji izvještaj za 2008. godinu (Reporte anual de 2008)*, Anexo III –reporte de trabajo en oficinas fiscales, enero-diciembre de 2008.

³³ Pantić, Marko, sentenciado por la Corte Cantonal de Tuzla en junio de 2006 a dos años y medio de prisión; Ivica Mlakić, Corte Cantonal de Novi Travnik, marzo de 2007, sentenciado a 6 años; Goran Kalajdžija, Corte Distrital de Banja Luka, junio de 2008, condenado a 2 años; y Željko Mitrović, Corte Cantonal de Sarajevo, marzo de 2009, condenado a 2 años.

³⁴ Véase Corte Suprema de la Republika Srpska, Caso n.º. 118-0-Kz-K-06-000, sentencia del 22 de febrero de 2007, pp. 4-5.

temen acudir a la jurisprudencia del TPIY, en particular sobre temas como la definición de tortura³⁵, la existencia de un conflicto armado y los nexos entre los actos del defendido y el conflicto³⁶.

En Serbia, el efecto del TPIY en los procesos penales no relacionados con la justicia transicional se materializó en agosto de 2009 con la adición de algunos elementos del proceso acusatorio al Código de Procedimiento Penal, que se aplica en todos los tipos de procedimientos penales. Estos elementos incluyen acuerdos de aceptación de responsabilidad y un orden estricto en la presentación del caso³⁷. Las prácticas ejecutadas antes del TPIY representaron un importante papel en la adopción de estas innovaciones³⁸.

El cuadro 1 resume las reglas de procedimiento de los juicios por crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina y Serbia. Antes de la promulgación de los cambios en Bosnia-Herzegovina, ambos países aplicaban el mismo modelo inquisitivo. Como se muestra en el cuadro 1, Bosnia-Herzegovina ahora usa un modelo híbrido, originalmente desarrollado por el TPIY, en el cual prevalecen los elementos acusatorios.

B. Contribución de los mecanismos nacionales especiales

Aunque la Sala de Crímenes de Guerra y el Departamento Especial de la Fiscalía para Crímenes de Guerra están separados de la estructura judicial tradicional en Bosnia-Herzegovina, se han hecho sentir en el resto de la judicatura. Las dos instituciones comparten sus tareas de persecución penal de crímenes de guerra con organismos del sistema de justicia ordinario. Debido al alto perfil de la Corte

³⁵ Corte Distrital de Trebinje, Caso n°. 015-0-K-06-000 010, sentencia del 13 de julio de 2007, p. 14 (refiriendo la decisión de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Kunarac*).

³⁶ Corte Distrital de Trebinje, Caso n° 015-0-K-08-000 003, sentencia del 4 de noviembre de 2008, p. 19, y Corte Distrital de Trebinje, Caso n°.K-6/05, sentencia del 9 de diciembre de 2005, pp. 8-9.

³⁷ Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal, *Gaceta Oficial de la República de Serbia*, n°.72/09, 31 de agosto de 2009, artículo 74 (Capítulo introductorio (aceptación de responsabilidad)), y artículos 87 y 88 (artículos de enmienda, 328 y 331 (orden de presentación del caso)).

³⁸ Entrevista telefónica del autor con un miembro del antiguo grupo de trabajo encargado de redactar la ley que reforma el Código de Procedimiento Penal de la República de Serbia, diciembre de 2009. Los acuerdos de aceptación de responsabilidad no han sido usados en los juicios por crimen organizado en Serbia porque no estaban en la ley anterior a la de agosto de 2009. El único beneficio utilizado ha sido el retiro de cargos a los llamados testigos-colaboradores, por ejemplo, los miembros de grupos de crimen organizado acusados, que aceptan cooperar en el proceso. Si el fiscal y el sospechoso llegan a un acuerdo y el sospechoso testifica honestamente, el Código de Procedimiento Penal (CPP) de 2002 obligaba al fiscal a renunciar a los cargos contra el colaborador-testigo. Este esquema no era, sin embargo, un efecto directo o incluso indirecto de la aplicación de mecanismos de justicia transicional. El capítulo del CPP que incluye las provisiones sobre colaboradores-testigos fue tomado principalmente de la legislación italiana. Tras la enmienda al Código de Procedimiento Penal en agosto del 2009, la cooperación del colaborador-testigo generó la reducción de un 50 por ciento de la pena mínima en lugar del retiro de cargos. En “circunstancias excepcionales” no definidas, la Corte puede liberar al acusado de su sentencia, aunque haya sido condenado, si el fiscal así lo pide. *Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal* (capítulo de reforma XXIXa, artículo 504t), ob. cit.

Cuadro 1. Aspectos acusatorios e inquisitivos en los procedimientos penales del TPIY, Bosnia-Herzegovina y Serbia

		TPIY	Bosnia-Herzegovina	Serbia
INQUISITIVO	Conocimiento previo de los jueces sobre las declaraciones del testigo			*
	Actuación activa de los jueces	* En parte (ordenando la presentación de evidencia adicional)	* En parte (ordenando la presentación de evidencia adicional)	*
	Juez investigador			*
	Juicio sin jurado	*	*	*
	Se permiten juicios en ausencia			*
	No hay orden estricto en la presentación del caso			* (antes de agosto de 2009)
	Las víctimas pueden participar en el juicio			*
	No hay acuerdos de aceptación de responsabilidad			* (antes de agosto de 2009)
	No puede haber testimonio del defendido bajo juramento			*
	No hay reglas estrictas para la evidencia	*	*	*
	Unión de las fases de investigación y sentencia	*	*	*
	Derecho de apelación más amplio para las partes	*	*	*
ACUSATORIO	Rol en gran medida pasivo de los jueces	*	*	
	Jueces no conocen con antelación las declaraciones del testigo	*	*	
	Investigación por parte del fiscal (no del juez)	*	*	
	Rol dominante de las dos partes	*	*	
	No están permitidos los juicios en ausencia	*	*	
	Acuerdos de aceptación de responsabilidad	*	*	* (después de agosto de 2009 por crímenes con pena de hasta 12 años de cárcel)
	El defendido puede ser interrogado bajo juramento	*	*	
	Orden estricto de la presentación del caso	*	*	* (después de agosto de 2009)
	Las víctimas son consideradas principalmente como testigos	*	*	

de Bosnia-Herzegovina y de la Oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina, algunas prácticas desarrolladas por la Sala y el Departamento Especial de Fiscalía han tenido eco entre las cortes cantonales y de distrito y las oficinas fiscales. Dicho esto, los procesos estatales de crímenes de guerra han tenido un menor impacto que los del TPIY. El efecto puede reconocerse en el cada vez más creciente número de procesos por crímenes de guerra en la Republika Srpska, la adopción de mejores prácticas por jueces y fiscales cantonales y de distrito, y mejoras en el Código de Procedimiento Penal, generados por los desarrollos ante la Sala de Crímenes de Guerra.

Es tentador concluir que el trabajo de la Sala y de la Fiscalía Especial contribuyó a que aumentaran los procesos en la Republika Srpska. Sólo dos juicios por crímenes de guerra habían sido concluidos en esta entidad antes del establecimiento de la Sala de Crímenes de Guerra en marzo de 2005³⁹. Ese año, las cortes de la Republika Srpska rindieron cuatro sentencias en primera instancia; en 2006, el número aumentó a seis⁴⁰. Los debates alrededor del establecimiento de la Sala pudieron haber representado un papel en la intensificación de los esfuerzos en la Republika Srpska para llevar a los sospechosos de crímenes de guerra a responder ante la justicia. (En la Federación de Bosnia-Herzegovina, docenas de crímenes de guerra habían sido enjuiciados anualmente en los años anteriores al establecimiento de la Sala).

Un impacto sería la adopción de las mejores prácticas de la WCC y el SDWC, pero debido a la ausencia de investigación empírica en el tema es difícil evaluar la expansión de estas prácticas. Un integrante del SDWC dijo que, cuando se desempeñó como fiscal cantonal en Zenica, redactaba solicitudes de detención preventiva usando como modelo las “impecablemente argumentadas” mociones del SDWC⁴¹. Puede ser que tales posibilidades permanezcan limitadas a iniciativas aisladas de funcionarios individuales. No hay canales estables de comunicación tales como oportunidades de capacitación que permitan a jueces y fiscales estatales compartir sus experiencias con los colegas en las entidades políticas.

El Código de Procedimiento Penal de 2003 sufrió cambios en 2007 y 2008, incluidos algunos avances provenientes de la incorporación de las mejores prácticas de la Sala de Crímenes de Guerra. Los códigos de procedimiento penal en la Federación de Bosnia-Herzegovina y la Republika Srpska incorporaron las mismas enmiendas algunos meses más tarde; por tanto, las soluciones adoptadas en un principio por la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina forman parte de la legislación vinculante para las entidades⁴².

³⁹ Human Rights Watch, *A Chance for Justice? War Crime Prosecutions in Bosnia's Serb Republic*, vol. 18, n.º.3(D), marzo de 2006, pp. 15-16, disponible en www.hrw.org/sites/default/files/reports/bosnia0306webwcover.pdf.

⁴⁰ Las cifras están basadas en la observación de veredictos de primera instancia en la Republika Srpska, puestas a disposición del autor por la Misión de la OSCE en Bosnia-Herzegovina.

⁴¹ Entrevista del autor con un miembro del SDWC, Belgrado, noviembre de 2009.

⁴² Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal en la Republika Srpska, *Gaceta Oficial de la Republika Srpska*, n.º. 119/08, 18 de diciembre de 2008; Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal de la Federación de Bosnia-Herzegovina, *Gaceta Oficial de la Federación de Bosnia-Herzegovina*, n.º. 9/09, 11 de febrero de 2009.

En julio de 2007, el Alto Representante impuso enmiendas al Código, incluidas algunas disposiciones que permitían el uso amplio de medidas distintas a las privativas de la libertad con el fin de asegurar la presencia del acusado durante los procesos penales. Antes de eso, fiscales y jueces de las entidades políticas y del Distrito Brčko interpretaban que el Código de Procedimiento Penal autorizaba el uso de estas medidas no privativas de la libertad sólo cuando las circunstancias indicaran que el acusado podría huir. Tales medidas menos restrictivas (por ejemplo, casa por cárcel) no se aplicaban cuando había otras razones que justificaran una detención preventiva: circunstancias que indiquen que el acusado puede destruir, ocultar, alterar o falsificar pruebas; influir en testigos, cómplices o encubridores; cometer de nuevo el delito, que el delito; sea castigado con una sentencia en prisión de 10 años o más; y que la forma de comisión del delito requiera ordenar esta detención por razones de seguridad pública o de protección a la propiedad pública⁴³.

La Sala de Apelación de la Corte de Bosnia-Herzegovina se alejó por primera vez de esa práctica en noviembre de 2006, en un caso por crímenes de guerra, al ordenar la liberación del acusado e imponer medidas menos restrictivas (por ejemplo, arresto domiciliario y prohibición de contactar a los testigos de la Fiscalía o de obstaculizar su labor) a pesar de que el fiscal había pedido su detención basándose en la amenaza a la seguridad y la propiedad pública⁴⁴. Las enmiendas incorporadas en julio de 2007 aclaran que la Corte puede decidir ordenar una o más de las medidas alternativas⁴⁵ “cuando las circunstancias del caso lo indiquen”⁴⁶. Esto cubre aspectos como la amenaza a la seguridad o a la propiedad pública, y circunstancias que indiquen que el acusado pueda seguir cometiendo actividades criminales o interferir el curso de la justicia.

La práctica de la Corte de Bosnia-Herzegovina ha llevado a otro cambio legislativo que optimiza la protección de los derechos de los acusados. Las enmiendas incorporadas al Código de Procedimiento Penal en junio de 2008 ordenan asignar un abogado defensor al sospechoso desde la discusión sobre la expedición de la solicitud de detención preventiva⁴⁷. En la versión anterior, el sospechoso tenía que tener un abogado “inmediatamente después de que la decisión de detenerlo hubiera sido tomada”. La Corte de Bosnia-Herzegovina, sin embargo, actuaba nombrando

⁴³ Las bases para tales políticas de detención están en los artículos 126 y 132 del Código de Procedimiento Penal, *Gaceta Oficial de Bosnia-Herzegovina*, nº 36/2003, 21 de diciembre de 2003.

⁴⁴ Comunicado de prensa de la Corte de Bosnia-Herzegovina, *Custody Terminated for Zoran Janković*, 30 de noviembre de 2006, <http://www.sudbih.gov.ba/?id=295&jezik=e>.

⁴⁵ Las medidas alternativas incluyen prohibición de llevar a cabo ciertos negocios o actividades oficiales; prohibición de visitar ciertos lugares o regiones; prohibición de reunirse con ciertas personas; orden para reportar ocasionalmente a un organismo específico; y retiro temporal de la licencia de conducción.

⁴⁶ *Decisión que promulga la Ley de Reforma del Código de Procedimiento Penal de Bosnia-Herzegovina* (Artículo 4 introduciendo los nuevos artículos 126a a 126g), 9 de julio de 2007, http://www.ohr.int/decisions/judicialrdec/default.asp?content_id=40155.

⁴⁷ Ley de reforma al Código de Procedimiento Penal de Bosnia-Herzegovina, *Gaceta Oficial de Bosnia-Herzegovina*, nº. 58/08, 21 de julio de 2008, Artículo 11 (enmienda al artículo 45(2)).

un abogado defensor después de recibir la solicitud de detención preventiva por parte del fiscal, incluso sin la obligación legal de hacerlo⁴⁸.

Más controversial es el origen de la disposición de las enmiendas de junio de 2008 cuando se introdujeron las llamadas audiencias preliminares. Las audiencias proveen a las dos partes y al panel la oportunidad de discutir los planes del juicio tanto de la defensa como de la Fiscalía. Los jueces internacionales incorporaron este procedimiento en el trabajo de la WCC en 2006 –a pesar de la ausencia inicial de cualquier disposición explícita en el Código de Procedimiento Penal– para incrementar la eficiencia de los procedimientos. Esta novedad estaba basada en la práctica positiva implementada por el TPIY⁴⁹. Las enmiendas de 2008 al Código de Procedimiento Penal establecieron explícitamente las audiencias preliminares⁵⁰; las mismas disposiciones fueron promulgadas de manera subsecuente en los códigos de procedimiento penal de la Republika Srpska y de la Federación de Bosnia-Herzegovina⁵¹. Dos fiscales de crímenes de guerra en las entidades –uno en la Federación de Bosnia-Herzegovina y el otro en la Republika Srpska– aseguraron que las cortes en las cuales trabajan han llevado a cabo audiencias preliminares durante varios años, a diferencia de la práctica de la Corte de Bosnia-Herzegovina. De acuerdo con los fiscales, las audiencias preliminares se derivan de la lógica del sistema acusatorio y responden a la frecuencia de casos con un alto número de testigos⁵². La introducción de audiencias preliminares en la legislación, por tanto, parece reflejar desarrollos en los procesos especiales y en los ordinarios.

Las prácticas desarrolladas en Serbia por la Oficina del Fiscal de Crímenes de Guerra y la Sala de Crímenes de Guerra en Belgrado sólo han afectado al sistema de justicia ordinario de manera superficial. En una conferencia en Belgrado, en diciembre de 2008, representantes del Ministerio de Justicia expresaron el compromiso público para establecer unidades de apoyo a testigos en las cortes ordinarias. La idea partió del trabajo de la Unidad de Apoyo a las Víctimas y Testigos de la Sala de Crímenes de Guerra⁵³. Esta unidad, establecida en junio de 2006, interactúa con los testigos antes de su arribo a Belgrado, se encarga de su viaje y estadía, los estimula, les brinda explicaciones básicas sobre el juicio antes de que ingresen a la Corte y se encarga de otros temas prácticos⁵⁴. En 2007, la unidad amplió sus servicios a testigos de juicios por crimen organizado, los cuales se llevan a cabo

⁴⁸ Entrevista con un integrante del departamento de Derechos Humanos de la Misión en Bosnia-Herzegovina de la OSCE.

⁴⁹ Ivanišević, Bogdan, *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina*, ob. cit., p. 12.

⁵⁰ Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal en Bosnia-Herzegovina, ob. cit., artículo 68 (introduciendo el nuevo artículo 233a)).

⁵¹ Ley que reforma el Código de Procedimiento Penal en la Republika Srpska, ob. cit., artículo 79 (introduciendo el nuevo artículo 241a); Código de Procedimiento Penal de la Federación de Bosnia-Herzegovina (versión consolidada), artículo 248a.

⁵² Entrevista telefónica del autor con un fiscal cantonal, noviembre de 2009.

⁵³ Entrevista del autor con un oficial de la OSCE, Belgrado, noviembre de 2009.

⁵⁴ Ivanišević, Bogdan, *Against the Current—War Crimes Prosecutions in Serbia*, ob. cit., p. 21.

en el mismo edificio donde están ubicadas la Sala de Crímenes de Guerra y la Sala de Crimen Organizado, así como otros departamentos de la Corte del Distrito de Belgrado tienen su sede en otro edificio. El plan para establecer unidades de apoyo a testigos en otras cortes ordinarias está aún en su fase preliminar⁵⁵.

IV. Tensiones y efectos negativos del uso de iniciativas de justicia transicional

Hasta ahora el análisis se ha concentrado principalmente en los efectos positivos, aunque limitados, de las medidas especiales de justicia transicional en la razón de ser y la operatividad del sistema ordinario de justicia penal. Sin embargo, también hay tensiones entre estas dos formas de justicia. El problema está más acentuado en Bosnia-Herzegovina que en Serbia, debido a que es más probable que surjan tensiones cuando dos estructuras abordan el mismo tema (procesos de crímenes de guerra), como es el caso de Bosnia-Herzegovina. Los juicios por crímenes de guerra se llevan a cabo en cortes cantonales y distritales ordinarias, pero también en la Sala de Crímenes de Guerra. Mientras todas las cortes aplican procedimientos idénticos, las cortes cantonales y distritales aplican un código penal sustantivo diferente del que aplica la WCC. Esta diferencia ha sido la fuente de mayor fricción. En Serbia, por el contrario, las iniciativas de justicia penal ordinaria y de justicia transicional van en la mayoría de los casos por caminos separados⁵⁶.

El clima político en la Republika Srpska, territorio que ocupa la mitad de Bosnia-Herzegovina, conformado por una mayoría serbia, desestimula las alianzas profesionales de jueces y fiscales con los del nivel estatal. El nacionalista primer ministro de la Republika Srpska, Milorad Dodik, ha hecho una agresiva campaña en contra de la Corte y la Fiscalía de Bosnia-Herzegovina, acusando a sus jueces y fiscales internacionales de conspirar contra de los líderes de Republika Srpska para quebrantar su oposición a la centralización del poder del Estado. Los votos de los integrantes serbios en el Parlamento de Bosnia fueron decisivos el 2 de octubre de 2009, cuando se decidió no extender el mandato de los jueces y fiscales internacionales en la Corte de Bosnia-Herzegovina y en la Fiscalía⁵⁷. El 14 de diciembre de 2009, el Alto Representante para Bosnia-Herzegovina impuso enmiendas a las Leyes de la Fiscalía y de la Corte de Bosnia-Herzegovina, extendiendo los mandatos de jueces y fiscales internacionales hasta el 31 de diciembre de 2012⁵⁸.

⁵⁵ Entrevista del autor con un oficial de la OSCE, Belgrado, noviembre de 2009.

⁵⁶ La única excepción significativa es el poder de la Corte Suprema, la más alta institución judicial en el país, para decidir sobre apelaciones contra la decisión de la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte del Distrito en Belgrado.

⁵⁷ Lack of Support for International Judicial Personnel, *Balkan Investigative Reporting Network - BIRN*, 2 de octubre de 2009, www.bim.ba/en/186/10/22619/.

⁵⁸ Decisión que promulga la Ley de reforma a la Ley sobre la Oficina del Fiscal de Bosnia-Herzegovina, 14 de diciembre de 2009, www.ohr.int/decisions/judicialrdec/default.asp?content_id=44287;

A. La superposición de medidas excepcionales y ordinarias, ¿una amenaza para el Estado de derecho en Bosnia?

La Corte de Bosnia-Herzegovina aplica el Código Penal adoptado a nivel estatal en 2003. Las cortes distritales y cantonales utilizan el Código Penal de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia como la ley aplicable para el momento en el que se cometieron los crímenes. Esta diferencia ha sido una fuente de tensión entre las dos formas de justicia, con el resentimiento de algunos abogados locales por lo que consideran una aplicación retroactiva de la ley por parte de las instituciones estatales. Sólo la Corte de Bosnia-Herzegovina ha enjuiciado individuos por crímenes contra la humanidad y aplicado la doctrina de responsabilidad de mando. En marzo de 2007, la Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina dictaminó que el Código Penal del país permite juzgar y condenar a una persona cuyo acto de omisión fuera prohibido bajo los principios generales del derecho internacional, incluso si la conducta no constituyó un acto criminal bajo la ley municipal en el momento en el que ocurrió⁵⁹. Las cortes distritales y cantonales se han abstenido de acoger este postulado.

Existen discrepancias significativas en las sentencias a nivel estatal y de entidades, como resultado de la aplicación de diferentes leyes. La pena máxima en la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina es de 45 años de prisión, en contraste con los 20 años en la Republika Srpska y 15 años en la Federación de Bosnia-Herzegovina. La WCC ha dictado varias sentencias a prisión de alrededor de 30 años; todas exceden el máximo permitido por las entidades. En promedio, las sentencias de la Corte Estatal en casos de crímenes de guerra son más del doble de extensas que las sentencias de cortes cantonales y distritales⁶⁰. La Corte Constitucional se dio cuenta de que imponer penas bajo el Código Penal de Bosnia-Herzegovina en lugar del Código Penal de la antigua Yugoslavia era una medida acorde con la Convención Europea de Derechos Humanos y con la Constitución de Bosnia-Herzegovina⁶¹. Sin embargo, los acusados en la Corte de Bosnia-Herzegovina han realizado huelgas de hambre en dos ocasiones para protestar contra la aplicación del Código Penal de Bosnia-Herzegovina –la primera fue en enero de 2007 y se repitió en septiembre de ese mismo año. Las discrepancias en las penas y, de manera más general, la aplicación de diferentes leyes en casos de crímenes de guerra sigue siendo un reto crucial para el sistema judicial en Bosnia-Herzegovina.

decisión que promulga la ley de reforma a la Ley sobre la Corte de Bosnia-Herzegovina, 14 de diciembre de 2009, www.ohr.int/decisions/judicialrdec/default.asp?content_id=44283.

⁵⁹ Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina, aplicación n°. AP-1785/06 (Abdulahdim Maktouf), Decisión de admisibilidad y méritos, 30 de marzo de 2007, ob. cit., párr. 78.

⁶⁰ Misión de Bosnia-Herzegovina de la OSCE, *Moving towards a Harmonized Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina*, agosto de 2008, p. 8.

⁶¹ La Corte definió que las sanciones señaladas en el Código Penal de la antigua Yugoslavia a perpetradores de crímenes de guerra eran inadecuadas y no protegían a las víctimas. Esta falta de protección “no cumple con los principios de justicia y del Estado de derecho, enmarcados en el artículo 7 de la Convención Europea el cual (...) permite esta excepción a la regla establecida en el apartado 1 del mismo artículo”. Corte Constitucional de Bosnia-Herzegovina, aplicación n°. AP-1785/06 (Abdulahdim Maktouf), ob. cit., párr. 78.

B. Menos participación de las víctimas

La aplicación del procedimiento basado en el TPIY, con preponderancia de los elementos del sistema acusatorio, ha reducido el rol de las víctimas en los juicios penales en Bosnia-Herzegovina. La participación de las víctimas en los procedimientos del TPIY se reduce al papel de testigos⁶². En Bosnia-Herzegovina, además de participar como testigos, también pueden reclamar compensaciones durante el juicio como parte afectada⁶³. Una disposición del Código de Procedimiento Penal de Bosnia-Herzegovina permite que la Corte asigne representación legal a los testigos, incluyendo a las víctimas-testigos, en circunstancias en las cuales “es obvio que el propio testigo no está en la capacidad de ejercer sus derechos durante la audiencia y si sus intereses no pueden ser protegidos de ninguna otra forma”⁶⁴. En la práctica, las víctimas casi nunca son representadas. La mayoría de los testigos parecen no estar al tanto de la posibilidad de tener representación legal y no hay ningún sistema funcional que provea esta representación⁶⁵. Antes de 2003, en el sistema de derecho continental europeo, las víctimas podían continuar los procesos como demandantes privados si el fiscal decidía no tomar el caso. Ahora, el Código de Procedimiento Penal de Bosnia-Herzegovina sólo da a las víctimas el derecho de presentar una queja ante mismo fiscal que decidió no continuar con el caso⁶⁶.

Serbia ha dejado los procedimientos penales en su mayoría intactos, y las víctimas pueden participar en los procesos de manera significativa, en persona y a través de representantes. En una fase anterior al juicio, pueden proponer que el juez a cargo de la investigación emprenda ciertas investigaciones y pueden continuar los procesos como demandantes privados si el fiscal decide no seguir con el caso. En la fase del juicio, las víctimas pueden interrogar a los testigos, presentar evidencia, examinar el archivo del caso y presentar argumentos de cierre.

V. ¿Hay una tendencia a “normalizar” las medidas especiales?

Los mecanismos “especiales” de justicia transicional han tenido, en promedio, un mejor desempeño que el resto del sistema de justicia penal en Bosnia-Herzegovina

⁶² Jorda, Claude & Jerome de Hemptinne, The Status and Role of the Victims, en Cassese, Antonio, Paola Gaeta y John RWD Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford University Press, 2002.

⁶³ El Código de Procedimiento Penal define parte afectada como “una persona cuyos derechos personales o de propiedad han sido puestos en peligro o violentados por un acto criminal”. Código de Procedimiento Penal, *Gaceta Oficial de Bosnia-Herzegovina*, n.º. 36/2003, 21 de diciembre de 2003, artículo 20(h).

⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 84(5).

⁶⁵ Código de Procedimiento Penal de Bosnia y Herzegovina, *Gaceta Oficial de Bosnia-Herzegovina*, n.º. 36/03, 21 de noviembre de 2003, artículo 216 (4).

⁶⁶ Ivanišević, Bogdan, *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina*, ob. cit., p. 21.

y Serbia. Sería beneficioso para estas sociedades si estas medidas especiales se convirtieran en parte del sistema de justicia penal ordinario. Esto se ha logrado, en parte, a través de la introducción de elementos basados en el TPIY en los códigos de procedimiento en Bosnia-Herzegovina y el uso de servicios de atención a testigos ante las cortes tradicionales en Serbia. Pero hay poca evidencia que lleve a pensar que las instituciones especiales ya creadas se integrarán por completo al sistema judicial interno en un futuro próximo.

Los creadores de la WCC y el SDWC tienen en mente, desde un comienzo, que estas instituciones híbridas evolucionen y se conviertan en organismos completamente domésticos. Pero incluso con la partida del personal extranjero, tanto la WCC como el SDWC mantendrán su carácter especial si permanecen fuera del sistema de justicia ordinario. El estatus de extraordinario será difícil de cambiar por la peculiar dinámica política en el país. En los últimos dos años, los líderes de la Republika Srpska asumieron una posición cada vez más separatista. Como instituciones de nivel estatal, la WCC y el SDWC son el blanco de frecuentes ataques de los líderes serbio-bosnios. Este, sin duda, no es un ambiente favorable para la integración de dos instituciones en el sistema de justicia tradicional.

En Serbia, la “normalización” de las medidas especiales requeriría una decisión del gobierno para quitarle la jurisdicción exclusiva en los casos de crímenes de guerra a la Sala de Crímenes de Guerra de la Corte del Distrito de Belgrado. Pero, como se explicó anteriormente⁶⁷, no hay evidencia de que las autoridades estén dispuestas a tomarla. Los líderes parecen estar satisfechos con el actual número (modesto) de procesos, para los cuales son suficientes la Sala de Crímenes de Guerra y la Oficina del Fiscal Especial.

Conclusión: Contribución de las medidas de justicia transicional en el fortalecimiento del sistema judicial y la cultura del Estado de derecho

Aunque todavía es limitado, el efecto de las medidas de justicia transicional en las cortes ordinarias en Bosnia-Herzegovina es positivo. Hoy en día sería inapropiado hacer las mismas y duras críticas que se hicieron al sistema judicial de Bosnia antes de las reformas de 2003 y 2004. En 2002, el *International Crisis Group* describió la judicatura bosnia como “sumamente politizada, sobredimensionada por la guerra (...) nacionalmente dividida, financieramente dependiente e institucionalmente deficiente”⁶⁸. De acuerdo con la OSCE, los procesos por crímenes de guerra en el periodo de posguerra se caracterizaban por ser “investigaciones ineficaces, excesivas y sistemáticamente

⁶⁷ Véase el apartado II de este texto (Estructuras contra crímenes de guerra en Bosnia-Herzegovina y Serbia).

⁶⁸ International Crisis Group, *Courting Disaster: The Misrule of Law in Bosnia & Herzegovina*, ob. cit., p. 37.

demoradas en la resolución de juicios, y con decisiones dudosas, agravadas por la falta de fe del pueblo en el sistema judicial”⁶⁹. Como William W. Burke-White mencionó, hasta 2003 las cortes cantonales y distritales en las dos entidades “no querían someter al proceso penal” a individuos de sus mismos grupos étnicos⁷⁰.

Desde 2003, podría decirse que mejoró el profesionalismo de los jueces y fiscales. Ahora, los procesos por crímenes de guerra ante cortes ordinarias en las dos entidades y en el distrito Brčko se llevan a cabo más allá de las estrictas bases étnicas. En contraste con el periodo anterior a 2003, algunas cortes en la Republika Srpska celebran juicios de manera regular contra sospechosos de crímenes de guerra, usualmente de la etnia serbio-bosnia. En la actualidad, es más eficiente la operatividad de todo el sistema de justicia penal.

Parte del crédito por el avance puede atribuirse al trabajo de organismos judiciales y fiscales especiales en el campo de la justicia transicional⁷¹. Sobre todo, la aplicación del procedimiento inspirado en el TPIY y el efecto demostrativo de las sentencias de este tribunal influyeron de manera positiva el trabajo de las agencias judiciales y fiscales en las dos entidades de Bosnia-Herzegovina. Se debe mencionar, sin embargo, que la mayor parte de los esfuerzos del TPIY para fortalecer la capacidad local se ha dirigido a las estructuras *especiales* internas –la WCC y el SDWC–, mientras que el impacto en las estructuras tradicionales es sumamente incidental. Las instituciones estatales –la WCC y el SDWC– tienen un efecto mucho menor sobre las estructuras ordinarias.

El efecto de los mecanismos especiales es más evidente en situaciones en las que la comunidad internacional estaba en una posición que le permitía moldear de manera directa el sistema de justicia penal, como en la introducción del nuevo procedimiento penal en Bosnia-Herzegovina, en el cual el TPIY y la Oficina del Alto Representante cumplieron un papel clave. Cuando tuvieron la oportunidad de decidir por su cuenta si seguir las mejores prácticas desarrolladas por las estructuras especiales, los legisladores y profesionales locales mostraron menor inclinación a

⁶⁹ OSCE, *War Crimes Trials Before the Domestic Courts of Bosnia and Herzegovina: Progress and Obstacles*, marzo de 2005, p. 4, disponible en www.oscebih.org/documents/1407-eng.pdf.

⁷⁰ Burke-White, William W., *Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia-Herzegovina*, ob. cit., p. 315.

⁷¹ El exhaustivo proceso de lustración de jueces y fiscales del TPIY llevado a cabo entre 2002 y 2004 por el Alto Consejo Judicial y Fiscal de Bosnia-Herzegovina también ha contribuido al progreso. Aproximadamente un 30 por ciento de los miembros que se sometieron al examen para mantener sus posiciones no fueron reelegidos. La lustración de la judicatura redujo el número de individuos no calificados en posiciones judiciales y aumentó la diversidad étnica en la composición de las cortes y oficinas fiscales. Véase Serie de estudios de caso, *Bosnia and Herzegovina: Selected Developments in Transitional Justice*, ICTJ, octubre de 2004, disponible en ictj.org/images/content/1/1/113.pdf; Mayer-Rieckh, Alexander, *Vetting to Prevent Future Abuses: Reforming the Police, Courts, and Prosecutor's Offices in Bosnia and Herzegovina*, en Mayer-Rieckh, Alexander y Pablo de Greiff (eds.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*. Nueva York, Social Science Research Council, 2007, disponible en www.ssrc.org/workspace/images/crm/new_publication_3/%7B57efec93-284a-de11-afac-001cc477ec70%7D.pdf.

hacerlo, como se vio, por ejemplo, en la escasa aplicación de la jurisprudencia del TPIY y la WCC por los jueces y fiscales cantonales y distritales en Bosnia-Herzegovina.

Las limitaciones a una positiva contribución se derivan, en parte, de la carencia de enlaces estructurales entre las instituciones estatales y las entidades, y también de la ausencia de esfuerzos del TPIY y los organismos estatales para transferir su experiencia a los jueces y fiscales en las entidades. El orgullo profesional de los abogados y cierta aversión a la influencia extranjera pueden disminuir también el efecto de las estructuras especiales –aunque estos factores son difíciles de corroborar con ejemplos específicos. Es más fácil demostrar el efecto adverso del clima político en la Republika Srpska y la escasez de fondos para el sistema judicial en las dos entidades políticas. Por ejemplo, las cortes cantonales y distritales no tienen acceso al uso de videos vía web –una práctica estándar en la corte de Bosnia-Herzegovina y del TPIY– y las sofisticadas medidas de protección de testigos y apoyo a las víctimas continúan sin ser usadas en las entidades.

Comparado con Bosnia-Herzegovina, el efecto de las medidas de justicia transicional en Serbia ha sido más modesto, como evidencia la prevalencia de elementos inquisitivos en el procedimiento penal y la carencia de referencias a la jurisprudencia del TPIY en los juicios relacionados con crímenes de guerra de la Corte Suprema. Los actores judiciales y los abogados internacionales no han contribuido a contornear de manera directa el sistema de justicia penal de Serbia, lo cual puede ser causa de la resistencia que muestra la justicia ordinaria frente a la influencia de los mecanismos especiales. Además, la jurisdicción exclusiva que tiene la Corte del Distrito de Belgrado para conocer los crímenes de guerra crea un obstáculo estructural para que la judicatura serbia aplique la experiencia tanto del TPIY como de la Corte Distrital.

A pesar de la aplicación de medidas de justicia transicional en Bosnia-Herzegovina y Serbia, las restricciones informales que deberían asegurar el respeto de la sociedad al Estado de derecho y prevenir las acciones arbitrarias del gobierno son débiles en ambos países. Las estructuras especializadas no han contribuido a aumentar de manera significativa la disposición de la sociedad a combatir la impunidad por los crímenes de guerra, como se evidencia en el alto nivel de apoyo a criminales de guerra procesados, e incluso condenados, entre las poblaciones con su misma composición étnica. Cuando el bosniaco Naser Orić fue puesto en libertad por el TPIY después de que la Sala de Primera Instancia lo condenara a dos años en prisión por crímenes contra los serbio-bosnios, miles de personas lo recibieron en el aeropuerto Sarajevo⁷². (Orić fue absuelto finalmente en la apelación). Diez mil personas recibieron al bosnio-croato Tihomir Blaškić en un estadio de fútbol en Kiseljak, Bosnia-Herzegovina, después de que el

⁷² OHR BiH, El regreso a Bosnia de Naser Orić. Más reacciones por su veredicto, *Media Round-up*, 2 de julio de 2006.

presidente del Tribunal le concedió la libertad anticipada⁷³. Blaškić fue condenado a nueve años de prisión por crímenes contra bosnios-musulmanes. En Serbia, una encuesta en 2009 reveló que el 56 por ciento de los encuestados creía que el general bosnio-serbio Ratko Mladić no era culpable de los crímenes por los que lo acusaba la Fiscalía del TPIY (en contraste con el 26 por ciento que creía que era culpable); asimismo, el 64 por ciento se oponía a que fuera entregado al TPIY (contra 25 por ciento que estaba de acuerdo)⁷⁴.

El lente étnico-nacionalista a través del cual estas sociedades perciben la responsabilidad por crímenes de guerra estimulan a las autoridades judiciales a no incrementar el número de procesos por crímenes de guerra. En Serbia hubo seis condenas en firme entre 2003 y 2009⁷⁵, mientras que entre marzo de 2006 y junio de 2009 hubo 39 sentencias en firme por crímenes de guerra en todas las cortes cantonales de la Federación de Bosnia-Herzegovina, las cortes distritales en la Republika Srpska y en el tribunal de Brčko⁷⁶. El alto número en Bosnia-Herzegovina no es impresionante si se tiene en cuenta que hay casi 10.000 sospechosos de crímenes de guerra en el país⁷⁷. Sólo el trabajo del SDWC y la WCC originó un alto número de sentencias en firme en la Corte de Bosnia-Herzegovina –31 entre abril de 2006 y junio de 2009⁷⁸– en especial debido al alto nivel de compromiso de extranjeros en la operación de las dos instituciones y a un apoyo financiero sin precedentes de la comunidad internacional.

En otras palabras, las estructuras especiales no son la gran solución a las imperfecciones del sistema de justicia penal. Sin embargo, han contribuido a inyectar, directa o indirectamente, una dosis de profesionalismo y respetabilidad a la operación del sistema de justicia penal ordinario en Bosnia-Herzegovina y, en menor medida, en Serbia. En vista de las tendencias observadas en el pasado, es posible que, con el paso del tiempo, aumente el efecto positivo de estas estructuras especiales.

⁷³ *Vjesnik* (Zagreb), *Blaškić nije htio Thompsona na dočeku u Kiseljaku* (Blaškić no quería que Thompson estuviera en la ceremonia de bienvenida en Kiseljak), 6 de agosto de 2004.

⁷⁴ Misión en Serbia de la OSCE, Ipsos–Strategic Marketing & Centro para los Derechos Humanos de Belgrado, *Informisanost i stavovi prema Haskom tribunalu i sudjenjima za ratne zločine u Srbiji* (Conocimientos y actitudes cara a cara del Tribunal de La Haya y los juicios por crímenes de guerra en Serbia), abril-junio de 2009, p. 14.

⁷⁵ Declaración de Ivana Ramić, vocera de la Corte del Distrito de Belgrado, en una presentación pública sobre los resultados de la encuesta de opinión pública *Conocimientos y actitudes cara a cara del Tribunal de La Haya y los juicios por crímenes de guerra en Serbia*, Belgrado, 8 de diciembre de 2009.

⁷⁶ La cifra está basada en el análisis que hace el autor de todos los veredictos de primera y segunda instancia en Bosnia-Herzegovina en el periodo comprendido entre marzo y junio de 2009 sin incluir los veredictos de la Corte de Bosnia-Herzegovina. Diez cortes cantonales en la Federación de Bosnia-Herzegovina, cinco cortes distritales en Republika Srpska y la Corte de Brcko tienen posibilidad de enjuiciar casos de crímenes de guerra (además de la WCC).

⁷⁷ *Estrategia nacional de crímenes de guerra*. Documento adoptado por el Consejo de Ministros de Bosnia-Herzegovina el 29 de diciembre de 2008 (el documento original forma parte del archivo del autor), pp. 9-10, gráficos 1 y 2.

⁷⁸ La cifra está basada en la compilación de datos hecha por el autor de la página web de la Corte de Bosnia-Herzegovina, www.sudbih.gov.ba/?jezik=e, y de la página web *Justice Report*, publicación de BIRN (Balkan Investigative Reporting Network)–Bosnia-Herzegovina, www.bim.ba/en/197/?tpl=95.

Capítulo 15

Honduras: en transición a la democracia

Rigoberto Ochoa

Honduras es un país que se caracteriza por su fuerte tendencia autoritaria, organizado bajo el modelo del caciquismo tradicional, realiza elecciones presidenciales y parlamentarias desde 1980 con intervalos regulares. Su proceso de transición ha sido largo y los principales cambios han girado en torno a la creación y reforma de algunas instituciones con el fin de disminuir, de manera pacífica, la influencia de los militares en el gobierno, aumentar la participación de la sociedad civil y promover el respeto de los derechos humanos. El sistema político descansa sobre el poder de dos partidos tradicionales (Nacional y Liberal). La democracia representativa está fuertemente erosionada y hay poca credibilidad y confianza en las instituciones políticas y sus líderes¹.

El juego de intereses de los principales actores-decisores y sus relaciones políticas desvirtúan el sistema de pesos y contrapesos; por consiguiente, no existe equilibrio entre los poderes del Estado y los grupos de poder formales e informales que socavan las bases del Estado de derecho al influir en el poder judicial, incapaz de ejercer un control efectivo sobre las fuerzas económicas, políticas y financieras. Desde esta perspectiva, la parte I de este capítulo busca llamar la atención sobre el hilo conductor que vincula el autoritarismo, la transición y la consolidación de la democracia electoral fuertemente tutelada por los organismos que tienen el monopolio de la fuerza y de las armas, y que se constituyen –en definitiva– en el último factor de poder del régimen político en Honduras.

En la parte II de este capítulo se explora el proceso de las reformas institucionales implementadas después del retorno a la democracia formal, en especial la reforma judicial, y se revela que, pese a su carácter modernizador, ésta no supuso ningún avance significativo para la independencia judicial y no implicó riesgo para los intereses creados de los grupos de poder que continúan gozando de privilegios, controlan el sistema de justicia y mantienen retenida su independencia.

Finalmente, en la parte III, se aborda el tema de las garantías de no repetición y, como conclusión, se proponen lineamientos para un desarrollo de los mecanismos de la justicia transicional en el país, que contribuyan a la reconciliación nacional, a la verdad, a la sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos y a la reparación a las víctimas.

¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *La democracia en América Latina*. Nueva York, 2004, p. 184.

Agradezco al ICTJ la invitación para contribuir con este capítulo y la confianza depositada para la realización de este estudio, con el que espero aportar al conocimiento de una temática poco analizada en el país.

I. Honduras: del autoritarismo a la democracia electoral

A. El autoritarismo²

En 1957, el Partido Liberal negoció con los militares la elección, en segundo grado como presidente de la República, de Ramón Villeda Morales, a cambio de la autonomía de las Fuerzas Armadas. Este hecho fue el elemento clave para el surgimiento de la institución militar como fuerza determinante en la vida política de Honduras, que se seguiría ratificando en la sucesión de regímenes militares y golpes de Estado. En el contexto de este gobierno civil, se estableció un nuevo marco político-institucional –con la promulgación de una nueva Constitución Política en 1957– y un Estado gestor de la economía nacional, que comenzó a remplazar las viejas estructuras del Estado liberal.

En este gobierno, que termina abruptamente con un golpe militar en 1963, surgieron nuevos grupos económicos que se expresaron a través de la renovación ideológica del Partido Liberal y que fomentaron procesos de industrialización y diversificación de la economía, generando dinámicas políticas y sociales que impulsaron la modernización del Estado. Sin embargo, esta situación provocó, a su vez, la oposición a cambios estructurales en la tenencia de la tierra de las compañías bananeras y los terratenientes locales, quienes, con las Fuerzas Armadas como su principal aliado para la recuperación del poder y para detener el avance de las reformas, concretaron un golpe militar en 1963 que contribuyó a que las fuerzas militares se constituyeran en el poder hegemónico y en la última instancia de decisión del régimen político hondureño.

La consolidación del régimen militar continuó en abril de 1965 con la elección en segundo grado del líder del golpe, general Oswaldo López Arellano, como presidente de la República, con el apoyo del Partido Nacional. Antes de este hecho, ese mismo año, ocurrió la masacre de El Jute en el departamento de Yoro, centro norte del país, dirigida por los militares contra un movimiento campesino surgido de la Federación Nacional de Campesinos de Honduras.

En 1971 terminó brevemente el régimen militar con la elección como presidente del líder civil nacionalista Ramón Ernesto Cruz. Sin embargo, en 1972 ocurrió otro golpe de Estado, encabezado nuevamente por López Arellano, quien asumió el proyecto reformista de las organizaciones empresariales y obreras, y formuló un plan nacional

² Véase, en general, Barahona, Marvin, *Honduras en el siglo XX: una síntesis histórica*. Tegucigalpa, Editorial Guaymurás, 2005.

de desarrollo, cuyo eje era la reforma agraria. Una vez más, las fuerzas de la oligarquía tradicional, a través de la asociación de agricultores y ganaderos, se opusieron al proceso de reforma y señalaron que dichas medidas eran populistas y demagógicas, pero no cuestionaron la naturaleza de facto del régimen. En febrero de 1972, efectivos militares ejecutaron la masacre de La Talanquera en el departamento de Olancho, contra un grupo de campesinos con el fin de aplacar el movimiento de lucha por la tierra.

Después de que el periódico *The Wall Street Journal* señaló en 1975 al general López Arellano de haber recibido un soborno de una empresa bananera para no aumentar el impuesto de exportación del banano, este se vio obligado a dimitir y fue sustituido por el general Juan Alberto Melgar Castro. En junio de 1975 tuvo lugar la masacre de Los Horcones en el departamento de Olancho, cometida contra un grupo campesino y miembros de la iglesia católica.

En 1978, el país atravesaba por una crisis política, económica y social, aunada al deterioro en el poder de las Fuerzas Armadas que se aceleró en el periodo 1978-1980 durante la Junta Militar de Gobierno comandada por el general Policarpo Paz García. En este periodo ocurrió el asalto militar a la Empresa Asociativa Campesina de Isletas, la detención y expatriación del sacerdote jesuita James Francis Carney, así como el caso del primer desaparecido, en 1980, entre otras situaciones contra los derechos humanos.

Diversos factores externos a favor de la democratización y promoción de los derechos humanos fueron determinantes para el giro en la situación política en Honduras: el arribo a la presidencia de Estados Unidos, en 1977, del demócrata James Carter, y el triunfo en Nicaragua de la revolución sandinista en 1979. Estos eventos tuvieron una incidencia en el tránsito a la democracia en el país.

En este contexto, Policarpo Paz García, de la Junta Militar de Gobierno, auspiciado por Estados Unidos y apoyado por los partidos políticos tradicionales y grupos económicos, convocó en 1979 a elecciones de diputados para la Asamblea Nacional Constituyente, la cual debía elegir en 1980 a un presidente provisional, promulgar una nueva Constitución Política y convocar a elecciones generales en 1981 con la finalidad de elegir un nuevo presidente para el periodo 1982-1986. Paradójicamente, la Asamblea Constituyente eligió en segundo grado al general Paz García como presidente provisional de la República, y promulgó la nueva Constitución de la República en 1981.

B. La democracia electoral tutelada

El bipartidismo –formado por los partidos tradicionales Liberal y Nacional– no se renovó en la década de los ochenta para asumir los nuevos desafíos que imponía la democracia. Estaba signado por un contexto de crisis en Centroamérica, apuntalando su liderazgo político en el viejo caudillismo. Los nuevos partidos políticos –Democracia Cristiana y Partido de Innovación y Unidad– se incorporaron al proceso político-electoral sin posibilidades de alcanzar el poder, dada su pequeña base social.

La continuidad de los militares en el poder, hasta enero de 1982, permitió a las Fuerzas Armadas recomponer su liderazgo. La doctrina de seguridad nacional les

permitió justificar acciones militares y definir su papel en el contexto centroamericano que estaba signado por el triunfo en 1979 de la revolución sandinista (enemigo externo) y la subversión local (enemigo interno), lo que justificó convertir a Honduras en el centro de operaciones militares de Estados Unidos (conflicto de baja intensidad).

La posición geoestratégica de Honduras en Centroamérica al tener fronteras con tres países –El Salvador, Nicaragua y Guatemala–, y el discurso de la “subversión externa e interna”, justificaron el fortalecimiento de la institución militar como eje de la alianza político-militar con Estados Unidos para la subregión. Esto les permitió tutelar internamente la incipiente democracia hondureña, lo cual supuso el ejercicio fáctico del poder por parte de las Fuerzas Armadas.

El Partido Liberal ganó las elecciones en 1981; el 27 de enero de 1982 asumió la presidencia Roberto Suazo Córdova. También tomó posesión como nuevo jefe de las Fuerzas Armadas el general Gustavo Álvarez Martínez, lo que dio paso a la implementación de la estrategia político-militar de Estados Unidos para Centroamérica, que implicó hostigar el nuevo gobierno de Nicaragua y contrarrestar el avance de la insurgencia salvadoreña. Internamente, las organizaciones político-militares hondureñas no representaban un peligro para el ejercicio del poder por los militares ni para el débil gobierno civil³.

La aplicación de la doctrina de seguridad nacional supuso también la creación de la Asociación para el Progreso de Honduras (Aproh), instancia civil en la que convergían los intereses estadounidenses con los de los empresarios, políticos, funcionarios públicos, dirigentes sindicales y gremiales, y oficiales militares entre otros. Su propósito fue dar lineamientos al Ejecutivo en el ámbito económico, político, ideológico y de seguridad, lo que incluía su total respaldo al general Álvarez Martínez, al menos hasta el 31 de marzo de 1984, fecha en que Álvarez fue detenido y expatriado del país por un grupo de militares. Lo sustituyó en la jefatura de las Fuerzas Armadas el general Walter López Reyes. La Aproh fue declarada ilegal por el gobierno, que canceló su personería jurídica⁴.

Con la Declaración de Contadora, en enero de 1983, los ministros de Relaciones Exteriores de Colombia, México, Panamá y Venezuela expresaron su profunda preocupación por la injerencia foránea en los conflictos de América Central, advirtiéndolo indeseable de inscribirlos en el contexto de la confrontación Este-Oeste, marcada por la denominada Guerra Fría, y coincidiendo en la necesidad de eliminar los factores externos que agudizaban el conflicto. En tal sentido, formularon un llamado a los países de Centroamérica para que, mediante el diálogo y la negociación, redujeran las tensiones y establecieran las bases para un clima de convivencia pacífica y respeto mutuo entre los Estados⁵.

³ Rosenberg, Mark, El indicador hondureño, militares y demócratas en la América Central, en Meza, Víctor (ed.), *Honduras: pieza clave de la política de Estados Unidos en Centroamérica*. Tegucigalpa, Centro de Documentación de Honduras (Cedoh), 1986, p. 90.

⁴ Oseguera de Ochoa, Margarita, *Honduras hoy: sociedad y crisis política*. Tegucigalpa, Cedoh, 1987, p. 26.

⁵ Declaración de Contadora, Panamá, 9 de enero de 1983, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2513.pdf>.

En octubre de 1984, la nueva cúpula militar integró una Comisión Investigadora sobre los Desaparecidos, cuyo informe fue entregado al presidente Roberto Suazo Córdova⁶, pero este nunca lo dio a conocer; en vez del informe publicó, en 1985, un reporte, que fue considerado una burla por la iglesia católica⁷. Esta situación puso en evidencia —una vez más— la escasa voluntad política del Estado para reconocer y hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación⁸.

En las elecciones generales de 1985 fue electo presidente de la República el candidato del Partido Liberal, José Azcona Hoyo, quien se posesionó en enero de 1986. Para ese entonces, la presencia de la fuerza irregular denominada Contra, en la franja oriental del territorio nacional, ocasionaba muchos daños a las personas y sus bienes por la perpetración de robos, violaciones y secuestros, e incluso por la siembra de minas antipersonales en la zona. Esta situación generó el desplazamiento de miles de hondureños en el área fronteriza con Nicaragua, convirtiéndose en un grave problema para el país.

El diálogo sobre la paz y la democracia fue retomado en mayo de 1986 por los presidentes centroamericanos, cuyas intenciones de suscribir el Acta de Contadora promovida por Óscar Arias, presidente de Costa Rica, y de crear el Parlamento Centroamericano se plasmaron en la Declaración de Esquipulas de mayo de 1986⁹.

En efecto, el Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica fue suscrita por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países del istmo en junio de 1986. Mediante ésta reconocieron la grave situación prevaleciente, caracterizada por el deterioro de la confianza política, los incidentes fronterizos, la carrera armamentista, el tráfico de armas, la presencia de asesores extranjeros y otras formas de presencia militar foráneas, así como por el uso del territorio de algunos países por fuerzas irregulares para realizar acciones de desestabilización en contra de otros Estados de la región¹⁰.

Los compromisos sustantivos contraídos por los gobiernos estaban referidos a distensión regional, reconciliación nacional, derechos humanos, procesos electorales y cooperación parlamentaria, maniobras militares, armamentos y efectivos militares, bases y asesores militares extranjeros, tráfico de armas, prohibición de apoyo a fuerzas irregulares, terrorismo, subversión o sabotaje, sistemas de comunicación, refugiados, y otros temas en materia económica y social.

⁶ Nada dice el Informe Militar sobre los culpables de los desaparecidos, en *Diario Tiempo*, Tegucigalpa, 18 de octubre de 1985, p. 08.

⁷ La Iglesia califica de “burla” Informe sobre los desaparecidos, en *Diario Tiempo*, Tegucigalpa, 19 de octubre de 1985.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia sobre el fondo, San José de Costa Rica, 1988, párrafo 180.

⁹ Declaración de Esquipulas, Esquipulas, Guatemala, 5 de mayo de 1986, disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/2529.pdf.

¹⁰ Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación en Centroamérica, Ciudad de Panamá, 6 de junio de 1986, disponible en www.acnur.org/biblioteca/pdf/2513.pdf.

Con este proceso comienzan a distenderse las tensiones en la región. Esta voluntad política, ratificada con la Declaración de Esquipulas II¹¹, mediante la cual se adoptó el Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica, basado en 11 puntos: 1) reconciliación nacional, que integra los temas de diálogo, amnistía, y Comisión Nacional de Reconciliación; 2) exhortación al cese de hostilidades; 3) democratización; 4) elecciones libres; 5) cese de la ayuda a las fuerzas irregulares o a los movimientos insurreccionales; 6) no uso del territorio para agredir a otros Estados; 7) negociaciones en materia de seguridad, verificación, control y limitación de armamento; 8) refugiados y desplazados; 9) cooperación, democracia, y libertad para la paz y el desarrollo; 10) verificación y seguimiento internacional; y 11) calendario de ejecución de compromisos.

En Honduras, la Comisión Nacional de Reconciliación fue respaldada por la iglesia católica, presidida por monseñor Héctor Enrique Santos y juramentada por el gobierno de Azcona Hoyo el 3 de noviembre de 1987. El 4 de noviembre de 1987, el Congreso Nacional aprobó el Decreto de Amnistía 199-87 para delitos políticos y comunes conexos.

Las elecciones generales de 1989 dieron como ganador al candidato opositor del Partido Nacional, Rafael Leonardo Callejas, quien se posesionó en enero de 1990, inaugurando una nueva etapa para el país: la denominada modernización del Estado bajo el contexto de la expansión del neoliberalismo. En efecto, tras la distensión del conflicto Este-Oeste en 1989 y los acuerdos en la región, se dio paso a la apertura política –precedida por el Decreto de Amnistía 30 90E– con el retorno en enero y mayo de 1991 de los exiliados políticos de izquierda, la firma del Decreto de Amnistía 87-91 de julio de 1991, y la fundación, en 1993, del Partido Unificación Democrática (UD) que aglutinó en su seno a cuatro organizaciones políticas que no contaban con reconocimiento legal. De todo ello derivó una agenda orientada a la desmilitarización del Estado, el fortalecimiento de la justicia y la aplicación del Programa de Ajuste Estructural de la Economía con el que se impactaron positivamente los derechos económicos y sociales de la población hondureña.

En el marco de la modernización del Estado, en junio de 1992 el presidente Callejas promulgó el Decreto Ejecutivo de creación del Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos, que tenía como órgano de consulta a la Comisión Nacional de Reconciliación. En diciembre de 1993, el Comisionado presentó su Informe Preliminar¹² *Los hechos hablan por sí mismos* sobre los desaparecidos en Honduras, que develó la existencia de la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas en la década de los ochenta, tolerada por acción u omisión por las autoridades políticas y judiciales. En materia de justicia,

¹¹ Acuerdo de Esquipulas II, Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica, Guatemala, 7 de agosto de 1987, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2530.pdf>.

¹² Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos, *Los hechos hablan por sí mismos, Informe Preliminar sobre los desaparecidos en Honduras*. Tegucigalpa, Editorial Guaymurás, 1994.

uno de los principales problemas tenía que ver con los constantes conflictos de competencia entre los tribunales del fuero común y militar, debido a la utilización de la jurisdicción militar como un fuero especial, de manera que los delitos en que incurriese un militar –aunque fueran comunes– eran conocidos por este fuero. Esta interpretación se aplicó hasta marzo de 1993, cuando el Congreso Nacional entendió el artículo 90 de la Constitución de la República, en el sentido que “en caso de conflicto de competencia en cuanto a si el delito es penal común o penal militar, prevalecerá el fuero común”¹³.

En las elecciones de 1993 se eligió presidente de la República a Carlos Roberto Reina para el periodo 1994-1997. La tendencia a la desmilitarización de la administración pública se profundizó con la reafirmación en la esfera civil de varias instituciones y empresas manejadas por los militares, como la Empresa Hondureña de Telecomunicaciones, la Marina Mercante, el Instituto Geográfico Nacional, la Dirección de Migración, entre otras. Asimismo, se abolió el servicio militar obligatorio y se estableció uno voluntario, se disolvió la represora Dirección Nacional de Investigaciones (DNI), subordinada a la Fuerza de Seguridad Pública (FSP)–dependiente de las Fuerzas Armadas– y se creó la Dirección de Investigación Criminal (DIC), adscrita al nuevo Ministerio Público.

En las elecciones de 1997, resultó ganador el candidato del Partido Liberal Carlos Flores Facussé para el periodo 1998-2002. La agenda de la desmilitarización tendió a buscar el encuadre de la institución militar en la administración pública central, eliminando el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas y creando la Junta de Comandantes. En septiembre de 1998, el Congreso Nacional realizó una importante reforma constitucional al capítulo de las Fuerzas Armadas, que pasaron a denominarse “De la Defensa Nacional”, la cual fue ratificada en enero de 1999. Así, se derogó la autonomía de la que las fuerzas armadas habían gozado por más de 40 años: desapareció la figura de la jefatura de las Fuerzas Armadas, remplazada por el Secretario de Defensa –civil– dentro del poder ejecutivo; se separó la seguridad pública de la función militar y se promulgó, en 1998, la Ley de la Policía Nacional institución que pasó a depender de la Secretaría de Estado, en el Despacho de Seguridad, en el ámbito del Ejecutivo.

En la reforma constitucional, se estableció una muy variada gama de misiones que iban más allá de las tradicionales de preservar la integridad territorial y la soberanía nacional. Entre ellas se estipularon garantizar el libre ejercicio del sufragio, la custodia, el transporte, la vigilancia de los materiales electorales y la seguridad del proceso; prestar apoyo logístico y asesoría en comunicaciones y transporte; luchar contra el narcotráfico; hacer frente a desastres naturales y situaciones de emergencia; crear programas de protección y conservación del ecosistema. Además, se determinó la cooperación para combatir el terrorismo, el tráfico de armas y el

¹³ Congreso Nacional de la República, Decreto 58-93 del 30 de marzo de 1993, en *La Gaceta*, n°. 27 059 del 2 de junio de 1993.

crimen organizado, así como para emprender labores de alfabetización, educación, agricultura, protección del ambiente, vialidad, comunicaciones, sanidad, reforma agraria y otras de interés nacional¹⁴.

En 2001 fue elegido presidente de la República el candidato nacionalista Ricardo Maduro Joest para el periodo 2002-2006. En septiembre de 2001, los representantes de los cinco partidos políticos suscribieron el *Manifiesto de los partidos políticos al pueblo hondureño* y el *Acuerdo nacional de transformación para el desarrollo humano en el siglo XXI*, los cuales refieren a: a) separar el Registro Nacional de las Personas del Tribunal Nacional de Elecciones; b) incorporar en la Constitución las figuras del plebiscito y del referéndum; c) regular las campañas electorales; d) autorizar la formación de alianzas políticas; e) introducir nuevas formas de elección de los diputados; f) eliminar la figura del designado presidencial y sustituirla por la del vicepresidente; g) regular la financiación política; y h) aprobar una nueva Ley Electoral y de organizaciones políticas.

La aprobación de la nueva Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas, en mayo de 2004, constituyó un paso importante en el avance de la democratización del sistema político-electoral, dejando atrás un marco regulatorio de seis procesos electorales realizados en 1981, 1985, 1989, 1993, 1997 y 2001.

En 2005, el candidato liberal Manuel Zelaya ganó las elecciones generales y tomó posesión en enero de 2006 como nuevo presidente de la República.

Desde el inicio de su mandato, el presidente Zelaya aumentó el presupuesto y asignó importantes recursos a las Fuerzas Armadas para la protección de los bosques nacionales, les concedió la administración temporal de la empresa de energía eléctrica y les encargó la construcción de una terminal comercial en el aeropuerto de Palmerola, entre otras. Para la realización de “la encuesta” del proyecto político “cuarta urna”, para consultar a la población sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que permitiera promulgar una nueva Constitución, el presidente Zelaya involucró a la institución militar en la custodia y la distribución de las urnas y las papeletas, pero tres días antes del evento, los militares decidieron no respaldarlo.

En este contexto, se da una nueva ruptura del orden constitucional en Honduras. El domingo 28 de junio de 2009, alrededor de las 5:00 de la mañana, en la colonia Tres Caminos, de Tegucigalpa, fuerzas militares irrumpieron violentamente en la residencia del presidente Manuel Zelaya, lo capturaron y lo llevaron a la base de la Fuerza Aérea, desde donde el mandatario fue trasladado en avión a San José de Costa Rica.

La irrupción de un gobierno de facto el 28 de junio de 2009, tras la detención y expulsión del poder y del país del presidente Constitucional de la República, trajo consigo la más grave crisis político-institucional de los últimos 30 años y

¹⁴ Constitución de la República de Honduras, artículos 272 y 274.

llevó a una fractura del sistema político y de la transición iniciada en 1979 con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Esta fisura supuso una interrupción en la alternación del poder conforme el orden constitucional establecido en la Constitución Política de 1982 y confirmó el colapso de la legitimidad de la institucionalidad democrática.

Aunque se trató de un acto arbitrario que retrotrajo al país a la historia de los golpes de Estado, la “destitución” y “sustitución” del presidente Zelaya fue defendida por varios sectores y la institucionalidad pública, entre ellos autoridades civiles como la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, el Comisionado Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría General de la República, la mayoría del Congreso y el propio gobierno de facto. En diversos pronunciamientos, esas instituciones avalaron la destitución como una medida legal y constitucional para salvaguardar la democracia y el Estado de derecho, frente a un presidente que había desafiado a los tribunales de justicia y que maniobraba para cambiar la Constitución con el fin de reelegirse para un segundo periodo de gobierno.

Sin tener competencia, el Congreso Nacional consideró que el presidente Zelaya era culpable de violaciones a la Constitución y las leyes, así como de desobediencia a resoluciones y sentencias, sin establecer concretamente los hechos. La imputación en abstracto fue suficiente para que el Congreso Nacional declarase la culpabilidad del Presidente de la República en la realización de acciones no identificadas, no obstante que—de acuerdo con el ordenamiento jurídico hondureño—la determinación de la comisión de un ilícito penal corresponde al poder judicial. Por consiguiente, el Congreso se arrogó facultades de otro poder del Estado.

Sustitución es el término que la Constitución establece para el acto por el cual un funcionario ejerce el poder ejecutivo cuando se ausenta de manera absoluta el presidente—por circunstancias de muerte, renuncia o inhabilitación judicial—antes de finalizar el periodo constitucional para el que fue electo¹⁵. En este sentido, resulta arbitrario calificar de “sucesión” o “sustitución” la expulsión del Presidente de la República de su cargo, con la circunstancia agravante de ser expatriado en abierta violación al artículo 102 de la Constitución, que prohíbe expresamente la expatriación de los hondureños.

Aunque la destitución de Zelaya significó un retroceso en la consolidación de la democracia en Honduras y mostró las deficiencias del sistema político y judicial hondureño, no se pueden desconocer los avances que se dieron desde la década de los ochenta en la modernización del Estado. A continuación presentaremos la naturaleza de las reformas institucionales que se implementaron en Honduras en los últimos años que permitieron modernizar en cierta medida el sistema judicial aunque aún no logren su independencia y autonomía.

¹⁵ Constitución de la República de Honduras, artículo 242.

II. Reformas institucionales

A. Poder judicial

En el siglo XIX Honduras obtuvo su independencia de la corona española y promulgó su primera Constitución Política en 1825, con la que se estableció como República. Con la reforma liberal de fines del siglo XIX, la república constituyó las bases jurídico-institucionales para el desarrollo del incipiente Estado de derecho en el país. Durante la primera década del siglo XX, el ordenamiento jurídico hondureño se renovó con la aprobación de los nuevos códigos civil, procesal civil y penal, así como de la ley de organización y atribuciones de los tribunales. Sin embargo, su desarrollo fue caótico dada la inestabilidad política en ese siglo¹⁶.

Históricamente, el poder judicial hondureño no ha cumplido el papel que le corresponde en el sistema de pesos y contrapesos del Estado de derecho, en el que tiene asignado el rol de garante de la Constitución, facultado para la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las decisiones del gobierno, así como de la resolución de los conflictos sociales que son sometidos a su conocimiento. Sin embargo, el poder judicial ha adoptado un bajo perfil institucional, sin ejercer un control efectivo sobre las fuerzas económicas, políticas y financieras.

Durante la primera mitad del siglo XX, la administración de justicia en el país fue seriamente afectada por la influencia de caudillos armados, cacicazgos y partidos políticos tradicionales en periodos caracterizados por dictaduras y frecuentes luchas de facciones¹⁷. Para la segunda mitad del siglo hubo una serie de golpes militares y gobiernos civiles tutelados por los militares que, al hacerse al poder público, controlaron al débil poder judicial.

Como se señaló, el tránsito del autoritarismo a la democracia formal en el siglo pasado posibilitó que la justicia en el país iniciara su “modernización”. Es así como a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, se estableció la Comisión para la Reforma del Sistema Judicial, la cual impulsó varias acciones, entre otras la organización de la Escuela Judicial, la aplicación de la Ley de la Carrera Judicial, el establecimiento de jueces supernumerarios, la instauración de la defensa pública, la implementación de la Inspectoría General de Tribunales, así como la creación de las jurisdicciones de familia, de menores y de lo contencioso administrativo.

Como parte de la modernización del Estado, en la década de los noventa se produjo en el país la reorganización de la institución militar y su encuadre orgánico en la administración pública central, así como en el traslado de la función policial a la esfera civil, todo esto en un contexto en que el sistema de justicia se veía sumido en una baja credibilidad debido a la falta de rectitud en la aplicación del derecho y

¹⁶ Romero, Ramón y Leticia Salomón, *La reforma judicial un reto para la democracia*. Tegucigalpa, Cedoh, 2000, p. 57.

¹⁷ Barahona, ob. cit.

su débil presencia institucional, dando lugar a la reafirmación de las exigencias de una administración de justicia imparcial y de un poder judicial independiente¹⁸.

Así, con el apoyo de la cooperación internacional, se avanzó en la implementación de la carrera judicial, en la mejora de la organización y administración del poder judicial, en el desarrollo de la infraestructura de los servicios judiciales, en el fortalecimiento institucional de la Defensa Pública y de la Inspectoría General de Tribunales, así como en la aprobación y la aplicación de nuevas leyes¹⁹.

Para 2001 entró en vigencia una reforma constitucional del capítulo que regula al poder judicial en la Constitución Política, modificando la forma de elección de los magistrados a la Corte Suprema de Justicia, como explicaremos más adelante.

La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en 2002, de la Ley de Justicia Constitucional vigente en 2005, de las reformas al Código Penal de 2005 y la aprobación del nuevo Código Procesal Civil indica una tendencia orientada a la modernización del ordenamiento jurídico hondureño. Sin embargo, están aún pendientes en la agenda legislativa la aprobación por parte del Congreso Nacional de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial. Ambas leyes constituyen importantes desafíos para la consolidación del Estado democrático de derecho.

En síntesis, la reforma judicial ha sido apoyada por la cooperación bilateral y multilateral; sin embargo, se ha orientado a aspectos organizativos, técnicos y administrativos, quedándose en el ámbito de la modernización, sin que estas medidas de reforma hayan tenido su énfasis en fortalecer la independencia judicial respecto de los demás poderes del Estado.

1) Percepción del poder judicial

El Informe de Desarrollo Humano, *Honduras, 2003*²⁰, recalcó que la corrupción en el país es percibida como un fenómeno que ha evolucionado con el tiempo y que ha permeado las instituciones públicas al grado de institucionalizarse por sí misma. Esta percepción se vincula con el debilitamiento y el deterioro progresivo de la institucionalidad pública, afectando gravemente las bases sociales, políticas y la legitimidad del Estado democrático.

En este sentido, el referido informe dio cuenta de la percepción generalizada de que el sistema de justicia sostiene una estructura de impunidad para los corruptos de cuello blanco, lo que afirma la creencia en que la justicia no funciona ni es imparcial, cuestión que afecta negativamente el desarrollo socioeconómico y la gobernabilidad democrática en el país²¹.

¹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre desarrollo humano, Honduras 2002*. Tegucigalpa, p. 73.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 76.

²⁰ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre desarrollo humano, Honduras 2003*. Tegucigalpa, p. 158.

²¹ *Ibíd.*, p. 159.

Actualmente, no obstante los avances en materia de modernización, se mantiene la percepción general de que el sistema de justicia sostiene una estructura de poder fáctico, de clientelismo político y de impunidad, lo que reafirma que la justicia no es independiente ni imparcial.

2) Independencia judicial

En el poder judicial confluyen dos tipos de injerencias: una externa y otra interna. La primera proviene de los poderes públicos y de los poderes fácticos en la nominación y elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia; la segunda es el resultado del predominio de los dos factores anteriores, con énfasis en la concentración de la función administrativa y su incidencia en la función jurisdiccional, lo cual ha debilitado la independencia judicial y la imparcialidad de la judicatura²².

a) Injerencia externa

La injerencia del poder legislativo se devela en su intención de reformar la Constitución de la República, a efectos de atribuirse la facultad de interpretar las normas constitucionales –facultad que en todo Estado de derecho le corresponde al poder judicial–, y en la cooptación del proceso de nominación y elección de los magistrados a la Corte Suprema de Justicia.

En 2002, el Congreso Nacional aprobó en primera legislatura la reforma a una norma constitucional para arrogarse la facultad de interpretar la Constitución Política –lo que hizo de hecho durante muchos años sin tener la atribución para ello–, restringiendo así las facultades del poder judicial y debilitando aún más su independencia respecto de los poderes legislativo y ejecutivo. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la norma, pero el Congreso no publicó la decisión en el Diario Oficial *La Gaceta*, como lo ordena la Constitución Política.

No obstante esta decisión, en 2007 la bancada del partido de gobierno presentó otra iniciativa para reformar una norma de la Constitución de la República, con el propósito de que el Congreso Nacional tuviese la facultad de interpretar la Constitución con dos tercios del total de los votos, y que fuera ratificada en la siguiente legislatura con igual mayoría calificada. Este intento de reforma tampoco prosperó, pero aún persisten las amenazas al equilibrio entre los poderes públicos y se acentúan las zonas grises de los límites del Estado de derecho.

En cuanto a la injerencia en la nominación y elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la reforma constitucional de 2000 cambió el sistema de elección y ahora son electos con el voto de las dos terceras partes del total de los

²² Ochoa, Rigoberto et al., *Controles y descontroles de la corrupción judicial*. Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), 2007, p. 281.

miembros del Congreso Nacional, de una nómina de 45 candidatos propuesta por una Junta Nominadora integrada por un representante de la Corte Suprema de Justicia, otro del Colegio de Abogados, del Comisionado Nacional de Derechos Humanos, del Consejo Hondureño de la Empresa Privada, de los claustros de profesores de las escuelas de ciencias jurídicas, de las organizaciones de la sociedad civil y de las confederaciones de trabajadores. Asimismo, esta reforma amplió el período de los magistrados de 4 a 7 años, y creó la sala de lo constitucional para el control de la constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos constitucionales.

Esta nueva forma de nominación y elección de magistrados se percibe como un avance democrático; sin embargo, la expectativa ciudadana de valorar si la justicia ha avanzado o no, sobre todo en independencia judicial, se aprecia en dos sentidos: uno que considera la oportunidad que tiene la sociedad civil de participar en el proceso de nominación de los candidatos y otro que señala que quien elige —de la nómina propuesta— es el Congreso Nacional, mediante la votación político-partidaria de sus miembros. El tema se complica por la influencia que grupos políticos, económicos y financieros ejercen sobre el Congreso, controlando y deslegitimando los procesos democráticos impulsados por distintos sectores de la sociedad²³.

Con la implementación de este modelo, en la práctica se ha visto la influencia de intereses creados en los partidos tradicionales para la conformación de la Corte Suprema de Justicia, debido —entre otras cosas— al marco legal que regula la nominación y elección de los magistrados al tribunal supremo. Así, la Junta Nominadora se constituye en el instrumento que promueven los partidos políticos tradicionales para controlar el poder judicial, influyendo en la selección y el control de los miembros que integrarán la Junta para que los miembros de ésta nominen a candidatos afines a ellos o a los grupos económicos o financieros que representan. Posteriormente, se posicionan para tener mayor capacidad de negociación en la Junta y nominar en el listado de 45 al mayor número de sus afines; de esta manera, logran un mejor margen en la negociación. En seguida, los partidos políticos en el Congreso Nacional alcanzan el consenso de los candidatos a elegir con el visto bueno de los grupos económicos o financieros que representan y, finalmente, las bancadas votan para oficializar la selección previa de los magistrados a la Corte Suprema de Justicia.

En síntesis, la Ley Orgánica de la Junta Nominadora tolera los conflictos de intereses y los promueve legalmente; por tanto, el modelo que establece para la nominación y elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no garantiza la independencia del poder judicial, sino la distribución de cuotas de poder entre los partidos políticos tradicionales. En consecuencia, el clientelismo es una de las formas de detentar el control en el poder judicial, de manera que la influencia del poder real permite el equipamiento y el desarrollo de la infraestructura judicial, pero mantiene retenida la independencia judicial.

²³ Ochoa, Rigoberto et al., *Las reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia*. Washington D.C., Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) y Banco Mundial (WB), 2008, p. 61.

b) Injerencia interna

La injerencia interna, como resultado de la influencia de los poderes institucionales y fácticos más grupos de interés interno, tiene su particularidad en la concentración de la función administrativa y en su incidencia en la función jurisdiccional, lo cual debilita la independencia del poder judicial y la imparcialidad de la judicatura.

En Honduras, los concursos de oposición para ingresar a la carrera judicial son la excepción, no la regla. Debido a la discrecionalidad en la gestión del régimen de personal, no hay un tratamiento de igualdad en cuanto a ascensos y traslados, nivelación salarial por antigüedad, capacitaciones y oportunidades para todos los servidores judiciales, dándose lugar a los favoritismos. La demanda social se orienta a que los puestos del poder judicial sean sometidos a concurso interno o externo, según sea el caso, que el proceso permita una auditoría pública sobre la selección y nombramiento de los jueces, magistrados y demás personal auxiliar, y que se sienten las bases para una carrera judicial equitativa y transparente.

Con la reforma constitucional de 2002 a los artículos 313, literal 8, y 317 vigentes, se creó en Honduras el Consejo de la Judicatura y la Carrera Judicial como ente superior administrativo en el poder judicial, que se encarga de la selección, el nombramiento y la remoción de jueces y magistrados. Conforme a la Constitución Política, los miembros del Consejo son nombrados por la Corte Suprema de Justicia; así, el tribunal supremo concentra la función jurisdiccional y la función administrativa. Sin embargo, en la práctica no se ha puesto en marcha dicho Consejo y la función administrativa la ha detentado –al margen constitucional– la presidencia de la Corte.

En la medida en que la función jurisdiccional y la administrativa estén centralizadas y se mantenga un clientelismo promovido desde la jerarquía judicial, resulta obvio que ambas funciones se mezclen y generen corrupción con resultados negativos para el sistema de justicia. Ejemplo de esta situación es la concentración de funciones relativas a la administración de personal en la presidencia de la Corte Suprema, que menoscaba la imparcialidad de la judicatura.

En efecto, la importancia de la concentración de la política de personal en la presidencia de la Corte estriba en que ésta le permite mantener y desarrollar la práctica del clientelismo, ya que se tiene el control directo de las decisiones sobre personal: nombramientos, ascensos, traslados y cancelaciones que, al ser promovidos desde la jerarquía superior, establecen un sistema –de recompensa y sanción– que controla la estabilidad en el cargo de los jueces y su promoción en la carrera judicial. Esta cuestión, que incide e influye directamente en la independencia de los jueces, afecta las posibilidades de una judicatura democrática²⁴.

La Corte Suprema de Justicia remitió desde 2006 al Congreso Nacional su proyecto de Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial –que derogaría la actual Ley de la Carrera Judicial–; a la fecha, no se ha aprobado. Esta ley es el principal

²⁴ *Ibíd.*, p. 59.

instrumento para la renovación del poder judicial y el logro de su independencia respecto de los demás poderes públicos. Por tanto, su discusión y posterior aprobación en clave democrática es fundamental para el fortalecimiento del Estado de derecho.

La creación e integración del Consejo de la Judicatura es esencial en el proceso de estructuración de la carrera judicial y de reorganización del sistema de selección y nombramiento de los servidores de justicia, así como en su capacitación, evaluación y profesionalización en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. El Consejo se constituye en el garante de la estabilidad de los jueces en sus cargos y de la promoción a puestos superiores, a partir de elementos objetivos y alejados de criterios clientelistas; lo cual aseguraría la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados en la toma de decisiones.

B. Ministerio Público

El Ministerio Público fue creado por iniciativa de la Comisión ad-hoc de alto nivel para las reformas institucionales que garanticen la paz y la seguridad social en Honduras y mediante el Decreto Legislativo 228-93 aprobado por el Congreso Nacional. Entró en vigencia en enero de 1994 con el objetivo de coadyuvar a la impartición de justicia, con independencia, imparcialidad y legalidad, de modo práctico y eficaz, para lo cual se le dotó de independencia funcional en el desarrollo de sus actividades y se aseguró el ingreso por méritos e idoneidad de sus funcionarios en la carrera fiscal, inaugurándose una nueva etapa en el fortalecimiento del sistema de justicia y del Estado de derecho.

La entrada en funcionamiento del Ministerio Público originó un enfrentamiento generacional entre los nuevos fiscales y los jueces del poder judicial nombrados en el marco del clientelismo político y dio paso a denuncias por corrupción en esta rama del poder, lo que la marcó como uno de los principales obstáculos para la impartición de la justicia en el país.

Del papel que asuma el Fiscal General depende el fortalecimiento o el debilitamiento de la justicia en Honduras. Esto se evidenció con la crisis que afectó al Ministerio Público en 2004 por el manejo desacertado de la política de protección y defensa de los intereses generales de la sociedad. La crisis se originó cuando el Fiscal General (Partido Nacional) tomó la decisión de desistir en la investigación de varios casos de corrupción de impacto social, lo que generó la protesta de varios fiscales, la posterior destitución de diez de ellos y el traslado de otros seis. Esta decisión representó un retroceso en la lucha contra la impunidad, la corrupción y el fortalecimiento del Estado de derecho.

La precaria credibilidad y confianza de la ciudadanía en el Ministerio Público se agravó cuando el Departamento de Estado de Estados Unidos le revocó la visa al Fiscal General Adjunto (Partido Liberal) por actos de corrupción²⁵. Luego de

²⁵ Véase Por corrupción revocan visa a Yuri Melara, en *El Heraldo*, Tegucigalpa, 8 de junio de 2005.

este suceso, las negociaciones entre los partidos políticos tradicionales (Nacional y Liberal), se complicaron y el fiscal general dimitió tras una severa crisis de ocho meses. También renunció el Fiscal General Adjunto. Como parte de la insólita partidización y distribución de cuotas de poder en el Estado, los nacionalistas reasumieron la titularidad de la Fiscalía General y los liberales la Fiscalía Adjunta.

Con la reforma procesal penal de 2002, el Ministerio Público aparece con responsabilidades para investigar desde el momento de la comisión del delito hasta la ejecución de la sentencia; sin embargo, su presupuesto (400 millones de lempiras equivalente a cerca de 21 millones de dólares) no registró ningún incremento para el cumplimiento de sus nuevas funciones. En consecuencia, no cuenta con los recursos humanos y logísticos necesarios para asumir los retos del nuevo modelo de justicia penal y de la demanda social para bajar los altos niveles de impunidad.

1) La investigación criminal

Con la entrada en vigencia del nuevo modelo policial (Policía única bajo la égida de la Secretaría de Seguridad) en 1998, el Ministerio Público se vio afectado por el traslado de su Dirección de Investigación Criminal a la Policía Nacional, debilitándose así la labor investigativa y generando niveles altos de impunidad. Esta medida de política fue un retroceso y un contrasentido, ya que el Congreso Nacional contribuyó a debilitar la lucha contra la impunidad, en lugar de potenciar una investigación profesional en el marco del nuevo proceso penal pronto a implementarse.

Este cambio en la política criminal se impulsó en el contexto de la reforma del sector seguridad que buscaba sustraer la Policía Nacional del ámbito de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con información del Ministerio Público²⁶, de 62.463 denuncias recibidas en 2005, se despacharon a la Policía Nacional 48.507 para investigación, de las cuales retornaron 7.825 con informe de investigación. Esto sin considerar la mora fiscal de años anteriores. Las sentencias absolutorias constituyen en promedio un 25% de los casos sometidos a juicio; por ejemplo, en 2005 el poder judicial dictó 1.317 sentencias en juicio oral, 996 fueron condenatorias y 321 absolutorias, las que equivalen a un 24%. Según el *Anuario Estadístico de 2005*, del 100% de las denuncias que se trasladaron para ser investigadas a la Dirección General de Investigación Criminal (DGIC), sólo se abordó el 16% de los casos; de estos, el 90% fue por delitos flagrantes, y el 10% el resultado de investigaciones. Del total de denuncias remitidas a investigación, el 84% no fue investigado, y del 16% investigado llegó a juicio únicamente el 17%, del cual el 24% fue sentencias absolutorias.

Para tener una idea de la magnitud de la situación, presentamos una tabla resumen que toma como fuente los anuarios estadísticos de la Unidad Técnica de Reforma Penal del Ministerio Público, con el objeto de aproximarnos a la eficacia

²⁶ Ministerio Público, Unidad Técnica de Reforma Penal, *Anuario Estadístico 2005*. Tegucigalpa, 2005.

de la investigación criminal durante el periodo de vigencia 2002-2006 del Código Procesal Penal, así:

Cuadro 1 **Eficacia de la investigación criminal** **2002-2006**

Año	Denuncias recibidas	Denuncias remitidas a investigación	Denuncias investigadas	Sentencias emitidas	Sentencias absolutorias
2002	41.689	23.644	4.987	271	62
2003	52.965	26.104	8.005	982	223
2004	59.561	35.094	8.697	1.349	316
2005	62.463	48.507	7.825	1.317	321
2006	63.537	49.198	9.213	1.347	332
Total	280.215	182.547	38.727	5.266	1.254

Fuente: Elaboración propia, basada en datos de la Unidad Técnica de Reforma Penal del Ministerio Público.

En términos generales, de la tabla 1 podemos deducir que del total de denuncias recibidas por el Ministerio Público durante el periodo 2002-2006, el 65% fue remitido para investigación a la DGIC de la Policía Nacional; de este porcentaje sólo el 21% fue devuelto con informe de investigación; y de éste sólo el 14% llegó a sentencia, pues el 24% fue sentencias absolutorias. La mora en materia de investigación criminal corresponde a un 79% del total de denuncias remitidas a la DGIC.

El personal de investigación requiere mejor capacitación y dotación de recursos técnicos y materiales para el desarrollo de una labor profesional, congruente con los desafíos del nuevo modelo de justicia penal. Algunos fiscales señalan que les exigen resultados en sus acciones, pero que no se asignan a la institución los recursos financieros y humanos necesarios para hacerles frente a las distintas modalidades de criminalidad.

En general, se aprecia un debilitamiento de la Dirección General de Investigación Criminal en sus distintas áreas, lo que se manifiesta en la poca asignación presupuestal y de recursos humanos, la falta de profesionalismo e idoneidad del personal investigativo, así como en la carencia de equipo y materiales para el desarrollo de la investigación criminal. Estos factores inciden en la ineficacia de la justicia penal y en una alta impunidad, lo que afecta la legalidad y la legitimidad de las instituciones del sistema de justicia penal.

De acuerdo con el Informe Anual de Labores (Anuarios Estadísticos 2005-2006 y 2007-2008) del Ministerio Público²⁷, como se aprecia a continuación en el cuadro 2, la Fiscalía de Derechos Humanos presenta los siguientes datos:

²⁷ Ídem.; *Anuarios Estadísticos 2005-2006 y 2007-2008*, disponibles en http://www.mp.hn/Informes%20Anuales/informes_anual.html.

Cuadro 2

Fiscalía de Derechos Humanos

Periodo 2006-2008

Año	Denuncias recibidas	Sentencias condenatorias	Sentencias absolutorias	Sobreseimientos
2006	541	10	3	11
2007	605	6	8	13
2008	873	11	4	16
Total	2.019	27	15	40

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Unidad Técnica de Reforma Penal del Ministerio Público.

Del cuadro 2 se deduce que durante el periodo 2006-2008, la Fiscalía de Derechos Humanos recibió un total de 2.019 denuncias, teniendo 27 sentencias condenatorias, 15 absolutorias y 40 sobreseimientos; lo cual denota la poca eficacia de esta institución y el nivel de impunidad prevaleciente.

2) La reforma procesal penal

En Honduras, la reforma procesal penal se concretó con el nuevo Código Procesal Penal que entró en vigencia en febrero de 2002 como parte del impulso renovador de los sistemas de justicia penal en América Latina. Por su diseño, el Código tiene una base garantista, lo cual renovó el sistema de justicia penal en el país. El modelo se basa en la oralidad del proceso, concediendo la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público. El fiscal dirige la investigación criminal, que es realizada por la Dirección de Investigación de la Policía Nacional, la cual sirve de sustento para la acusación.

El monopolio de la acción penal lo tiene el Ministerio Público, lo que impide el acceso a la justicia y obstruye el derecho de las víctimas a promover la acción penal. Esto significa un desequilibrio procesal: ni persecución penal eficiente (por las limitaciones del ente fiscal) ni sanción a los delincuentes ni protección a las víctimas²⁸, dado que la investigación requiere una coordinación entre el fiscal y el investigador, lo cual todavía no se logra. Esta situación impide, además, el aporte de pruebas de cargo y de descargo, así como el cuestionamiento de los argumentos por las partes en el ejercicio del contradictorio.

La etapa intermedia en la práctica no está cumpliendo con su cometido, ya que regularmente se fija audiencia preliminar a efecto de confirmar lo actuado en la audiencia inicial (y generalmente no se ofrecen nuevos elementos de investigación) con lo cual, se impulsa el juicio oral y público con lo investigado para la audiencia

²⁸ Barrientos, César, Las fugas epistemológicas, en *Revista Justicia*, Tegucigalpa, Asociación de Jueces por la Democracia, mayo de 2007, p. 52.

de inicio. Asimismo, se imponen limitaciones en el ejercicio de la defensa técnica, ya que a los abogados defensores, en muchas ocasiones, se les limita el acceso al expediente en sede fiscal y no siempre se les notifica de actos de investigación de los que se podría derivar prueba, vulnerándose así los principios de objetividad y de contradicción.

La actividad probatoria se ha distorsionado mediante la prueba anticipada. Aunque esta es la excepción, se ha convertido en la regla general; por tanto, ya no se produce y valora en el juicio oral, sino que, por su lectura, se incorpora al debate de manera escrita. Con la prueba pericial, los peritos están obligados a declarar en el juicio oral, aunque generalmente no lo hacen, ya que el informe pericial se incorpora por su lectura al debate, y cuando el perito comparece a juicio se limita a la ratificación del informe.

Debido a esta situación, no se cita a los testigos porque se cuenta con sus declaraciones rendidas de manera anticipada y tampoco se cita a los peritos para que dictaminen de viva voz, sino que se leen sus informes sin ningún tipo de cuestionamiento; de este modo, la prueba documental se convierte en la más importante²⁹, relegando la inmediatez y el contradictorio, la oralidad y la publicidad del juicio por una justicia escrita caracterizada por su naturaleza inquisitiva.

En resumen, con el Código Procesal Penal de 2002 se sentaron las bases para una justicia garantista; no obstante, debido a múltiples reformas y a la falta de formación y capacitación de los servidores judiciales, fiscales, defensores y policiales, el garantismo en el proceso se disgregó, subsistiendo el peso de la cultura inquisitiva.

III. Hacia un modelo de justicia transicional en Honduras

Como se ha argumentado, desde la época de la independencia, el Estado se ha constituido en un bien patrimonial al servicio exclusivo de las élites y ha sido una fuente de acumulación de riqueza y de exclusión de las mayorías. Honduras adoptó el republicanismo como modelo político para gobernar, entendiéndose este concepto como el modelo que resguarda los valores superiores de libertad, igualdad y justicia, fundamentado en el derecho y en la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo y que se asienta en la democracia representativa. Sin embargo, la falta de legitimidad y de legalidad en la forma de obtener y ejercer el poder ha sido una constante en la historia hondureña, lo cual llevó a que el ideal republicano, y la democracia que lo sustenta, se conviertan en una ficción política en el país.

²⁹ Tijerino, José María, Mediatización de la oralidad: la perversión del juicio en la práctica judicial penal centroamericana, en *Revista Justicia*, Tegucigalpa, Asociación de Jueces por la Democracia, junio de 2006, p. 25.

El modelo bipartidista (liberal-nacional) –interrumpido en 1936 por la dictadura de Tiburcio Carías y en 1963 por el golpe militar–, restablecido con el retorno a la democracia en 1982, no ha permitido realizar los postulados de la democracia participativa ni satisfacer las demandas sociales de la mayoría de la población. De ahí la importancia de recuperar el principio de la soberanía popular para fortalecer la república de los ciudadanos libres, con voz y con voto, con capacidad de participar y decidir en los asuntos de importancia que les afectan directamente.

La transición en Honduras ha sido lenta, no obstante el final de los regímenes militares autoritarios y la sucesión de gobiernos formalmente electos. Los principales avances en la transición hasta 2006 –como se explicó– fueron el establecimiento de la democracia formal con tres poderes constituidos, la creación de una nueva institucionalidad (Ministerio Público, Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, Tribunal Superior de Cuentas, Tribunal Supremo Electoral, Instituto de Acceso a la Información Pública, entre otros), la disminución del protagonismo militar en la esfera pública y la puesta en marcha de una instancia electoral que garantiza la alternabilidad en el poder, pero estas acciones no se tradujeron en la mejora de las condiciones sociales, económicas y culturales para el desarrollo de una vida digna de la población hondureña.

Desde la perspectiva de la justicia transicional se trata solamente de reformas institucionales cuya contribución a la consolidación de la democracia no ha sido suficiente y que además no se acompañaron integralmente de iniciativas de esclarecimiento histórico, reparación a las víctimas ni de procesos de persecución penal contra los responsables de violaciones a los derechos humanos.

Asimismo, no se pueden desconocer las consecuencias de los desaciertos de la transición en el fortalecimiento de la democracia con los bajos índices de desarrollo humano en Honduras. El Informe sobre la Democracia en América Latina señala que para entender la democracia y su desarrollo, es relevante considerar los déficit sociales como carencias de la democracia; en este sentido, la pobreza y la desigualdad no son sólo problemas sociales, sino también deficiencias democráticas; así, la democracia constituye una promesa civilizadora para la expansión de la libertad, la igualdad, la justicia y el progreso.

Según el *Informe sobre Desarrollo Humano, Honduras 2006*³⁰, en el país persiste el estancamiento del desarrollo humano, dado que se constata la presencia de diferentes rezagos sociales, combinados con elevados niveles de pobreza, altos grados de desigualdad y una significativa fragmentación de su territorio en términos de acceso a servicios sociales y a oportunidades económicas.

En Honduras, la desigualdad es uno de los principales factores de la pobreza; sus manifestaciones se encuentran en la distribución de la riqueza y el ingreso, en las brechas educativas, sanitarias y salariales, en la debilidad de la seguridad

³⁰ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano, Honduras 2006, hacia la expansión de la ciudadanía*, Tegucigalpa, 18 de mayo de 2006.

y protección social, así como en las diferencias sociales, generacionales, étnicas y de género.

En gran medida, este escenario es el resultado de factores como la inequitativa distribución de la riqueza, la falta de un equilibrio de representación política y de la existencia de la gestión pública como fuente de enriquecimiento ilícito y de preservación de la impunidad. Por tanto, es relevante retomar la soberanía del pueblo como fundamento de la democracia representativa y participativa, y como instrumento para la consecución de una democracia política, económica, social y cultural. Por esto, las iniciativas de justicia transicional también deberían a la vez complementarse con medidas concretas de superación de la pobreza y de desarrollo.

Como lo manifesté, desde la segunda mitad del siglo XX, las Fuerzas Armadas protagonizaron tres golpes de Estado contra gobiernos constitucionales: en 1963 contra Ramón Villeda Morales; en 1972 contra Ramón Ernesto Cruz, y en 2009 contra Manuel Zelaya Rosales. Además, tres gobiernos de facto fueron removidos por acciones militares: Julio Lozano en 1956, Oswaldo López en 1975 y Juan Melgar en 1978. Los gobiernos constitucionales derrocados en 1963 y 2009, así como el de facto en 1975, tienen en común haber propuesto reformas que generaron expectativas de cambio, haberse opuesto a los intereses de los grupos de poder económicos y haber sido señalados como instrumentos de gobiernos extranjeros que amenazaban la democracia³¹.

Asimismo, los medios de comunicación en el país responden a un modelo de concentración de la propiedad, controlan el flujo informativo y promueven sus negocios, agendas sociales y sus causas políticas, pues varios de los principales políticos del país son propietarios de medios o tienen relación familiar directa con sus dueños³², asegurando así su incidencia social, control estatal y estrategia de expansión. En suma, a través de los medios de comunicación, los grupos económicos promueven sus agendas particulares como agendas de interés nacional y buscan influir en la opinión pública sobre políticas afines a sus intereses³³.

Resulta evidente la debilidad del Estado y el carácter precario de la democracia hondureña, que no está preparada para responder institucionalmente a los embates del autoritarismo, del caudillismo y del clientelismo político que emana de los grupos de poder; por consiguiente, predomina la existencia de un “Estado de derecho” al servicio de la ilegalidad y de la impunidad. La clase política, al percibir amenazas a sus intereses, recurre al uso de la fuerza; en consecuencia, el poder de la institucionalidad del Estado de derecho no resuelve, en definitiva, el conflicto que amenaza su estabilidad, sino la intervención militar.

³¹ Romero, Ramón, *Por la democracia y contra el golpe, un análisis independiente*. Tegucigalpa, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, septiembre de 2009, p. 16.

³² Mastrini, Guillermo y Becerra Martín, *Los monopolios de la verdad: descifrando la estructura y concentración de los medios en Centroamérica y República Dominicana*. Buenos Aires, Prometeo Libros, 2009, p. 133.

³³ Segovia, Alexander, *Integración real y grupos de poder económico en América Central: implicaciones para el desarrollo y la democracia de la región*. San José, Fundación Friedrich Ebert, 2005.

La corrupción en Honduras es percibida como un fenómeno que ha evolucionado en el tiempo y ha permeado las instituciones del Estado, al grado de institucionalizarse por sí misma. Esta situación ha contribuido a la debilidad de la institucionalidad estatal, así como a su limitada efectividad y credibilidad, incidiendo directamente en el estancamiento de la vida social, política y económica del país, y consecuentemente, en el déficit del desarrollo democrático de la nación³⁴.

Con relación al sistema judicial, se constatan avances en la modernización de la justicia; sin embargo, hay una percepción generalizada de que el sistema sostiene una estructura de impunidad para los corruptos de cuello blanco, lo que afirma la creencia en que la justicia no funciona y no es imparcial, ya que el sistema judicial puede ser mediado por presiones económicas y políticas, y tiene poca confianza y credibilidad. Esta percepción se vincula con el debilitamiento y el deterioro progresivo de la institucionalidad pública, que destruye las bases sociales y políticas de la legitimidad del Estado de derecho.

Respecto de la amnistía, es válida en la medida en que contribuya a la reconciliación y sienta las bases para la construcción de una sociedad democrática, satisfaga las exigencias de la justicia y no suponga la impunidad de los violadores de los derechos fundamentales. En el pasado, los decretos de amnistía se adoptaron en nombre de la paz y la reconciliación nacional, negando los derechos de las víctimas y sus familiares a la verdad, la justicia y la reparación, pero asegurando la impunidad de los agentes estatales por violaciones a los derechos humanos. La amnistía ha logrado mantenerse en el tiempo al amparo de decisiones erradas de tribunales.

La percepción generalizada es que la justicia penal se aplica sólo a los pobres³⁵, debido a que hay privilegios en la aplicación de la ley y de manera sistemática se vulnera el principio de imparcialidad; esta cuestión se afirma al revisar el perfil socioeconómico de los privados de libertad, el cual responde, en su mayoría, a personas de escasos recursos y bajo nivel educativo. El sistema de justicia ha sostenido una estructura de impunidad, por lo que la justicia no funciona ni es imparcial, ya que el poder judicial es influenciado por intereses económicos, financieros y políticos para su propio beneficio o de otros, por cuanto ha tenido poca confianza y credibilidad.

A propósito de la discusión que suscitó el establecimiento de una comisión de la verdad “con el fin de esclarecer los hechos ocurridos antes y después del 28 de junio de 2009, que identifique los actos que condujeron a la situación actual, y proporcione al pueblo de Honduras elementos para evitar que estos hechos se repitan

³⁴ Ochoa, Rigoberto et al., *Controles y descontroles*, ob. cit., p. 326.

³⁵ Pérez Munguía, Andrés, *Características sociales de la población penitenciaria y su relación con las posibilidades de trabajo y educación en los centros penales y de reeducación social de Honduras: Estudio exploratorio*. Tegucigalpa, PNUD, 2005, p. 53.

en el futuro”³⁶, hay duras críticas que pueden llevar a que su mandato fracase en el intento de contribuir a la consolidación de la democracia en Honduras.

Es importante que el establecimiento de cualquier organismo, la definición de su mandato e intervención, sea precedido de consultas amplias y públicas, que logren un consenso y cuenten con la opinión de las víctimas, lo que no ha sucedido en Honduras³⁷.

El riesgo que se corre es el de terminar por justificar el golpe de Estado, beneficiar al régimen de facto y buscar la impunidad, y no la reconciliación nacional. Así mismo, tampoco es claro cómo la comisión contribuirá a esclarecer el pasado violento en Honduras y a sentar las bases para la no repetición de los hechos. Dadas las particularidades del caso hondureño, parece relevante que la Comisión aborde la dimensión política de los hechos que condujeron al golpe y sus efectos en la construcción de la democracia; la dimensión jurídica del conflicto entre poderes públicos y el control constitucional de la legalidad de los hechos; las violaciones a los derechos humanos y el papel de las fuerzas armadas en una sociedad democrática; así como los desafíos para el fortalecimiento del Estado democrático de derecho.

Conclusión

El restablecimiento del orden constitucional y democrático es un imperativo. De ahí la importancia de que los acuerdos políticos y las negociaciones de paz incluyan claramente las garantías de no repetición, el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y sobre la base del respeto a los derechos humanos se funde una nueva cultura jurídica que responda desde la ética a los desafíos de la reconciliación nacional, manteniendo el necesario balance entre la paz y la justicia, con el deber jurídico de proteger los derechos de las víctimas.

Todo esto supone que el fortalecimiento de la justicia se centre en la independencia judicial, tanto interna como externa, y promueva la estructuración de la carrera judicial, la transparencia en la selección y nombramiento de los funcionarios y empleados del poder judicial, su capacitación hacia la excelencia profesional en el ejercicio de la actividad jurisdiccional o administrativa, y el establecimiento de mecanismos de vigilancia externos que permitan monitorear social, política y técnicamente el proceso.

³⁶ Acuerdo Tegucigalpa-San José para la reconciliación nacional y el fortalecimiento de la democracia en Honduras, Tegucigalpa, 2 de noviembre de 2009.

³⁷ Al respecto se pueden ver los pronunciamientos de organizaciones internacionales como el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), entidades que a través de comunicados de prensa alertaron sobre el establecimiento de la Comisión de la Verdad. Véase, *Comisión de la Verdad de Honduras nace con graves carencias jurídicas*, Cejil, Costa Rica, 5 de mayo de 2010, disponible en <http://cejil.org/comunicados>; *Honduras: nueva comisión de la verdad debe garantizar los derechos de las víctimas*, ICTJ, Bogotá, 6 de mayo de 2010, disponible en <http://www.ictj.org/es/news/press/release/3713.html>.

Desde la transición, durante la década de los ochenta, Honduras ha introducido un conjunto de reformas al poder judicial, que continuaron en los años noventa y se desarrollaron en el 2000. Sin embargo, estas reformas no han sido suficientes para garantizar la no repetición, y no han permitido la creación de un sistema de justicia eficiente y efectivo, lo que sigue siendo uno de los principales desafíos para la consolidación de la democracia hondureña.

Además, las reformas institucionales no incorporaron en su agenda la satisfacción de las expectativas legítimas de justicia, verdad y reparación de las víctimas. Por consiguiente, un paso básico para avanzar en el desarrollo de una justicia transicional en Honduras es que el Estado y la sociedad reconozcan que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos y delitos políticos, así como que es necesario sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. Asimismo, es importante que la reforma judicial se traduzca en una justicia pronta y cumplida, que implique investigación de los hechos, identificación y sanción a los responsables, y reparación a las víctimas.

Finalmente, la transición hondureña aún no ha abordado la desmilitarización del Estado y el papel de la justicia en la reconciliación nacional, en la lucha contra la impunidad y en el respeto de los derechos de las víctimas, de ahí la importancia de explorar el rol de la justicia transicional en países con estados débiles, capturados por los poderes fácticos, con contextos de golpes de Estado no tradicionales y de apertura de procesos electorales en el marco de gobiernos ilegítimos y de estados de excepción cuestionables, lo que exige la necesaria valoración del grado de restablecimiento del orden constitucional y democrático, de la restauración de la participación democrática, el nivel de confianza en las instituciones y la eficacia del sistema de justicia.

Para el caso hondureño, desde una perspectiva político-legislativa, es imperativo desarrollar un nuevo sistema político-electoral, establecer las competencias y límites de los poderes públicos en el marco del Estado de Derecho. Esto pasa por la discusión y aprobación de la Ley Orgánica del Poder Legislativo –que regule la organización y funcionamiento democrático y transparente de este poder del Estado–, por la aprobación de la Ley del Servicio Civil del Poder Ejecutivo –que dé estabilidad y profesionalismo a los servidores públicos–, por la aprobación de la Ley Orgánica del poder judicial y de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, instrumentos que deben garantizar la independencia del poder judicial. También es importante la creación de la Corte de Constitucionalidad, organismo encargado de velar por el control de constitucionalidad de las leyes, el desarrollo de la jurisprudencia en materia de derechos humanos y la resolución de los conflictos entre los poderes públicos, entidad que generaría condiciones y mayores garantías para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia hondureña.

Capítulo 16

Por si algún día¹: los retos de la no repetición en El Salvador

Benjamín Cuéllar Martínez

*“En esta tierra donde nacimos,
me da tristeza lo que vivimos.
Cuántas promesas de nuevos días
y la justicia no se avecina”.*
Illapu, Chile

Tras dieciocho años de la firma del Acuerdo de Paz para El Salvador² aún continúan latentes en el país las causas que originaron el conflicto: exclusión económica y social, falta de espacios para la participación política, instituciones frágiles o inoperantes, violencia y –sobre todo– impunidad. Si bien hubo algunas iniciativas para cambiar la situación, éstas no fueron realizadas a partir del enfoque de derechos humanos que nos planteó Ignacio Ellacuría, jesuita rector de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA) asesinado en 1989³.

Ellacuría sostiene que los derechos humanos no deben ser una interminable lista de principios que terminan convertidos en deseos no cumplidos, valiosos pero irrealizables en la práctica, excepto para unos pocos sectores privilegiados que los disfrutaban en abundancia. Por eso enfatiza en la importancia de lograr la liberación de estos grupos sociales, definiéndola como “el camino de las mayorías, que sólo accederán a la verdadera libertad cuando se liberen de un mundo de opresiones y cuando se den las condiciones reales para que todos puedan ejercer su libertad”⁴.

¹ Este título es tomado del video del Tribunal para la aplicación de la justicia restaurativa en El Salvador, tema “Por si algún día”. Véase <http://IDHUCA.blogspot.com/2009/04/sentencia-tribunal-internacional-para.html>.

² Documento final del proceso de negociación entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), también conocido como el Acuerdo de Chapultepec, suscrito en la ciudad de México el 16 de enero de 1992. Véase Naciones Unidas, *Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz*. Reimpresión hecha por Onusal (Misión de verificación de Naciones Unidas en El Salvador), San Salvador, Imprenta El Estudiante, noviembre de 1993.

³ El rector de la UCA fue ejecutado dentro de las instalaciones de este centro educativo el 16 de noviembre de 1989 por militares salvadoreños, junto a otros cinco jesuitas: Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Amando López, Juan Ramón Moreno y Joaquín López y López; también fueron asesinadas entonces Julia Elba Ramos y su hija adolescente, Celina Mariceth.

⁴ Ellacuría, Ignacio, *Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares*, en *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, vol. 502, Año XLV, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, agosto de 1990, pp. 594-95.

Ese es el “desde dónde”, el “para quién” y el “para qué” del planteamiento del presente capítulo que busca abordar los retos de la no repetición de las violaciones de derechos humanos en El Salvador, argumentando que para lograrlo es necesario atacar las causas sociales y políticas que generaron esta violencia.

Asimismo, el enfoque de Ignacio Ellacuría se concreta aún más en el siguiente fundamento constitucional:

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. [...] En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social⁵.

Para el rector mártir de la UCA, se trata de imponer el “bien común” sobre el “mal común”. Y, al menos en teoría, eso se pretendía con los acuerdos entre las partes beligerantes que crearon –entre otras herramientas– una Comisión de la Verdad para contribuir al esclarecimiento de los hechos violentos ocurridos en el país desde 1980 y superar la impunidad. Pese a esto, en El Salvador continúa negándose verdad, justicia y reparación integral a las víctimas sobrevivientes de graves violaciones de derechos humanos, delitos contra la humanidad y crímenes de guerra.

El Estado ignoró por completo las “medidas tendientes a la reconciliación nacional” que recomendó la Comisión en su informe final; no cumplió a cabalidad o de plano no acató muchas de las restantes, como la inhabilitación para ocupar cargos públicos de los responsables de las violaciones de derechos humanos. Esa falta de voluntad y valentía políticas para enfrentar los obstáculos humanos y materiales que se oponían y oponen a la justicia, se acentuó cinco días después de haber sido presentado el citado informe –el 20 de marzo de 1993–, cuando se aprobó una amnistía que sigue vigente con la anuencia de los poderes políticos, pese a las reiteradas críticas de diversos organismos intergubernamentales y sociales dentro y fuera del país. El Gobierno tampoco impulsó eficazmente los cambios estructurales necesarios para construir y consolidar una verdadera sociedad democrática, tales como la depuración y la reforma del órgano judicial.

Por esto, no se puede afirmar que el proceso de paz salvadoreño convenido en el Acuerdo de Ginebra⁶ culminó con éxito, pues –a excepción del fin de la guerra por la vía política al más corto plazo posible– aún siguen pendientes tres asuntos básicos para la reconciliación nacional: el irrestricto respeto de los derechos humanos, la democratización del país y la “reunificación” de la sociedad. En buena medida, la falta responde a la decisión de unos y la aceptación de otros de proteger

⁵ Constitución de la República de El Salvador, artículo 1.

⁶ Firmado por las representaciones del gobierno salvadoreño y la insurgencia, junto con la rúbrica del entonces secretario general de ONU, Javier Pérez de Cuéllar, el 4 de abril de 1990 en Ginebra, Suiza.

a los culpables de las atrocidades, muchos de los cuales aún siguen siendo actores políticos, económicos y sociales. No se aplicaron en serio las medidas esenciales de justicia transicional en la posguerra. Pese a su creación y labor, los resultados de la aludida Comisión de la Verdad no fueron divulgados suficientemente; eso permitió negar o tergiversar los graves hechos de violencia y las violaciones de derechos humanos ocurridas antes y durante el conflicto armado. Y así seguirá, mientras no se rompa la “normalidad” protectora de victimarios y ofensora de víctimas.

De esa forma, a la distancia del “adiós a las armas” entre los bandos enfrentados, es viable afirmar que aún están presentes –afectando la dignidad de las personas y de la sociedad– las cuatro dimensiones de la impunidad descritas por Roberto Garretón: la penal, la política, la moral y la histórica⁷.

Por tanto, para hablar de un proceso real de refundación social basado en la verdad, la justicia y la reparación integral para las víctimas de antes y durante la guerra, junto a la inclusión y la equidad para las mayorías, examinaré en la parte I de este capítulo la aplicación de los Principios de Chicago sobre la Justicia Posconflicto⁸. Posteriormente, en la parte II, se abordarán las causas estructurales de los conflictos sociales y bélicos que continúan presentes en El Salvador. Como conclusión se plantean acciones para impulsar con el fin de posicionar el tema del respeto de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad en la agenda pública, y con el propósito de que no se repitan las tragedias ocurridas durante el siglo pasado, en 1932 y desde 1972 en adelante⁹.

I. El Estado salvadoreño y los Principios de Chicago

Los Principios de Chicago sobre Justicia Posconflicto son criterios esenciales para el esbozo de estrategias que permitan enfrentar las atrocidades ocurridas en una sociedad y alcanzar su democratización atendiendo la dignidad de las víctimas, la responsabilidad de los perpetradores, el funcionamiento de las instituciones y las garantías para la no repetición de aquellas. Dichos preceptos, cuya discusión y acuerdo se desarrollaron durante los primeros años del siglo XXI, encuentran sus antecedentes más cercanos en las reuniones de expertos en Washington y Siracusa de 1997 y 1998, respectivamente. Se han establecido como instrumentos útiles para analizar procesos

⁷ Rodríguez, Roger, Las dimensiones de la impunidad sin Pinochet, entrevista con Roberto Garretón, en *La República*, año 10, n°. 2968, Uruguay, 14 de julio del 2008, disponible en <http://www.larepublica.com.uy/politica/319779-las-dimensiones-de-la-impunidad-sin-pinochet>.

⁸ Véase International Human Rights Law Institute et al., *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, 2007.

⁹ En enero de 1932, a partir del día 22, el Ejército salvadoreño desató una enorme matanza, sobre todo entre la población indígena. De febrero de 1972 en adelante, tras un fraude en las elecciones presidenciales, la represión gubernamental y la violencia guerrillera fueron creciendo hasta desembocar en la guerra abierta que inició en enero de 1981.

como el salvadoreño después de la guerra. Sin ser una “camisa de fuerza”, ese ejercicio se ofrece a continuación para evaluar la profundidad de lo ocurrido en el país.

A. Primer principio: investigación de los hechos del pasado

El Estado no puede responder positivamente cuando se le interroga sobre este tema por su constante resistencia a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos ocurridas antes y durante la guerra. Claro ejemplo de esa situación es la vigencia actual de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz¹⁰, incompatible con los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos y erigida como la principal barrera para evadir la investigación de lo ocurrido, pese a que las partes firmantes del Acuerdo de Chapultepec reconocieron “que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley”¹¹.

El 14 de marzo de 1993 –un día antes de la presentación del informe de la Comisión de la Verdad en la sede de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Nueva York– el entonces presidente Alfredo Cristiani, quien gobernó entre 1989 y 1994, comunicó al país y al mundo su intención de aprobar dicha amnistía. Su sucesor, Armando Calderón, presidente entre 1994 y 1999, mantuvo vigente este obstáculo legal para avanzar hacia la paz, también los tres gobernantes siguientes fueron enfáticos al afirmar que la ley no se modificaría. Lo hicieron agravando la dignidad de las víctimas, de las organizaciones que las acompañaban, y de la población que siempre se opuso al autoritarismo criminal convertido en política estatal.

El presidente Francisco Flores, quien gobernó entre 1999 y 2004, expresó que la amnistía era “la piedra angular de los acuerdos de paz” y que el país podía sumergirse “en un conflicto adicional” si se derogaba¹². Igual pasó con el presidente Antonio Saca, que gobernó entre 2004 y 2009, cuando el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) le exigió derogar la ley en abril del 2005, dijo que era la “frontera entre un pasado triste que condenamos y que no debe repetirse y un futuro prometedor [...] los nostálgicos del pasado [sic], lo único que pretenden con esto es desestabilizar el país”¹³.

¹⁰ Asamblea Legislativa de El Salvador, Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, Decreto 486, 20 de marzo de 1993, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1841.pdf>.

¹¹ Naciones Unidas, *Acuerdos de El Salvador*, ob. cit., p. 55.

¹² Asociación Pro Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante la Guerra (Probúsqueda) et ál., La elección del nuevo secretario general de la OEA, en *Proceso*, año 25, n°. 1.118, Centro de Información, Documentación y Apoyo a la Investigación (Cidai), Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 20 de octubre 2004, disponible en <http://www.uca.edu.sv/publica/proceso/proc1118.html>.

¹³ Véase El presidente salvadoreño rechaza derogar la ley de amnistía, como pide el FMLN, en *Lukor*, 14 de abril de 2005, <http://www.lukor.com/not-mun/americ/0504/14033440.htm>.

Mauricio Funes¹⁴, en su campaña electoral y con un discurso distinto al que ofreció antes su partido, pidió ubicar “el momento en el que estamos. [...] Lejos de contribuir a la reconciliación, por el contrario, abriría heridas”¹⁵. “Derogar la Ley de Amnistía –dijo– implicaría crear un clima de ingobernabilidad, implicaría crear un clima que no permitiría construir un futuro”¹⁶. Asimismo, al asumir el cargo expresó:

Necesitamos acabar con lo que todavía queda de nuestro complejo de víctimas, porque eso alimenta el odio, la autoconmiseración [sic], el revanchismo y las disculpas fáciles. Aceleremos este proceso de renovación emocional y espiritual, el proceso de creer en nosotros mismos, de respetar y hacernos respetar, de dejar la sombra oscura de nuestras peores experiencias sociales y personales¹⁷.

Los sistemas interamericano y universal de derechos humanos han presionado al Estado salvadoreño. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), además de su informe especial sobre la situación del país en 1994, donde cuestionó la Ley de Amnistía, le recomendó adecuar “su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General”¹⁸. Y lo reiteró en el informe de fondo sobre el caso de monseñor Óscar Romero¹⁹.

Entre las principales preocupaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2003, el primer lugar lo ocupaba la ley de amnistía y su aplicación “a graves violaciones de derechos humanos, incluso aquellas examinadas y establecidas por la Comisión de la Verdad”²⁰. El Comité consideró que ésta “[...]”

¹⁴ Fue elegido Presidente de la República el 1 de junio del 2009 y gobernará hasta el 31 de mayo del 2014. Ganó las elecciones como candidato del FMLN. Es el primer mandatario de la posguerra que no pertenece a Alianza Republicana Nacionalista (Arena); este partido fue fundado por el mayor Roberto D’Abuisson Arrieta, señalado por la Comisión de la Verdad como organizador de los “escuadrones de la muerte”, y responsable último del magnicidio de monseñor Romero, cuarto arzobispo de San Salvador.

¹⁵ Lemus, Eric, Sin perdón ni castigo, en *BBC.mundo.com*, 24 de octubre del 2008, disponible en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7684000/7684038.stm.

¹⁶ Ávalos, Jorge, FMLN abrirá juicios de guerra, en *El Diario de Hoy*, 4 de septiembre del 2008.

¹⁷ Funes, Mauricio, Discurso de toma de posesión de Mauricio Funes, en Presidencia de la República, Discursos, El Salvador, 1 de junio del 2009, disponible en <http://www.presidencia.gob.sv/discursos/index.html>.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros s. j.; Segundo Montes, s. j.; Armando López, s. j.; Ignacio Martín Baró, s. j.; Joaquín López y López, s. j.; Juan Ramón Moreno, s. j.; Julia Elba Ramos y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, sección VIII, párr. 3, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/El%20Salvador10.488.htm>.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 37/00, Caso 11.481, monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril del 2000, romano VIII, párrafo 3, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>.

²⁰ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003; Comité de Derechos Humanos, 78° período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, El Salvador, párr. 6, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CCPR.CO.78.SLV.Sp?Opendocument>.

vulnera el derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 2 del Pacto, puesto que impide que se investigue y se sancione a todos los responsables de violaciones de derechos humanos”²¹.

El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias también se pronunció al respecto:

En cuanto al derecho de las víctimas y sus familiares a la verdad, la justicia y la reparación, el Grupo de Trabajo concluye que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 se aparta claramente de los principios de la Declaración²², particularmente de su artículo 18, tal y como ha sido interpretado por el Grupo de Trabajo en una de sus observaciones generales²³.

Por eso recomendó adoptar “medidas efectivas para garantizar y realizar los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la readaptación”, instando a la Asamblea Legislativa a modificar sustancialmente la Ley de amnistía de 1993 y a ajustarla a los lineamientos señalados en el párrafo 8 de la Observación General emitida por el Grupo de Trabajo, relativa al artículo 18 de la Declaración²⁴.

Pero la amnistía sigue inamovible. Y esa normativa, que ha sepultado las demandas de verdad, justicia y reparación integral para las víctimas, es la que Kofi Annan, Secretario General de la ONU, puso en 1997 como ejemplo del rechazo de las partes al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad²⁵.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos y los Principios de Chicago no la prohíben, una amnistía no puede favorecer a quienes cometieron delitos contra la humanidad. Sin embargo, exactamente eso fue lo que ocurrió en El Salvador pues en su primer artículo la ley otorga:

amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte antes del primero de enero de mil novecientos noventa

²¹ Ídem.

²² Naciones Unidas, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Resolución 47/144 de 18 de diciembre de 1992.

²³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, séptimo período de sesiones, Tema 3 del programa, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, *Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Misión a El Salvador, párr. 83, U.N. Doc. A/HRC/7/2/Add.2, 26 de octubre de 2007, disponible en <http://www.universalhumanrightsindex.org/documents/846/1246/document/es/doc/text.doc>.

²⁴ Íbid., párr. 90.

²⁵ Naciones Unidas, Evaluación del proceso de paz en El Salvador, *La situación en Centroamérica: procedimientos para establecer la paz firme y duradera, y progresos para la configuración de una región de paz, libertad, democracia y desarrollo*, U.N. Doc. A/51/917, numeral 26, 1 de julio de 1997, p. 7.

y dos, ya sea que contra dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos²⁶.

Por eso, al no avanzar internamente en la investigación sería de los hechos ocurridos antes y durante la guerra, la Audiencia Nacional de España –basada en los principios de jurisdicción universal y la subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos– admitió en enero del 2009 una denuncia contra los autores materiales e intelectuales de la masacre en la UCA²⁷. La querella fue presentada por una organización española y otra estadounidense ante el reiterado desinterés del Estado salvadoreño por garantizar el respeto de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción. Por estas consideraciones, podemos afirmar que en El Salvador no se cumple de ninguna manera con el primer principio propuesto en los Principios de Chicago.

B. Segundo principio: creación de comisiones de la verdad y publicación de sus informes

La Comisión de la Verdad, tras ocho meses de trabajo y la recepción de alrededor de 25.000 denuncias –casi 2.000 directas, el resto indirectas– publicó su informe el 15 de marzo de 1993. Incluyó una cronología general y analítica de los sucesos ocurridos desde 1980 hasta el fin de la guerra y los patrones de la violencia estatal y la insurgente, además estableció responsabilidades personales e institucionales de ambos bandos en lo relativo a las graves violaciones de derechos humanos, tanto cuantitativas como cualitativas. Pero eso no fue suficiente para lograr lo que dispuso al inicio de dicho informe como su vocación y esencia: “(...) la búsqueda, el encuentro y la publicación de esa verdad”²⁸.

¿Por qué? Porque sí buscó la verdad, pero no con el apoyo decidido de las autoridades que, por acción u omisión, rechazaron el informe. Además de la actitud del presidente Cristiani solicitando la amnistía y del comunicado leído por el general René Emilio Ponce²⁹, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) se pronunció

²⁶ Asamblea Legislativa de El Salvador, Ley de amnistía general para la consolidación de la paz, Decreto 486, 20 de marzo de 1993, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1841.pdf>.

²⁷ Para conocer más sobre el caso, véase el reporte Caso Jesuitas, IDHUCA, <http://www.uca.edu.sv/publica/IDHUCA/jesuitas.html>.

²⁸ Betancur, Belisario, et ál., Introducción, mandato y cronología, *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*, Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador, *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, Año XLVIII, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, marzo de 1993, p. 162.

²⁹ Cuéllar Martínez, Benjamín, Los dos rostros de la sociedad salvadoreña, *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), septiembre de 2007, pp. 160 y 161.

en igual sentido y con similar dureza. Su presidente, Mauricio Gutiérrez Castro, dificultó las investigaciones en el caso de la masacre de El Mozote; esa intromisión fue denunciada por la misma Comisión de la Verdad, citando las palabras de dicho funcionario cuando auguró que con la exhumación en el lugar sólo encontrarían “enterrados guerrilleros muertos”³⁰. El 22 de marzo de 1992, siete días después de conocerse el reporte de la Comisión, la CSJ rechazó sus “conclusiones y recomendaciones (...) contra la administración de justicia de El Salvador, la Corte Suprema de Justicia y el presidente de la misma”³¹.

Considerando siempre la vocación y la esencia de la Comisión, “*la publicación de esa verdad*” se redujo a una edición modesta y limitada del documento producido y sus anexos. Fueron, básicamente, dos folletos gruesos elaborados por iniciativa y bajo la responsabilidad de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en El Salvador (Onusal), con los que el Estado dio por cumplido el fundamento proclamado en la introducción del informe. Escasos y reducidos fueron los otros esfuerzos por difundirlo y acercar a la sociedad salvadoreña el conocimiento de ese episodio trágico, que desembocó en “la locura”, parafraseando el título del mismo informe³².

Todas las recomendaciones encaminadas a lograr la “reconciliación nacional” fueron incumplidas³³. Por ejemplo, se propuso crear el Foro de la Verdad y la Reconciliación como entidad específica donde confluyeran diversos sectores sociales de reconocida trayectoria en la materia, con el fin de monitorear el acatamiento estricto de todas las recomendaciones, pero ni siquiera se creó ese Foro. Para el entonces secretario General de la ONU, Koffi Annan fue

inevitable hacer una valoración poco positiva de las medidas adoptadas en relación con las recomendaciones más importantes de la Comisión de la Verdad que no pueden ser objeto sino de una evaluación menos que positiva. Es realmente desalentador que no se haya aprovechado la oportunidad singular que representaba la Comisión y su labor para alcanzar progresos importantes en la eliminación de la impunidad y el fomento de un clima de reconciliación nacional³⁴.

Annan consideró que las medidas para enfrentar la impunidad y contribuir a la reconciliación eran las más importantes de todas las planteadas en el documento. Pero para el Gobierno salvadoreño y el FMLN no lo fueron, de ahí que ambas

³⁰ Betancur, ob. cit., p. 264.

³¹ Corte Suprema de Justicia, La Corte Suprema de Justicia, respuesta oficial al informe y recomendaciones de la Comisión de la Verdad, en *Documentación, Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, Año XLVIII, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, marzo de 1993, p. 490.

³² La Comisión de la Verdad tituló su informe así: “De la locura a la esperanza. La guerra de doce años en El Salvador”.

³³ Naciones Unidas, Evaluación del proceso de paz en El Salvador, ob. cit.

³⁴ Ídem.

partes las hayan desatendido³⁵. Y eso redundó en su silencio cómplice ante las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad, que también incluye no reconocer sus responsabilidades en los hechos. Los familiares de las personas desaparecidas durante el período examinado por la Comisión no saben nada acerca de su paradero y el sistema de justicia no responde a sus demandas.

La Comisión jamás planteó como un dilema si se debía o no castigar a los culpables. “La sanción de los responsables de los crímenes descritos, es un imperativo de la moral pública”, declaró tajante en consonancia con el Acuerdo de Chapultepec. El problema era si, en 1993, las instituciones encargadas de investigar los delitos y aplicar la ley eran capaces de hacerlo. Para saberlo le bastó con observar la actitud del presidente de la CSJ en el ya citado caso de El Mozote. Otro ejemplo fue la actitud del fiscal general de la República de la época, que llevó a los fiscales del caso de la UCA a dejar sus cargos y pasar a ser los acusadores particulares en el mismo caso³⁶.

¿De qué verdad hay que hablar en El Salvador en lo relativo a las atrocidades que ocurrieron durante el período escudriñado por la Comisión? Quien quiera adentrarse aún más en el conocimiento de los aparatos criminales organizados y las consecuencias terribles de su funcionamiento, al menos debe remontarse en la historia nacional a los inicios de década de los setenta cuando empezó a intensificarse la represión estatal contra la oposición, y cuando inició el accionar guerrillero. Pese al esfuerzo de la Comisión, aún están separadas las visiones y versiones de aquellos hechos que representaron la transgresión absoluta de normas éticas y legales. El Estado falló en todo al no honrar las recomendaciones recibidas mediante su cumplimiento pleno, no obstante su compromiso de hacerlo en su totalidad junto al FMLN³⁷, también al ocultar el contenido del informe. Esta situación es grave pues “la verdad es buena porque hace que toda la realidad, la de las víctimas, sus victimarios y sus defensores sea real y no fantasía carente de realidad”³⁸. Esa humanización de la realidad no llegó a El Salvador y sus consecuencias negativas permanecen.

³⁵ Cuéllar Martínez, ob. cit., pp. 152-67.

³⁶ Cansados de luchar contra corriente, el 9 de enero de 1991, Sidney Blanco y Henry Campos convocaron a una conferencia de prensa internacional para anunciar su renuncia como fiscales del caso jesuitas. Campos explicó su decisión en términos similares a los que ahora recuerda Blanco: nosotros creímos en un inicio que la Fiscalía General haría en este caso tan delicado el papel que realmente le corresponde, el papel que la Constitución le obliga a desempeñar en un caso de tanta trascendencia. Poco a poco nos fuimos dando cuenta de que el interés de la Fiscalía, como institución, se había desviado a otros caminos... se nos comenzaron a cerrar espacios... incluso habíamos aceptado algunas limitaciones con tal de que se nos dejara colaborar o aportar algún esfuerzo... pero se nos limitaron las libertades para intervenir.

Luego de eso, ambos fueron contratados por la parte ofendida. Véase http://archivo.elfaro.net/secciones/Noticias/20091116/noticias1_20091116.asp.

³⁷ Naciones Unidas, *Acuerdos de El Salvador: en el camino de la paz*, ob. cit., p. 32.

³⁸ Sobrino, Jon, La verdad de las víctimas, en *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, vol. 655, Año LVIII, San Salvador, mayo de 2003, p. 467.

De las recomendaciones de la Comisión se derivó otro organismo: el Grupo Conjunto para la investigación de los grupos armados irregulares con motivación política. La Comisión se refirió a los “escuadrones de la muerte” como uno de “los instrumentos más atroces de la violencia que conmovió al país durante los últimos años”, y determinó “que actuaron con toda impunidad”³⁹, por eso demandó ejecutar las medidas necesarias para asegurar su desmantelamiento, investigándolos de inmediato y a fondo con la asistencia técnica de corporaciones policiales de otros países.

A esa exigencia de indagar a la brevedad posible este asunto, el Estado respondió creando dicho ente hasta el 8 de diciembre de 1993 –nueve meses después de su recomendación–, y en medio de una grave ola de violencia política selectiva dentro de la cual fueron asesinados en octubre dos prominentes miembros de la antigua guerrilla incorporados plenamente a la vida civil: Francisco Velis y Heleno Hernán Castro.

Del 8 al 11 de noviembre viajó al país el Secretario General adjunto de la ONU, Marrack Goulding, a presionar al gobierno para que el Grupo Conjunto arrancara. Lo hizo luego de que su jefe, Boutros Boutros-Ghali, expresara su preocupación pues “los casos recientes de ejecuciones arbitrarias ocurridos en El Salvador confirman la necesidad de aplicar inmediatamente la recomendación de la Comisión sobre la Verdad de que se realizara una investigación sobre los grupos ilegales”⁴⁰. Un día después de la instalación del mecanismo diseñado para ello, asesinaron a José Mario López, dirigente de alto nivel del FMLN, miembro de la Comisión Política del partido, y candidato a diputado del Parlamento Centroamericano.

Desde el mismo mandato conferido al Grupo Conjunto, apareció la primera dificultad: sólo trabajaría seis meses, entre los cuales se debían considerar las vacaciones de fin de año que le restaron valiosos días de trabajo efectivo sobre todo en su etapa de organización e inicio. Además, esto ocurrió en la coyuntura de la primera campaña electoral en la que participaba el FMLN. Tanta dilación en su establecimiento pudo haber constituido un intento deliberado de acortar aún más el tiempo necesario para la investigación, el análisis, la elaboración de las recomendaciones y la redacción del informe final que debía producir con la profundidad requerida, ante un fenómeno tan complejo. Abrió su oficina hasta febrero de 1994 y su informe debía presentarlo el 31 de mayo. Sin embargo, el plazo se prorrogó hasta el 31 de julio.

También se criticó el nombramiento de sus integrantes, entre los cuales se encontraban el procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el director de la División de Derechos Humanos de Onusal, Carlos Mauricio Molina Fonseca y Diego García Sayán, respectivamente. Ambos debían dedicarle tiempo a los

³⁹ Betancur, ob. cit., p. 318.

⁴⁰ Naciones Unidas, *Carta del Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Butros-Ghali con fecha del 7 de diciembre de 1993 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad*, U.N. Doc. S/26865, 11 de diciembre de 1993.

importantes organismos a su cargo y, además, aportarle un especial esfuerzo a la demandante labor que les requeriría el Grupo Conjunto. Sus otros dos miembros fueron nombrados por el gobierno salvadoreño. Además, se consideró una traba que únicamente se investigaran casos ocurridos del 16 de enero de 1992 en adelante, lo ideal hubiera sido abarcar los crímenes cometidos desde 1980, cuando empezó la guerra civil. Así, se estrecharon aún más las posibilidades de establecer las relaciones entre el accionar criminal de antes y durante la guerra, con el de la posguerra, y se negó a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos –cometidos sobre todo de 1979 en adelante– la posibilidad de alcanzar justicia.

Precisamente en 1979, el 6 de noviembre, tras el golpe de Estado del 15 de octubre se creó –mediante el Decreto n° 9 de la Junta Revolucionaria de Gobierno– la Comisión Especial Investigadora de Reos Políticos Desaparecidos. Vista en retrospectiva, era un ejemplo valioso para las dos iniciativas de la posguerra antes examinadas. Esa Comisión Especial, integrada por tres abogados con una digna hoja de vida personal y profesional⁴¹, recomendó –a diecisiete días de existir– juzgar al presidente derrocado y a su antecesor en su calidad de comandantes generales de la Fuerza Armada de El Salvador (FAES), así como a los directores de todos los cuerpos de seguridad de dichos gobiernos, además propuso indemnizar a los familiares de las víctimas desaparecidas. En su informe final del 3 de enero de 1980, concluyó que las personas detenidas y desaparecidas fueron ejecutadas.

Retomando el informe del Grupo Conjunto, son tres las conclusiones por resaltar: que el accionar de los “escuadrones de la muerte” siguió tras la guerra, que en los mismos participaban militares y miembros de los antiguos cuerpos represivos vinculados a hechos violentos con motivación política, y que –lejos de debilitarse– habían adquirido mayores niveles de organización, diversificando su accionar sin abandonar sus orígenes. Antes de publicar sus conclusiones, el Grupo Conjunto lamentó la falta de colaboración a todo nivel para realizar la investigación; en tal sentido, criticó por igual al gobierno, los partidos políticos y las llamadas “organizaciones no gubernamentales”. Esta apreciación es a todas luces injusta pues la información que podían brindar los organismos sociales sobre dichas estructuras criminales era de carácter mucho más general por no contar con la capacidad y los medios necesarios para profundizar en las indagaciones.

Con la creación, el funcionamiento y la elaboración del documento final del Grupo Conjunto se pretendía “ayudar al gobierno de El Salvador a descubrir la existencia de los grupos armados ilegales con motivación política”⁴². Sin embargo, parece que no se logró ese objetivo pues las reacciones oficiales al más alto nivel

⁴¹ Roberto Lara Velado, Luis Alonso Posada y Roberto Suárez Suay fueron los integrantes de esta Comisión.

⁴² Grupo Conjunto para la Investigación de los Grupos Armados Irregulares con Motivación Política, Documento Especial, Informe del Grupo Conjunto para la Investigación de los Grupos Armados Irregulares con Motivación Política, en *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, vol. 551, Año XLIX, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, septiembre de 1994, romano V, literal a, n° 5, p. 993.

político y militar fueron similares a las conocidas ante la Comisión de la Verdad. El general Carlos Humberto Corado Figueroa –entonces recién nombrado ministro de la Defensa Nacional–, sin haber tenido tiempo de analizar el informe declaró casi de inmediato que era inconcluso y confuso, porque el Grupo Conjunto no contaba con los recursos para establecer la existencia de los “escuadrones de la muerte”, y porque la FAES no tenía nada que esconder pues en sus filas no había agrupaciones ilegales. El canciller de la República, Óscar Alfredo Santamaría, se burló del documento y dijo que no aportaba nada nuevo.

Está claro que el Estado salvadoreño no valoró las recomendaciones del Grupo Conjunto y las rechazó tanto en discurso como en práctica, como ocurrió con muchas de las recomendaciones hechas por la Comisión de la Verdad. Tres años después de terminar la averiguación sobre los “escuadrones de la muerte”, en julio de 1997, Annan afirmó que no “no fueron aplicadas por el Gobierno, en particular las relativas al fortalecimiento de una unidad especializada dentro de la Policía Nacional Civil para que investigara casos de este tipo”⁴³. En consecuencia, esas u otras agrupaciones criminales siguieron actuando en la ilegalidad y la impunidad. El mismo Annan señaló que era “motivo de preocupación el recrudecimiento reciente de asesinatos con toda la apariencia de ser ejecuciones, que parecen haber sido llevados a cabo por grupos marginados de la estructura oficial de la policía con el objeto de proceder a una ‘limpieza social’”⁴⁴.

C. Tercer principio: reparaciones integrales a víctimas, tanto en lo individual como en lo social

Este principio, como los dos anteriores, también ha sido incumplido por el Estado salvadoreño que ni siquiera ha reconocido a todas las víctimas, negándolas una y otra vez de hecho y de derecho, por acción u omisión, dentro y fuera del país. Por eso, José María Tojeira, jesuita rector de la UCA –al inaugurar un encuentro para analizar el país, quince años después de la presentación del informe de la Comisión de la Verdad– afirmó en marzo del 2007 lo siguiente:

ciertamente, esta conmemoración necesita otra lectura porque en los actos oficiales nunca fueron consideradas las víctimas, verdaderas y auténticas protagonistas de la paz que fueron olvidadas del todo. Las víctimas que motivaron tanto y a tantas a luchar por la paz, estuvieron ausentes de la celebración del Acuerdo de Chapultepec (...) Se dio pues, en este aniversario, una lectura a satisfacción de sus firmantes. Es la lectura de la paz desde la complacencia de los que acordaron el documento (...) Hubo mucho exhibicionismo en esa ceremonia, contrastando con la insatisfacción de la gente de ‘a pie’ en el país.

⁴³ Naciones Unidas, Evaluación del proceso de paz en El Salvador, ob. cit., num. 19, p. 6.

⁴⁴ Ídem.

Hoy queremos hacer otra lectura: la de los que creemos en una sociedad sin violencia, sin injusticias sociales, sin impunidad, sin estructuras sociales tan marginadoras (...) Una lectura desde las víctimas que desean la verdad y su reconocimiento, que fue pedido por la Comisión de la Verdad en su momento y que jamás se ha cumplido: la compensación moral de las víctimas (...) Hasta ahora no la ha habido, pues las víctimas son consideradas como una especie de basura en la historia que hay que olvidar y tirar en un rincón (...) ⁴⁵.

Aunque fuertes y crudas estas palabras, son ciertas desde la óptica de los poderes formales y fácticos que decidieron proteger a los perpetradores con la amnistía en marzo de 1993. Hasta el momento, esa decisión se mantiene.

La Comisión de la Verdad recomendó crear un fondo para compensar a las víctimas incluidas en el informe y en sus anexos, sugiriendo destinar para ello una parte de los recursos provenientes de naciones solidarias con el proceso de pacificación salvadoreño. Incluso, definió su estructura y los parámetros que debían regir el funcionamiento del mismo. Pero esta, al igual que las otras recomendaciones con las que se pretendía avanzar hacia la “reconciliación nacional”, tampoco se acató. En lo relativo a la reparación moral, no se construyó el monumento nacional con los nombres de las víctimas que propuso la Comisión, tampoco se dió algo necesario y de justicia elemental como lo es el reconocimiento público de su honorabilidad, menos se reconoció la responsabilidad estatal y la del FMLN por las graves violaciones de derechos humanos cometidas. La recomendación que planteaba decretar un día de asueto nacional para recordar a las víctimas, corrió igual suerte.

Tampoco se les ha brindado justicia. Como ya se apuntó, la precaria y lamentable situación del sistema nacional encargado de impartirla, que la Comisión de la Verdad constató en el terreno, era un obstáculo que debía ser franqueado cumpliendo las recomendaciones y las obligaciones adquiridas con los acuerdos de paz, así como las orientaciones de Onusal. Pero el escenario no cambió, al menos de fondo. Prueba de ello es que los parientes de las hermanas Serrano Cruz, dos niñas desaparecidas durante la guerra, tuvieron que demandar en el sistema interamericano al Estado salvadoreño para lograr condenarlo por violar los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de ambas y de su familia, así como el derecho a la integridad personal de esta última ⁴⁶. Pese a que transcurrieron casi cinco años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió ese fallo, a finales del 2009 aún no se había cumplido su esencia pero, al menos, lograron alguna forma de resarcimiento económico que no sustituye el derecho a la reparación integral de las víctimas y sus parientes en el plano doméstico.

⁴⁵ Tojeira, José María, Conferencias iniciales. Presentación, *El Salvador quince años después... otra lectura*. San Salvador, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Talleres Gráficos UCA, octubre del 2007, pp. 13 y 14.

⁴⁶ Véase Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de septiembre de 2005. Serie C No. 131.

Como la sociedad salvadoreña ni siquiera conoció ni conoce con la debida amplitud y profundidad la verdad de lo ocurrido, al país de la posguerra lo sobrevuelan dos versiones: la de las víctimas y la de los victimarios; de esas, se derivan dos posiciones: la reveladora y la encubridora. La segunda, la retrató así Ignacio Martín-Baró⁴⁷:

[a]nte todo, se trata de crear una versión oficial de los hechos, una “historia oficial”, que ignora aspectos cruciales de la realidad, distorsiona otros e incluso falsea o inventa otros. Esta “historia oficial” se impone a través de un despliegue propagandístico intenso y muy agresivo, al que se respalda incluso poniendo en juego todo el peso de los más altos cargos oficiales (...) Cuando, por cualquier circunstancia, aparecen a la luz pública hechos que contradicen frontalmente la “historia oficial” se tiende alrededor de ellos un “cordón sanitario”, un círculo de silencio que los relega a un rápido olvido o a un pasado, presuntamente superado por la evolución de los acontecimientos. Las continuas violaciones de los derechos humanos de los miembros de la Fuerza Armada entran obviamente en este ámbito del silencio encubridor⁴⁸.

La primera, la reveladora, es considerada por el mismo Martín-Baró como subversiva. El informe de la Comisión de la Verdad y las denuncias que antes, durante y después de la guerra se presentaron dentro y fuera del país ante organismos gubernamentales, intergubernamentales y sociales, han sido vistas así por los poderes. El jesuita asesinado sostiene que es cierto, pues

subvierten el orden de mentira establecido. Se llega así a la paradoja de que quien se atreve a nombrar la realidad o a denunciar los atropellos se convierte por lo menos en reo de la justicia. Lo que importa no es si los hechos referidos son o no ciertos, lo que siempre es negado a priori; lo que importa es que se nombren. No son las realidades las que cuentan, sino las imágenes⁴⁹.

Sumado a eso, en materia de reparaciones únicamente existe la Ley de Beneficio para la Protección de Lisiados y Discapacitados a Consecuencia del Conflicto Armado, la cual no ha logrado la plena reinserción social de estas personas pues las pensiones que reciben son ínfimas y no sufragan sus necesidades básicas, ni tampoco cubren los tratamientos médicos que requieren como consecuencia de lo que les ocurrió.

Durante la administración del presidente Flores, la Cancillería contrató una consultoría para establecer los montos de las reparaciones materiales a las víctimas⁵⁰,

⁴⁷ Uno de los seis sacerdotes jesuitas ejecutado por militares el 16 de noviembre de 1989, en el mismo hecho en el que fue asesinado el rector de la UCA, Ignacio Ellacuría

⁴⁸ Martín-Baró, Ignacio, La violencia política y la guerra como causas en el país del trauma psicosocial en la *Revista de Psicología de El Salvador*, vol. 28, abril-junio de 1988, literales a) y b), pp. 70-71.

⁴⁹ *Ibid.*, literal c), p. 71.

⁵⁰ Elaborada por Alexander Segovia, economista salvadoreño y secretario técnico de la Presidencia bajo la administración del presidente Funes.

sin embargo, nunca se conocieron sus resultados y menos aún el uso que se dio a este estudio. Lo que está claro es que no se avanzó en el cumplimiento de las obligaciones estatales en lo concerniente con las medidas de restitución y en lo relativo a las de compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

D. Cuarto principio: inhabilitación y sanciones administrativas a los perpetradores

Las recomendaciones de la Comisión de la Verdad sobre sanciones administrativas a los perpetradores se derivaban directamente de los hechos investigados. Tres tenían que ver con estos asuntos básicos en la lucha contra la impunidad. La primera: marginar de la Fuerza Armada a los militares activos y mencionados en el informe por su participación concreta en violaciones de derechos humanos, la ocultación de las mismas o la omisión de investigar y sancionar a sus responsables. La segunda recomendación fue sobre la destitución de funcionarios civiles de la administración pública y la judicatura por encubrimiento de violaciones de derechos humanos o por incumplir sus obligaciones de investigar y sancionar a los perpetradores. La tercera era la inhabilitación pública de todas las personas comprendidas en las circunstancias anteriores y aquellas que –sin ser oficiales de alta y funcionarios en servicio– ejecutaron, ordenaron, ocultaron, no indagaron hechos similares ni castigaron a sus responsables; se incluían militares en situación de retiro, civiles e integrantes de la comandancia guerrillera mencionados en el informe. La propuesta, que fue incumplida, era prohibirles ocupar cargos en la administración pública durante diez años y de por vida en las ramas de la seguridad pública o la defensa nacional.

A las víctimas no les repararon los daños que les causaron, pero los responsables del mismo sí acordaron incumplir lo relativo a sus inhabilitaciones alegando que, de cumplirlas, se violarían derechos constitucionales. Tal subterfugio usado por quienes alegaron nobles ideales –la “defensa de la patria y la democracia” o “la liberación de las clases oprimidas”– para justificar graves violaciones de derechos humanos, fue tolerado y hasta legitimado por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali⁵¹. Por eso, en la posguerra han desfilado por la escena pública individuos que cargan en sus espaldas señalamientos de la Comisión de la Verdad. Y ese acuerdo cómplice sigue vigente, renovándose para impedir la derogatoria de la amnistía o su adecuación a estándares internacionales de derechos humanos.

El anterior puede considerarse un proceso fallido de lustración. Otra iniciativa fue la Comisión *ad hoc* para depurar las Fuerzas Armadas (Cadhoc), también definida en los acuerdos de paz y que fue boicoteada adrede y trunca a propósito. Esta comisión debía investigar el proceder de cada oficial en lo relativo al respeto de la legalidad y los derechos humanos, así como su firmeza para corregir y sancionar

⁵¹ Cuéllar Martínez, ob. cit., pp. 155-58.

a quienes los violaron siendo sus subalternos; también debía valorar, uno por uno, su idoneidad profesional y su capacidad para funcionar en una sociedad pacífica y democrática, como garante del respeto de los derechos humanos e impulsor de la “reunificación” social. De eso dependía si continuaba en la institución, si era trasladado a otro sitio o si lo destituían.

En cuatro meses, la Cadhoc recibió información limitada y tardía por parte de la jerarquía castrense, que no contenía casos de violaciones de derechos humanos. La mayoría de las denuncias fueron entregadas por organizaciones sociales nacionales e internacionales. No se incluyeron, por no tener pruebas, casos de corrupción y otros relacionados con crimen organizado. Los altos mandos militares quisieron amilanar a los organismos que presentaron pruebas, para ello, entre otras cosas, denunciaron penalmente a una de las instituciones acusándola de pretender dañar a la institución. Semejante resistencia complicó aún más un esfuerzo de por sí difícil.

Y las víctimas, ¿podían señalar a los responsables de los atropellos sufridos? ¿Tenían posibilidades de entregar pruebas de esos hechos a la Cadhoc? ¿Eran capaces de establecer el aparato organizado de poder—con sus integrantes y estructuras— que planeó, mandó, consintió y pretendió ocultar tanta barbarie? No, por dos razones básicas. Los perpetradores operaban de tal forma que era sumamente difícil o prácticamente imposible identificarlos. “Las personas que vieron la captura del joven—declaró la hermana de un desaparecido— dicen que los agentes captores andaban uniformados como guardias y se llevaron al joven a pie, pero nadie los siguió”⁵². Otro caso: “el desaparecido salió rumbo a Zacatecoluca para ir a repartir literatura bíblica y se ha sabido de fuentes no muy fidedignas que un joven con las características de Óscar fue capturado por agentes de civil”⁵³. En una inmensa cantidad de casos, pues, lo más que podían aportar las personas denunciantes era que la responsabilidad recaía en “miembros del ejército y los cuerpos de seguridad” u “hombres vestidos de civil fuertemente armados”. La otra razón: la precaria condición económica y social de la mayoría de las víctimas, con todo lo que eso conlleva.

La Cadhoc presentó su informe en septiembre de 1993. Conoció sólo 240 expedientes, de una nómina de 2.203 oficiales que integraban la milicia hasta el 22 de mayo de 1992: el 11% del total. Por lo anterior, el Instituto de Derechos Humanos de la UCA (IDHUCA) propuso crear un ente que continuara la depuración mediante demandas concretas de víctimas, organismos sociales o cualquier persona e institución que tuviera un interés legítimo en ello. La propuesta no se materializó, quizás ni siquiera fue considerada. En cambio, algunos dirigentes del FMLN y el presidente Cristiani negociaron la jubilación del alto mando castrense

⁵² Expediente de José Aníbal Criollo Chacón, estudiante de diecisiete años, desaparecido el 25 de agosto de 1980 en la ciudad de San Salvador. Socorro Jurídico del Arzobispado, libro VIII, 1980.

⁵³ Expediente de Óscar Alfredo Castellanos Gutiérrez, estudiante de diecisiete años, desaparecido el 8 de octubre de 1980 en sitio desconocido. Socorro Jurídico del Arzobispado, libro VIII, 1980.

y otros oficiales señalados, fue un retiro con dinero en los bolsillos y ceremonias en su “honor”⁵⁴.

A la hora de entregar el cargo de Ministro de la Defensa Nacional, el 1 de julio de 1993, el general Ponce dijo: “(...) Nos sometimos de buena fe a una drástica reducción del 50,2 por ciento de nuestros efectivos, a la disolución de los batallones de reacción inmediata, a la disolución de los cuerpos de seguridad pública, a la disolución de las fuerzas paramilitares, a una malintencionada Comisión ad hoc para una llamada depuración”⁵⁵. Así, no dejó duda sobre el sentir y pensar de los militares sobre la Cadhoc y su labor.

Si se combina esta otra expresión del fortalecimiento de la impunidad con las actitudes oficiales y las del FMLN tras la presentación de los informes de la Comisión de la Verdad y del Grupo Conjunto, se puede entender en parte por qué en la actualidad El Salvador es uno de los países con más homicidios en la región y el mundo.

E. Quinto principio: restitución de la memoria histórica

La primera señal de lo que sería la posición estatal sobre la memoria histórica en el país se evidenció en la decisión de no analizar—ni amplia ni restringidamente—el documento producido por la Comisión de la Verdad. El FMLN, que a lo largo de los años fue el principal partido opositor, no impulsó alguna acción relevante al respecto. Y una vez en la titularidad del Ejecutivo, tampoco ha dado muestras claras de un cambio de rumbo. El presidente Funes ha declarado que promoverá el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas; pero aún falta esperar a que las palabras se plasmen en hechos que permitan juzgar el alcance de la propuesta y entender si la omisión de mencionar la palabra justicia en su discurso no es más que un simple error u olvido. El mandatario ha enviado un mensaje claro en el sentido de que no moverá un dedo para derogar la amnistía.

Más allá de las formas, el Estado no ha impulsado—hasta finales del 2009—acciones y programas para la difusión y el estudio de la memoria histórica entre la sociedad y los centros educativos en sus diversos niveles, tampoco ha hecho esfuerzos por conservar vivo el recuerdo de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Quien visite el país conociendo previamente lo que pasó, extrañará la falta de monumentos y museos, archivos y fechas, feriados y otras manifestaciones de los sucesivos gobiernos de la posguerra para mantener la memoria de los hechos que sacudieron a la sociedad y conmovieron al mundo. Tampoco ha existido una

⁵⁴ Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Se van los generales, permanece la impunidad, en *Proceso*, año 14, n°. 570, Centro de Información, Documentación y Apoyo a la Investigación (CIDA), Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 7 de junio del 1993, pp. 13 y 14.

⁵⁵ Ponce, René Emilio, Discurso de entrega de mando del Ministerio de la Defensa Nacional, en *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, vol. 502, Año XLVIII, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, julio-agosto de 1993, pp. 782 y 783.

preocupación oficial seria y sostenida por impulsar y consolidar una cultura de respeto de los derechos humanos y del Estado de derecho. Lo que se ha impulsado desde las más altas esferas estatales es un culto a los perpetradores. Para demostrarlo, entre tantos otros, basta traer a cuenta los dos ejemplos siguientes.

El 13 de febrero del 2007, la Comisión de Cultura y Educación de la Asamblea Legislativa aprobó un dictamen mediante el cual se pretendía rendir homenaje póstumo a un ex presidente de la República y al ex presidente de la última Asamblea Constituyente: José Napoleón Duarte y Roberto D'Abuisson Arrieta, respectivamente. Hubo gran indignación entre víctimas y organizaciones sociales, dando paso a una acción colectiva que frenó el intento. El IDHUCA se pronunció públicamente sobre este asunto el 19 de febrero⁵⁶.

Meses después, el 7 de mayo, el presidente Saca pronunció el discurso central en la conmemoración del día del soldado. El entonces ministro de la Defensa Nacional, –general Otto Romero,– le entregó el busto del coronel Domingo Monterrosa, señalado como responsable de la masacre en El Mozote por la Comisión de la Verdad y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pese a esto, Saca exaltó su “imagen” y “carisma”; también lo describió como “un militar que amó a la patria, que defendió a la patria en los momentos tristes de la agresión comunista que sufrió este país”⁵⁷. Y además de presentarse como su admirador, lo puso de ejemplo para las nuevas generaciones de cadetes.

⁵⁶ Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Por la dignidad de las víctimas, no a los criminales impunes, en *La Prensa Gráfica*, 19 de febrero del 2007, p. 50. Partes del texto:

[e]n otros países, a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos les piden perdón y se adoptan medidas para repararles el daño sufrido; acá, el poder las ignora y las desprecia. En otros países se investiga, enjuicia y castiga a los responsables de esos terribles actos; acá, el poder los premia. En otros países como Alemania, Rusia e Irak derribaron las efigies de esos criminales; en El Salvador –quince años después de la guerra– quieren presentar a genocidas como héroes y pretenden terminar de sellar el blindaje de impunidad que los protege, con homenajes insultantes y provocadores.

Hasta el año pasado (2006) lo habían hecho con menos descaro. En el cementerio, cantando beligerantes ante la tumba del principal responsable del magnicidio de monseñor Romero y padre de los ‘escuadrones de la muerte’, tal como lo señaló la Comisión de la Verdad; o erigiéndole una estatua en la sede de su partido. Pero hoy, ya no se conforman con el culto privado. Sin vergüenza alguna, salieron de las penumbras a bautizar espacios públicos con el nombre de Roberto D'Abuisson Arrieta. No contentos con eso, en la Asamblea Legislativa pretendieron –el pasado jueves 15 de febrero– declarar ‘hijos meritísimos de El Salvador al mayor ‘escuadronero’ y a quien, durante años, presidió un régimen responsable de masacres tales como las de El Mozote y El Sumpul. Ni D'Abuisson ni José Napoleón Duarte merecen serlo, porque sus nombres están manchados con la sangre de un pueblo cuyos mártires son quienes deben ser consagrados como lo mejor de nuestra sufrida Patria.

⁵⁷ Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Cuidado con ese militar que lleva dentro (I), en *Proceso*, año 28, n°. 1.242, Centro de Información, Documentación y Apoyo a la Investigación (Cidai), Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 23 de mayo de 2007, pp. 10 y 11.

F. Sexto principio: enfoque hacia poblaciones en condición de vulnerabilidad

Históricamente, el Estado salvadoreño no ha promovido para los pueblos originarios políticas encaminadas al respeto de sus derechos. Al contrario, sólo en el siglo XX ocurrieron en el país dos genocidios que dejaron miles de víctimas. Previo al primero, el ocurrido en 1932, les habían arrebatado a los indígenas sus tierras comunales para introducir el cultivo del café y dar paso a la oligarquía que dominó la vida política, económica y social durante la mayor parte de esa centuria. No se ha establecido una cifra oficial, pero se habla de entre veinte y treinta mil víctimas mortales al sofocar el levantamiento de una población angustiada por los efectos de la gran crisis mundial.

Esos hechos ocurridos en enero de 1932 sentaron el precedente de una conducta que se haría costumbre: la proclamación de amnistías. El 11 de julio de 1932 la Asamblea Nacional Legislativa emitió un decreto que estipulaba:

[s]e concede amplia e incondicional amnistía a favor de los funcionarios, autoridades, empleados, agentes de la autoridad, y cualquiera otra persona civil o militar, que de alguna manera aparezcan ser responsables de infracciones a las leyes, que puedan conceptuarse como delitos de cualquier naturaleza, al proceder en todo el país al restablecimiento del orden, [y la] represión, persecución, castigo y captura de los sindicatos en el delito de rebelión antes mencionado⁵⁸.

Así “resolvieron” el asunto los perpetradores. Por el contrario, las víctimas se escondieron, se mimetizaron –guardando su vestimenta tradicional y usando la ladina⁵⁹– o huyeron en su mayoría a Honduras, donde posteriormente fueron perseguidas y vejadas en el marco del conflicto económico, político y militar entre El Salvador y Honduras de finales de la década de los sesenta. De esa forma, las que se fueron regresaron y se juntaron con las sobrevivientes para luego quedar atrapadas por la creciente ola de violencia política y bélica que, de 1972 a 1992, arrasó comunidades enteras a su paso.

Según datos de la Comisión de la Verdad, el grueso de las víctimas habitaba en el campo. De las fuentes directas se estableció que abarcaban el 57,7% del total, según las fuentes indirectas se reducen al 40%. La Comisión de la Verdad consideró entre las ejecuciones extrajudiciales, y no entre las masacres realizadas en zonas rurales, a 16 personas que fueron asesinadas el 22 de febrero de 1983, varias pertenecían a la cooperativa Las Hojas, afiliada a la Asociación Nacional Indígena Salvadoreña (ANIS)⁶⁰.

⁵⁸ Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador, Artículo 2, Decreto 121, emitido el 11 de julio de 1932.

⁵⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, ladino es un término usado en Centroamérica para referirse a aquel mestizo que sólo habla español.

⁶⁰ Betancur, ob. cit., pp. 224-29. Es necesario señalar que, aparte de las 16 víctimas reportadas en el citado documento, también fueron ejecutadas alrededor de sesenta personas más en el mismo operativo (véase <http://www.cidh.org/annualrep/92span/ElSalvador10.287.htm>). Por eso, llama la

De nuevo, en este caso los perpetradores fueron amnistiados mediante la aplicación del Decreto Legislativo aprobado el 28 de octubre de 1987 y la dignidad de las víctimas volvió a ser ultrajada. La demanda en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se presentó el 27 de enero de 1989. El 24 de septiembre de 1992, la CIDH emitió su informe de fondo⁶¹ señalando al Estado salvadoreño como violador de derechos humanos y recomendándole investigar los hechos, sancionar los responsables y reparar el daño a las víctimas, también le pidió tomar las medidas para evitar la repetición de acciones similares. La CSJ utilizó la amnistía de 1987 como razón “legal” para no cumplir lo anterior.

En lo relativo a mujeres, niñas, niños, adolescentes y adultos mayores, en el informe de la Comisión de la Verdad no se encuentran datos, análisis y recomendaciones significativas derivadas de su condición de vulnerabilidad. En el caso de El Mozote cabe citar el estudio forense realizado en un inmueble de aproximadamente 31,5 metros cuadrados conocido como “El Convento”. Entre la población civil no combatiente masacrada, se identificó

la presencia de 143 esqueletos, incluidos 136 niños y adolescentes y 7 adultos. La edad media de los niños era aproximadamente 6 años; había mujeres de 21 a 40 años, una de las cuales estaba en el tercer trimestre de embarazo, y un hombre de alrededor de 50 años. Es posible que haya habido un número mayor de muertos (...) Es posible que varios niños de muy corta edad hayan sido totalmente cremados y que no se haya contado a otros niños a causa de la considerable fragmentación corporal. Aproximadamente 117 víctimas eran niños menores de 12 años⁶².

Según los anexos del informe, con los testimonios directos se estableció que del total global de víctimas el porcentaje de mujeres fue de 27,5%, el de hombres, 72,5%. De las fuentes indirectas: mujeres 24,2% y hombres 74,1%. En síntesis, de cada cuatro víctimas una era del sexo femenino. En cuanto a las edades, se destaca de ambas fuentes que la mayoría de personas afectadas por la violencia era población joven⁶³.

Un estudio realizado por el IDHUCA estableció una cifra de niñas, niños y adolescentes

atención que la Comisión de la Verdad no haya incluido este caso –dentro de su informe– en el patrón de violencia denominado “Masacres de campesinos por la Fuerza Armada”.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, Informe 26/92, caso 10.287, El Salvador, 24 de septiembre de 1992, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14, 12 de marzo de 1993, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/92span/ElSalvador10.287.htm>.

⁶² Snow, Clyde et ál., *El Mozote: Informe de la investigación forense, Anexos tomo I. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, Naciones Unidas, San Salvador-Nueva York, 1993, p. 1.

⁶³ Comisión de la Verdad, *Análisis estadístico de los testimonios recibidos por la Comisión de la Verdad. Anexos tomo I. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*, ibíd.

superior al 16% de todas las víctimas registradas. (...) el rango de edad en el que se concentra la mayor cantidad de víctimas infantiles es el que va de los 12 a los 17 años, con el 60% (2.424) del total de infantes que fueron afectados por la violencia (4.040). Y en estos casos es preciso señalar que no se trata de personas menores de los 18 años que resultaron afectadas indirectamente por la pérdida de sus progenitores, una situación de mayor empobrecimiento, la tristeza, el hambre, enfermedades o por el exilio, sino porque fueron directamente vulneradas en sus derechos humanos; al igual que un gran número de personas adultas, también sufrieron encarcelamiento y se les sometió a prácticas de tortura u otros tratos crueles e inhumanos (...) En ese marco, vale la pena destacar que es alarmante la cifra de menores de edad víctimas de las violaciones más graves de los derechos humanos, como la ejecución y la desaparición forzada. De diversas maneras 1.449 niñas y niños fueron privados de sus vidas mientras otros 719 fueron detenidos y posteriormente desaparecidos por sus captores⁶⁴.

Entre los dos últimos patrones de violencia hubo, pues, 2.168 actos contra la vida (37,85%). Todas las violaciones de derechos humanos cometidas contra más de cuatro mil niñas, niños y adolescentes alcanzaron la cantidad de 5.727, según dicho estudio.

En cuanto a las violaciones sexuales, se afirma que fueron “escasas” y se produjeron “casi exclusivamente en los primeros 4 años de la década” de 1980⁶⁵. Ni a las víctimas de esta modalidad de tortura ni a las de otras graves violaciones de derechos humanos se les dio un lugar especial en la “transición”.

G. Séptimo principio: reformas institucionales y buen gobierno

Una de las principales iniciativas producto de los acuerdos entre el Gobierno salvadoreño y el FMLN, era transformar de raíz la FAES en aras de alcanzar la pronta desmilitarización de la sociedad. Al respecto, la Comisión de la Verdad recomendó:

1. Cambios profundos y rápidos impulsados por una comisión especial legislativa, con importante énfasis en el sometimiento de los militares al poder civil. Los ascensos y destinos de mando debían estar bajo control democrático, también el presupuesto. Había que prestar especial atención a la aplicación de la nueva doctrina institucional, su nuevo sistema educativo y la constante profesionalización de sus miembros.
2. Revisión integral de la normativa castrense para adecuarla a las reformas constitucionales y el respeto de los derechos humanos.

⁶⁴ Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, Buscando entre las cenizas, en *Revista Estudios Centroamericanos (ECA)*, 589-590, año LII, San Salvador, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, noviembre-diciembre de 1997, p. 1126.

⁶⁵ Informe Comisión de la Verdad, ob. cit., p. 28.

3. Crear un mecanismo sencillo y ágil para resolver los casos de subordinados que no cumplieron una orden ilegal; asimismo, dejar claro que la “obediencia debida” no exonera a quien cumple una orden ilegal.
4. Sancionar internamente a quienes incurrieron en violaciones de derechos humanos, incluso con su baja y sin permitir su reingreso, sin que eso los exima del proceso penal.
5. Los estudios militares debían incluir la investigación profunda de los derechos humanos. Para eso se debía contar con profesorado civil.
6. La selección de militares para realizar estudios fuera del país debía realizarse considerando actitudes democráticas y de respeto de los derechos humanos.
7. Se debía superar definitivamente toda relación entre militares con aparatos paramilitares y grupos armados ilegales.

Lo anterior fue cumplido de manera formal. Se llevaron a cabo cambios constitucionales y al interior de la FAES. No obstante, existen casos e indicios de regresión al momento de cumplirse las nuevas normas. El IDHUCA ha acompañado a oficiales en la defensa de sus derechos humanos dentro y fuera de la institución, pudiendo comprobar la distancia entre la letra y la realidad; también ha querellado penalmente buscando justicia para ciertas víctimas, ante la resistencia de la superioridad⁶⁶. Dentro del sistema castrense⁶⁷, que incluye las figuras del juez militar y el “tribunal de honor”, se siguen presentando serios vicios en lo relativo al respeto del debido proceso, así como en el nombramiento de jueces y fiscales independientes⁶⁸.

Es necesario señalar que la participación de militares en tareas de seguridad pública ha sido una constante durante cerca de quince años, pese a que la reforma de sus principios doctrinarios les quitó esa facultad definiendo su intervención sólo excepcionalmente. Pero la práctica no ha sido esa. A partir de la administración de

⁶⁶ Véase Instituto de Derechos Humanos de la UCA, *Casos que IDHUCA tramita en el sistema interamericano*, disponible en <http://www.uca.edu.sv/publica/IDHUCA/IDHUCAensidh.html>. Entre los casos se encuentran *Adrán Meléndez Quijano y otros*, *Mauricio García Prieto Hirlemann y Gloria Giralte de García Priet*, *Caso jesuitas*, entre otros.

⁶⁷ El artículo 216 de la Constitución establece la jurisdicción militar señalando que para juzgar “delitos y faltas puramente militares habrá procedimientos y tribunales especiales de conformidad con la ley. La jurisdicción militar, como régimen excepcional respecto de la unidad de la justicia, se reducirá al conocimiento de delitos y faltas de servicio puramente militares, entendiéndose por tales los que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar (...) Gozan de fuero militar los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo por delitos y faltas puramente militares”.

⁶⁸ Del Código de Justicia Militar salvadoreño, aprobado en 1964 y reformado en 1992, preocupa que para nombrar jueces militares de instrucción se dé prioridad a oficiales activos subordinados a los mandos superiores (art. 195); también que el Ministro de la Defensa Nacional remita al Consejo Nacional de la Judicatura la terna de aspirantes a jueces de primera instancia militar para ser nombrados por la CSJ (art. 200). Este mismo funcionario del Órgano Ejecutivo puede proponer, nombrar, remover o sustituir a los fiscales militares al Ministerio Público (art. 216). Por último, para nombrar defensor de oficio se privilegia a militares de alta con igual o superior grado que el procesado; así se dificulta que lo asista un abogado civil independiente y con mayor criterio jurídico (art. 228). Código de Justicia Militar, Decreto 562, Diario Oficial n°. 97, 29 de mayo de 1964.

Cristiani y hasta la de Funes, la FAES ha patrullado casi permanentemente con la Policía Nacional Civil (PNC) el campo y las ciudades. Con el último gobierno –el de “centro izquierda”– se incrementó de manera sustancial el número de efectivos⁶⁹ y sus funciones, que se ampliaron más allá de la disuasión incorporando tareas como el registro, esto pese a que el FMLN había cuestionado emplear a la institución castrense para tal fin cuando era el principal partido de oposición al Ejecutivo.

Además de la reforma de los principios doctrinarios, la milicia fue reducida. La significativa reducción numérica incluyó la desaparición de los batallones élite y las entidades paramilitares. También se superó el reclutamiento forzoso y se reformó el sistema educativo. Se desmontó la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI) y se estableció la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil. Lo único que se materializó fue la disminución numérica de la milicia, en los otros aspectos, fuera de lo relativo al alistamiento forzoso, los cambios han sido más formales o en el papel pues en la realidad no se han concretado.

La Fuerza Armada continúa desarrollando actividades de inteligencia militar, pese a la desaparición de la DNI y la creación del Organismo de Inteligencia del Estado (OIE) bajo la autoridad presidencial. No es anecdótico mencionar que desde su inicio y hasta 1999 lo dirigió Mauricio Eduardo Sandoval Avilés, señalado por la UCA como instigador de la ejecución de los sacerdotes jesuitas, de Elba Ramos y su hija Celina, y también como encubridor de sus responsables. Contrario al Acuerdo de Chapultepec⁷⁰, la actividad del OIE ha sido oscura y cerrada a la supervisión legislativa.

El caso del teniente coronel Adrián Meléndez Quijano es un claro ejemplo de la falta de subordinación a la autoridad civil y de la visión que prevalece en la estructura mental castrense sobre los organismos de derechos humanos⁷¹. En lo relativo al nombramiento de una persona ajena a la institución como ministro de la Defensa Nacional, posibilidad que quedó establecida en el Acuerdo de Chapultepec, ni en los gobiernos de Arena ni en el del FMLN se ha dado.

Al examinar en este trabajo las inhabilitaciones y las sanciones administrativas a los perpetradores, se detallan los dos procesos de lustración mal logrados: el de la Comisión de la Verdad y el de la Cadhoc. Deben agregarse otros asuntos que

⁶⁹ El 6 de noviembre del 2009, por disposición presidencial, se sumaron 2.500 militares más a los 1.500 que ya realizaban patrullajes conjuntos con la PNC.

⁷⁰ “(...) la doctrina del Organismo de Inteligencia del Estado se enmarcará dentro de los principios democráticos; de la noción de la inteligencia del Estado como una función de éste para el bien común, ajena a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cualquier otra discriminación; y del estricto respeto a los derechos humanos”. Naciones Unidas, Acuerdos de El Salvador, ob. cit., p. 56.

⁷¹ El Alto Mando de las fuerzas militares y los titulares del Ministerio de la Defensa Nacional a partir de la administración de Flores, sobre todo el general Otto Romero Herrera que ocupó el cargo de junio del 2004 a diciembre del 2007, desacataron la sentencia de un amparo resuelto por la Sala de lo Constitucional de la CSJ a favor de Meléndez Quijano. Romero Herrera profirió expresiones intimidatorias contra el IDHUCA; el director y los abogados de dicho Instituto, que han acompañado la defensa de los derechos del teniente coronel denunciaron en su momento, en la Fiscalía General de la República, diversas amenazas que recibieron vía telefónica.

refuerzan las dudas sobre la profundidad de los cambios en la FAES, entre los que se destaca la falta de colaboración institucional para investigar las violaciones de derechos humanos. De haber adoptado una postura contraria, quizás se habría establecido al menos el destino de muchas personas desaparecidas antes y durante la guerra. También ha sido una mala señal el apoyo abierto o velado a oficiales investigados y procesados fuera del país.

En cuanto a la evolución en materia de seguridad pública se acordaron dos asuntos esenciales: disolver los cuerpos que desde antes de la guerra se convirtieron en instrumentos de persecución política y represión contra la oposición real o imaginaria; el otro era crear la Policía Nacional Civil (PNC). Al evaluar el proceso, previo a cerrar la verificación internacional en el país, Annan dio por cumplidos todos los compromisos pactados⁷²; únicamente hizo una salvedad en lo referente al llamado “acuartelamiento” del personal policial que, según el entonces Secretario General de la ONU, contrariaba lo convenido entre las partes. Uno de los primeros cambios de la administración Funes fue, precisamente, suspender dicho régimen, sin embargo, al anunciar el aumento de militares en el terreno en tareas de seguridad pública a inicios de noviembre del 2009, la Asamblea Legislativa aprobó un decreto con ciertas disposiciones propias del “acuartelamiento” bajo la figura del “régimen de disponibilidad”.

La PNC es cuestionada especialmente por maltratar jóvenes que son estigmatizados por su condición económica y social, por las zonas donde residen y por su aspecto, asociándolos casi mecánicamente con integrantes de maras o pandillas. También se ha denunciado la existencia de grupos de “limpieza social” dentro de la corporación, pero sin indicios sólidos, eso no significa que no haya existido participación policial individual en ese tipo de accionar criminal⁷³. También se señala la participación de policías en otras expresiones del crimen organizado, especialmente en narcotráfico, entre ellos, un ex director general de la PNC⁷⁴.

Lo anterior tendría que ver, entre otros ingredientes, con las condiciones difíciles en las que desarrollan su labor los niveles bajos de la institución y los altos índices de violencia e inseguridad que reinan en el país. Pero sobre todo responde a una mala conducción política, basada en la idea de ser una policía de “partido” o, en el mejor de los casos, de gobierno y no de Estado. De ahí se deriva algo fatal: los deficientes y discrecionales controles disciplinarios internos que favorecen la arbitrariedad, sobre todo entre sus mandos superiores, e incluso el enfrentamiento de grupos en lo interno.

Además, subsisten las trabas para elevar la calidad de las investigaciones y eso impacta en el fortalecimiento de una impunidad que –más que absoluta– es

⁷² Naciones Unidas, *Evaluación del proceso de paz en El Salvador*, ob. cit., n°.12, p. 4.

⁷³ Véase Gutiérrez, Raúl, El regreso de los grupos de exterminio, en *IPS*, 31 de agosto de 2007, disponible en <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=42030>.

⁷⁴ Véase Equipo Nación, PNC investiga ex director por vínculo con pandillero, en *La Prensa Gráfica*, 21 de octubre de 2009, disponible en <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/judicial/67562-pnc-investiga-ex-director-por-vinculo-con-pandillero.html>.

selectiva: depende de quién sea la víctima y quién el victimario, de su condición económica y social así como de su poder político o su relación con éste. Eso determina su amplia extensión, afectando siempre a las mayorías populares. Las reformas institucionales eran ineludibles, pero fueron insuficientes; además de decretarlas, hay que hacerlas realidad para cumplir con las expectativas que despertaron. Esas graves deficiencias estructurales han limitado el accionar de la PNC para enfrentar con éxito la elevada criminalidad, y han incrementado la desconfianza de la población hacia la institución. Eso genera un sentimiento casi generalizado de indefensión y un aplaudido, mayor y peligroso protagonismo militar⁷⁵.

Sobre la protección de los derechos humanos, la Comisión de la Verdad recomendó fortalecer la figura del *Ombudsperson* partiendo de un balance de sus prioridades y la extensión de su presencia territorial. Desde hace años existen 14 sedes: la central y 13 departamentales; recientemente se establecieron cuatro locales. Eso permite asegurar que se acató lo relativo al despliegue nacional. Sin embargo, ese y otros esfuerzos han sido socavados en la medida en que la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) es víctima de una permanente precariedad presupuestaria, de la elección de titulares inapropiados y del desacato de sus recomendaciones. Las consecuencias negativas son el bajo perfil institucional, su débil impacto y el desgaste de su credibilidad ante la población.

La Comisión de la Verdad también planteó la necesidad de que la PDDH hiciera uso frecuente de su facultad para visitar cualquier sitio o instalación del país, sobre todo los centros de detención. Eso puede asumirse como cumplido, la institución ha tenido una aceptable comunicación con las autoridades penitenciarias y, salvo dos incidentes preocupantes⁷⁶, ha visitado lugares e intervenido en situaciones sin mayor problema.

⁷⁵ Véase Romero Arellana, Otto, Organicémonos contra las maras, en *El Diario de Hoy*, 27 de octubre de 2009, disponible en http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_opinion.asp?idCat=6342&idArt=4192458.

Por eso nos atrevemos a afirmar que lo que hay que explicarle a la sociedad, no es que se pretenda utilizar la Fuerza Armada en tareas de seguridad pública, porque eso es sólo una parte de la solución (...) debe dejársele claro a nuestro pueblo, que para resolver el problema de inseguridad estructural en que vivimos, se debe construir nuevamente un sistema de seguridad local y comunal, que enlace con el nivel macro de seguridad con que ya contamos, para lo cual el primer paso obligado es organizar y controlar a toda la población del país, comenzando por los lugares más conflictivos, requiriendo no sólo del uso de la Fuerza Armada, sino de toda la sociedad que conducida por su Fuerza Armada pueda tabularse y organizarse en barrios, colonias, cantones, de tal manera que no haya espacios o vacíos para cometer un ilícito. La función o tarea es compleja pero la Fuerza Armada puede hacerlo con la colaboración del Gobierno y la sociedad salvadoreña.

⁷⁶ Véase el Informe especial de la señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, doctora Beatrice Alamanni de Carrillo, presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en El Salvador (1995-2005), n°. 44. Este informe destaca el ataque del 28 de abril de 2005: contra dos jurídicos de la PDDH y su motorista, cuando verificaban un proceso de captura y deportación de un ciudadano ecuatoriano que fungía como asesor del Sindicato de Médicos Trabajadores del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (Simetriss), que violentó las más mínimas disposiciones del debido

Asimismo, propuso operativizar los recursos de amparo y hábeas corpus ampliando su conocimiento hasta los jueces de paz, no obstante, se incumplió esta propuesta al mantener la competencia para conocerlos sólo hasta el nivel de cámaras de segunda instancia. Debía quedar claro que ni estos recursos ni las garantías del debido proceso se podían anular bajo ninguna circunstancia. Eso no se cumplió pues en el artículo 29 constitucional, que trata sobre el régimen de excepción, se mantuvo la posibilidad de no informar a una persona detenida—de manera inmediata y comprensible— acerca de sus derechos y las causas de su arresto, además, sigue siendo viable soslayar las garantías a no ser obligada a declarar en su contra y a contar con asistencia legal en todas las diligencias judiciales y extrajudiciales. Por último, decretado este régimen, la detención puede sobrepasar las 72 horas establecidas pero sin llegar a más de quince días.

También se debía otorgar rango constitucional a los derechos humanos, incluso a los que únicamente estaban reconocidos en instrumentos internacionales; pero esto tampoco se acató. Otra importante recomendación que no se cumplió a cabalidad fue la de ratificar tratados internacionales de derechos humanos. Entre los importantes documentos relacionados con la lucha contra la impunidad como garantía de no repetición, El Salvador no es parte del Estatuto de Roma y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, tampoco de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Y en cuanto a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la admitió el 6 de junio de 1995 pero con una reserva: únicamente para los “hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sea (...) posterior (...) a la fecha del depósito de la declaración de aceptación (...)”⁷⁷.

II. Nefasto pasado, dudoso presente, futuro en riesgo

En enero de 1978, la CIDH realizó una observación *in loco* en el país por invitación del gobierno. El general Carlos Humberto Romero, el último de los presidentes de la República del siglo XX derrocado por un golpe de Estado, decidió invitar a la Comisión “a fin de que preste su valiosa contribución a la promoción de los Derechos Humanos”⁷⁸. El resultado de dicha experiencia fue un informe

proceso, ocurrió con excesivo uso de la fuerza y agresión policial y vulneró derechos relacionados a la protección de la familia, por ser dicho profesional esposo de una ciudadana salvadoreña y padre de un menor también salvadoreño. En esa ocasión, incluso la Presidencia de la República manifestó responsabilidad directa en el referido procedimiento.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2008. Serie C n°. 188.

⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.46, doc. 23, rev. 1, 17 de noviembre de 1978, p. 3, disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ElSalvador78sp/indice.htm>.

aprobado en noviembre del mismo año, en el cual se hacían serios señalamientos a las autoridades gubernamentales por el grave irrespeto de los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad física, la justicia y el debido proceso, entre otros.

Luego de esa descripción, la CIDH enfocó su atención en el deterioro de los derechos económicos y sociales. Ese capítulo, el XI del informe, cerró con las siguientes palabras: “los datos anteriores revelan con la mayor claridad, el desequilibrio económico y social que afecta gravemente a la sociedad salvadoreña, y, en particular, a la inmensa mayoría de la población, con las consiguientes repercusiones negativas en el campo de la observancia de los derechos humanos”⁷⁹.

¿Cuál es la situación actual de El Salvador, a más de tres décadas de ese informe? A continuación se ofrecen algunos datos ilustrativos al respecto, obtenidos de la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples para el 2007 y el 2008, elaborada por la Dirección General de Estadística y Censos.

Cuadro 1. Situación laboral

Categoría	2007 (%)	2008 (%)
Ocupación plena	65,8	62,4
Subempleadas	28,4	32,1
Desempleadas	5,8	5,5
Personas con problemas de empleo	34,2	37,6

Si bien el porcentaje de personas desempleadas baja tres décimas, como se observa, hay un incremento de más de tres puntos porcentuales en el nivel de subempleo; así, el 37,6% de la población enfrenta dificultades al estar desempleada o subempleada.

**Cuadro 2. Población ocupada de 5 a 17 años
(Empleo infantil)**

Categoría	2007	2008
Total	172.588	190.525
Niños	124.080	136.803
Niñas	48.508	53.722

Los datos son particularmente relevantes, en tanto dan cuenta de que se ha incrementado –de un año al otro– el número de niños y niñas que trabajan en el país. Al adentrarse en las formas de trabajo que desarrollan las niñas y los niños en el país, en muchos casos se establece el incumplimiento del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo⁸⁰.

⁷⁹ Ibid., p. 150.

⁸⁰ OIT, *Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*. Ginebra, 17 de junio de 1999, entrada en vigor 19 de noviembre de 2000.

Cuadro 3. Porcentaje de hogares en pobreza

Categoría	2007 (%)	2008 (%)
Pobreza total	34,6	40,0
Pobreza extrema	10,8	12,4
Pobreza relativa	23,8	27,6

El aumento de 5,4 puntos porcentuales del número de hogares salvadoreños en pobreza total revela una desmejora dramática de la calidad de vida de la población. Del 2000 al 2001, el porcentaje de pobreza total se mantuvo en 38,8% según la Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples 2000-2001. Significa que cuatro de cada diez personas no satisfacen adecuadamente sus necesidades más elementales. El deterioro es brutal. De hecho, ese casi 40% ubica al país en los niveles de desarrollo de principios de la década de 1990, es decir, a finales de la guerra.

Cuadro 4. Situación de pobreza por área geográfica

Categoría	2007 (%)	2008 (%)
Pobreza urbana total	29,8	35,7
Pobreza urbana extrema	7,9	10,0
Pobreza urbana relativa	21,9	25,7
Pobreza rural total	43,8	49,0
Pobreza rural extrema	16,3	17,5
Pobreza rural relativa	27,5	31,5

Desde esta perspectiva, el escenario se advierte más agudo. La pobreza rural es superior en todos los casos; pero ambas, de un año a otro, se han incrementado de forma inusitada. Con los programas oficiales Red Solidaria y Comunidades Solidarias⁸¹, se ha intentado atender dicho escenario. A juzgar por los resultados, o no han sido efectivos o los mecanismos generadores de pobreza –exclusión, marginalidad, concentración de la riqueza– son más poderosos que los esfuerzos por reducirla.

Los problemas derivados de la situación de pobreza son múltiples. Dentro de estos se destacan la mayor dificultad para cumplir las metas del milenio, el irrespeto de derechos humanos elementales como a la alimentación en el caso de la pobreza extrema, y a la educación, la salud, el vestido y la vivienda en lo que toca a la pobreza relativa. Es claro que el país pierde en competitividad, al rezagarse en indicadores de desarrollo humano.

Al observar las estadísticas y proyecciones del Banco Central de Reserva (BCR), el panorama económico del país es poco alentador. Con una tasa de decrecimiento

⁸¹ El primero de estos programas fue impulsado durante la administración de Saca, incluyó los cien municipios más pobres en las zonas rurales del país; el segundo, ejecutado a partir de la administración de Funes, abarca además municipios en zonas urbanas.

del Producto Interno Bruto (PIB) de 1,5% para el 2009, los problemas se multiplican; según el titular del Ministerio de Economía de la administración Funes, Héctor Dada Hirezi, el año cerró con un decrecimiento del 3,3%. La recaudación caerá en medio de un entorno en el que urgen recursos para combatir la pobreza. Aunque el BCR estimó que las exportaciones crecerían un 7%, el primer semestre del 2009 presentó un declive del 16%. Este comportamiento refuerza la declinación del PIB e impacta negativamente en el nivel de empleo; sobre todo en la industria, el comercio y –en menor medida– en el sector agropecuario. Asimismo, las remesas familiares recibidas se redujeron durante el 2009 en un 10%; eso significa alrededor de 350 millones de dólares estadounidenses. Esto último torna la situación aún más grave, dado que la economía nacional –cerca del 18% del PIB– depende en gran medida de esos fondos.

Las conclusiones del informe de la CIDH sobre El Salvador en 1978 finalizaron refiriéndose a “la existencia de una atmósfera tensa y de polarización”⁸² entre cuyas causas principales estaban las condiciones económicas y sociales negativas para las mayorías populares. Condiciones que explicaban “en buena medida, graves violaciones de los derechos humanos”⁸³ en los ámbitos civiles y políticos, pero que no las justificaban. Unas y otras, parte de un círculo perverso que giraba en torno al eje de un estado de cosas discriminatorio y excluyente para grandes grupos de población pero que favorecía a unos pocos privilegiados, llevaron al país al estallido.

Después del fin de la guerra, uno de los grandes e innegables logros alcanzados fue el de la superación de las prácticas estatales de violaciones graves de derechos humanos con motivación política. La aniquilación de personas u organizaciones consideradas opositoras mediante ejecuciones y desapariciones forzadas, el uso de la tortura para desalentar la participación política o para obtener información en ese marco, la imposibilidad de denunciar atropellos a la dignidad humana o cualquier otro tipo de abuso como parte de una política oficial, no han ocurrido en el país tras el cese al fuego, salvo contadas excepciones.

Haber contenido aquellas prácticas ha sido bueno para el país, pero si no se ha hecho lo necesario para dejar claro que las mismas no podrán ser utilizadas nunca más, ni siquiera de forma excepcional e independientemente de las razones que se aleguen para ello, la historia puede repetirse.

Las condiciones están dadas para que El Salvador vuelva a sufrir otra tragedia. La violencia homicida está creciendo de nuevo y puede volver a sus niveles más álgidos después del conflicto armado. El Consejo Nacional de Seguridad Pública sacó a la luz en febrero de 1998 un diagnóstico de las instituciones del ramo de seguridad pública, en el mismo expresó su especial preocupación por los “altísimos niveles de homicidios dolosos, los cuales han mantenido una cifra promedio de

⁸² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, ob. cit., p. 152.

⁸³ Ídem.

siete mil doscientos once por año entre 1995 y 1997”⁸⁴. Pese a que una década después ese promedio anual se redujo a cerca de tres mil, la cantidad de muertes dolosas comenzó a incrementarse de nuevo y cerró el 2009 con 4.365 víctimas que representan más de 75 personas fallecidas por cada cien mil habitantes⁸⁵.

A la pobreza y la inseguridad habrá que agregar otros factores relacionados con ambos asuntos: falta de oportunidades para el desarrollo humano integral; una sociedad armada; violencia contra las mujeres; expresiones de crimen organizado que trafica drogas, personas, vehículos y armas, entre otras; la impunidad selectiva; el accionar criminal de maras y pandillas; un sistema penitenciario colapsado en todo sentido; unos partidos políticos divididos pública o privadamente en lo interno y enfrentados entre sí, cuyas cúpulas en el poder compran voluntades y en la oposición negocian sus favores; corrupción que hasta hace poco era un “secreto a voces” pero no denunciada y ahora “denunciada” pero no combatida. Y a todo esto se puede agregar la tentación de experimentar con un golpe de Estado como el que vivió el vecino Honduras a partir del 28 de junio del 2009.

Conclusión: transición hacia la paz con justicia

El presidente Funes ha insistido en que su Gobierno es de unidad nacional. Pero, ¿se puede hablar de una sociedad unida si las víctimas no han sido atendidas? ¿Es posible esperar que éstas se consideren parte de un proyecto de país, si históricamente no lo han sido ni en lo económico ni en lo social ni en lo político ni en lo judicial?

Por eso, es necesario dar seguimiento a lo que ocurra durante la administración del Ejecutivo conducida por el FMLN y el presidente Funes. Hasta ahora son más las sombras que las luces en lo relativo a garantizar los derechos de las víctimas y enfrentar la impunidad. Ya se han señalado infortunadas declaraciones del mandatario en lo relativo a la amnistía y a su óptica acerca de las víctimas pero, por otro lado, la representación oficial en la audiencia de seguimiento de las recomendaciones de la CIDH en el caso Romero declaró –el 6 de noviembre del 2009– que el gobierno reconocía el carácter vinculante de dichas recomendaciones, aunque advirtió que “la investigación del crimen y la derogación de la Ley de Amnistía, son competencia de la Fiscalía y de la Asamblea Legislativa”⁸⁶. Esos

⁸⁴ Consejo Nacional de Seguridad Pública, *Diagnóstico de las instituciones del ramo de seguridad pública*, San Salvador, 1998, p. 1.

⁸⁵ Véase Agencia EFE, *La violencia amenaza a algunas democracias de Centroamérica, alerta la WOLA*, septiembre de 2009, disponible en http://www.soitu.es/soitu/2009/09/01/info/1251760718_918156.html; Tejada, Rossy y Ernesto Pérez, Año cierra con 4365 homicidios, en *La Prensa Gráfica*, 2 de enero de 2010, <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/social/83167-ano-cierra-con.html>.

⁸⁶ Véase Vaquerano, Ricardo, Tibio compromiso de Gobierno ante OEA por asesinato de monseñor Romero, en el periódico digital *El faro.net*, 7 de noviembre de 2009, disponible en http://archivo.elfaro.net/secciones/Noticias/20091102/noticias8_20091102.asp.

dos asuntos, junto a la sanción de los responsables del magnicidio y la reparación integral de las víctimas, constituyen el conjunto de las recomendaciones de la CIDH. Sin embargo, el Estado sólo se comprometió en dicha audiencia a construir una plaza y producir un video en homenaje al arzobispo mártir.

En el marco del aniversario veinte de la ejecución de los seis jesuitas, de Julia Elba Ramos y su hija Celina, el presidente Funes entregó a familiares y representantes de los sacerdotes la mayor condecoración nacional. Y fueron bien recibidas. Existe la oportunidad de que, a diferencia de lo ocurrido con monseñor Romero, el caso de la masacre en la UCA permita abrir las puertas a la justicia a todas las víctimas en El Salvador.

Las víctimas y las organizaciones que las acompañan, escasas de recursos materiales pero con creativas y generosas capacidades, han hecho bastante para vencer la impunidad. Y eso las hace más dignas, porque desde sus demandas mantienen viva la causa de sus seres queridos y producen esperanza para avanzar en el obstaculizado proceso de pacificación que se acordó en Ginebra—el 4 de abril de 1990— y que no avanzó de fondo, al no considerar a las víctimas como debía ser. Porque sin reivindicar su dignidad no hay respeto irrestricto de los derechos humanos, democratización del país y “reunificación” de la sociedad.

Las víctimas han trabajado arduamente por mantener viva la memoria histórica mediante la construcción de monumentos y mausoleos en sitios simbólicos, el más conocido es el que se encuentra en el principal parque de la capital. Han organizado festivales artísticos y culturales, encuentros de comités y eventos internacionales; han generado publicaciones, programas y debates en medios de comunicación —alternativos, en su mayoría—, y han mantenido siempre presente la denuncia en foros internacionales. Pero sus condiciones económicas y sociales, en el marco de un escenario adverso en lo político e institucional, son factores que han impedido tener un mayor impacto. He ahí, entonces, el gran interrogante. ¿El cambio de gobierno será de la profundidad necesaria para dejar atrás el estado de cosas prevaleciente después de la guerra? Más allá de las condecoraciones y explicaciones, de los reconocimientos y arrepentimientos, ¿se tendrán la voluntad y la valentía políticas para buscar la transición hacia la paz con justicia?

La agenda está clara. Como fundamental garantía de no repetición, el país requiere un desarrollo incluyente en lo económico, lo social, lo político y lo judicial. Es necesario que las mayorías populares sean las protagonistas de ese cambio anunciado en el discurso oficial. Por ello, “debe ponerse en vigor el principio de la prioridad de lo común y lo humano sobre lo particular”⁸⁷.

Para eso, los “órganos de gobierno” deben desempeñarse como tales y no como lo han hecho comúnmente: inclinándose hacia sectores minoritarios privilegiados. El jefe de Estado debe cumplir sus compromisos internacionales en materia de

⁸⁷ Ellacuría, ob. cit., p. 595.

derechos humanos, tanto ante el sistema universal como en el interamericano. También debe considerar el documento presentado al mecanismo de revisión universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre del 2009, por el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y el IDHUCA⁸⁸.

El Salvador de ahora no es aquel que atrajo la atención mundial por las atrocidades que en su territorio ocurrieron antes y durante la guerra, por la forma dialogante y negociadora que se utilizó para finalizarla, y por los acuerdos que se establecieron para fundar una sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos y unificada en torno al “bien común”. Tampoco cuenta con el apoyo masivo que recibió para lograr eso último, que aún sigue siendo la agenda pendiente. Es, más bien, un país que enfrenta muchos peligros y cuyos tímidos avances en esos ámbitos están en riesgo.

Pero cuenta con dos oportunidades que sus mandatarios deberían aprovechar al máximo. La primera: investigar los crímenes más graves de ayer y hoy, para sancionar a sus responsables sin importar su condición económica, social y política. Esto podría contribuir a reducir los niveles de inseguridad y pobreza, y sentaría un precedente para desalentar a quienes pretendan recurrir de nuevo a la desnaturalización de las instituciones. En segundo término: buscar y encontrar entre las mayorías populares la fuerza y el valor que se requieren para combatir la impunidad en todas sus dimensiones: penal, política, moral e histórica.

“Todos estos intentos serán fructíferos en la medida en que se ubiquen dentro de paz con justicia en el territorio nacional, que parece ser desgraciadamente una utopía mientras no ocurra una profunda transformación de la sociedad”. Las anteriores fueron las palabras con las que el fundador del IDHUCA el jesuita Segundo Montes, finalizó una investigación que coordinó y publicó en febrero de 1988⁸⁹. Su título: *La resistencia no violenta ante los regímenes salvadoreños que han utilizado el terror institucionalizado en el periodo 1972-1987*. Casi dos años después de publicada esta investigación, el sacerdote fue ejecutado. Pero las palabras visionarias y vigentes de Montes permanecen marcándole el paso a las personas y organizaciones sociales que buscan precisamente eso: paz con justicia. La etapa actual por la que transita la sociedad salvadoreña les plantea el gran desafío de comenzar a lograrla, eso exige sumar esfuerzos y multiplicar resultados para derrotar a quienes intentan restarles energías y dividirlas.

⁸⁸ Véase ICTJ e IDHUCA, *Presentación al Mecanismo de Revisión Universal Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, 8 de septiembre de 2009, disponible en http://www.ictj.org/static/Publications/UPR_ElSalvador_Spanish.pdf.

⁸⁹ Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, *La resistencia no violenta ante los regímenes salvadoreños que han utilizado el terror institucionalizado en el periodo 1972-1987*. San Salvador, Departamento de Sociología y Ciencias Políticas, Instituto de Derechos Humanos, Harvard University (Center for International Affairs), febrero de 1988, p. 186.

Afganistán y el reto de la no repetición de la violencia

Patricia Gossman

Describir a Afganistán como un país con un pie en el abismo, suspendido entre las posibilidades de una transición genuina hacia la paz y la de retorno hacia una guerra civil empieza a convertirse en un cliché. La llegada de la primavera en Afganistán generalmente señala el inicio de otro período de guerra. En 2010, la última ronda de ofensivas estuvo acompañada por negociaciones tanto públicas como clandestinas entre las partes beligerantes; ambas barajaban la idea de llegar a un acuerdo. La reconciliación, o por lo menos la “reintegración”, es un tema que está en el aire en el país mientras la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y los talibanes intentan recuperar su capital político con victorias en el campo de batalla. Ambas partes saben que el tiempo es limitado, ya que la presión para poner fin a la intervención militar internacional crece en Afganistán, Europa y Estados Unidos. Este último país y sus aliados de la OTAN sopesan los beneficios de negociar con miembros del movimiento talibán mientras expanden su presencia militar en el territorio y despliegan milicias tribales para que adelanten enfrentamientos en las provincias más conflictivas. Consciente de las limitaciones de tiempo de las fuerzas internacionales, el movimiento talibán también sabe que cualquier intento por tomarse el poder sólo fortalecería la determinación internacional. Esto indica que Afganistán está sin duda en una encrucijada. Está por verse si esta situación conduce a liderar un proceso genuino de transición hacia la paz o a enfrascarse en más guerra.

Una conferencia realizada en Londres en enero de 2010, bajo el auspicio del gobierno británico, buscó evidenciar esta encrucijada y persuadir a los involucrados, tanto con iniciativas militares como de reconstrucción, de que “hay un plan y un final a la vista”¹. Sin embargo, no salió a la luz ningún nuevo plan político, por el contrario, las consideraciones militares “dominaron la discusión, y la agenda (...) fue establecida de acuerdo con las necesidades internas” de los países que aportan tropas². De hecho, desde el resurgimiento del movimiento talibán como amenaza, prima el tratamiento militar del problema por encima del desarrollo de una estrategia política coherente. Los principales actores nacionales e internacionales

¹ Van Bijlert, Martine, London Conference (1): Calling for Afghan Ownership and Afghan Leadership, disponible en Afghan Analysts Network, <http://aan-afghanistan.com/index.asp?id=598>, publicado el 1 de febrero de 2010, consultado el 9 de febrero de 2010.

² Ruttig, Thomas, *Are We Afghanistan-Driven in London?*, disponible en Afghan Analysts Network, <http://aan-afghanistan.com/index.asp?id=598>, publicado el 1 de febrero de 2010, consultado el 9 de febrero de 2010.

involucrados en la estabilización de Afganistán reconocen que hay un serio déficit de gobierno en el país, pero no se ponen de acuerdo sobre cómo proceder. El debate continúa centrándose en la última decisión asumida por Washington: más tropas, más presión contra la milicia talibán y una estrategia para ganarse los corazones y las mentes de la población civil, todo combinado con el rápido entrenamiento de las fuerzas locales. El nivel de compromiso del gobierno afgano con esta forma de abordar el problema y las razones del estancamiento en la consolidación de unas fuerzas de seguridad afganas razonablemente competentes y mínimamente corruptas, siguen siendo los grandes interrogantes. No se han entregado suficientes detalles al público acerca de la composición de las fuerzas locales y la calidad de su entrenamiento. Solo han transcurrido 18 meses de este experimento.

Este artículo reflexiona sobre los retos que enfrentan los actores nacionales e internacionales al tratar de incorporar medidas de justicia transicional en el contexto de un conflicto armado vigente como el de Afganistán, y sobre cómo responden los principales actores políticos y militares a los llamados de rendición de cuentas por el legado de atrocidades. La parte I analiza los temas asociados a la gobernabilidad en Afganistán y la interrelación de problemas críticos como la corrupción, la impunidad y el conflicto. En la parte II, se examina la naturaleza de la transición afgana, la cual no ha estado exenta de conflictos y no se parece a otras experiencias de transición basadas en acuerdos de paz negociados. La parte III aborda las dificultades y los riesgos que enfrentan quienes están involucrados en promover la justicia transicional en una situación que no es en realidad de posconflicto. Y la parte IV analiza las preocupaciones sobre la estabilidad y la seguridad desde un enfoque de inclusión.

I. El déficit de gobernabilidad

La crisis provocada por el evidente fraude del presidente Karzai en las elecciones de agosto de 2009 resume la gran dificultad que enfrentan los esfuerzos para fomentar la estabilidad en Afganistán. Justo después de que la impropriamente nombrada Comisión de Elección Independiente decidió que Hamid Karzai sería el presidente por otros cuatro años, el Representante Especial de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para Afganistán, Kai Eide, llamó a los involucrados en la transición afgana a cambiar el curso: “[N]o podemos seguir haciendo lo mismo, debe haber un cambio de mentalidad”³. Sus comentarios fueron eco de las declaraciones del general Stanley McChrystal, director de operaciones de Estados Unidos en Afganistán, quien predijo el fracaso y el riesgo del reinicio de un fuerte

³ Donaldson, Kitty y Carolina Alexander, *Taliban Has Infiltrated Afghan Police, ex U.K. Soldier Say*, Bloomberg.com, 5 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601102&sid=alxTSUyZU0yM>.

conflicto en el país, a menos que Estados Unidos, sus aliados y el gobierno de Afganistán se concentraran no sólo en vencer la insurgencia, sino también en mejorar el desempeño del Estado⁴. Estados Unidos y la OTAN saben que el éxito de cualquier estrategia de retiro depende de la existencia de un gobierno que sea, al menos mínimamente, funcional y sostenible.

El reporte de McChrystal⁵ relaciona de manera específica la seguridad con la gobernabilidad, y aboga por priorizar la rendición de cuentas, afirmando que el abuso de poder y la criminalidad en el gobierno exacerbaron el desencanto popular hacia la administración de Karzai y aumentaron el apoyo al movimiento talibán. Las recomendaciones del reporte fueron adoptadas por la administración de Obama como parte de su nueva política en Afganistán. Sin embargo, algunos detractores de la administración, en especial el embajador de Estados Unidos en Afganistán, Karl Eikenberry, se oponen a enviar más tropas hasta que la administración de Karzai no dé pasos verdaderos para frenar la corrupción⁶. Los comentarios de Eikenberry se conocieron los primeros días de noviembre de 2009 cuando se filtró una comunicación clasificada para la Casa Blanca, que incluía observaciones sobre el presidente Karzai en el sentido de que “no era un compañero estratégico adecuado”, que “continúa evitando la responsabilidad que significa liderar un Estado soberano”, y tiene un “expediente de inactividad o de cumplimientos a regañadientes” en materia de lucha contra la corrupción. El Embajador también sostuvo que no hay una “clase política que contribuya a consolidar una identidad nacional que trascienda las afiliaciones locales y ofrezca una colaboración confiable” en Afganistán⁷. Otros analistas también aseguraron que no puede haber una solución militar; por el contrario, creen que vencer a la insurgencia y conseguir una paz sostenible dependerá de los avances en cuatro áreas clave: más voz y autonomía a las comunidades locales; asistencia internacional coordinada y coherente; esfuerzos serios para penalizar y procesar a los involucrados en actos de corrupción, y la aplicación de medidas para limitar el poder y la influencia de los señores de la guerra y de personajes poderosos que socavan la seguridad y

⁴ BBC, US in Afghanistan Failure Warning, en *BBC*, 21 de septiembre de 2009, disponible en <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8266072.stm>.

⁵ General Stanley McChrystal, *Commander's Initial Assessment (Evaluación inicial del Comandante)*, 30 de agosto de 2009 (en lo sucesivo se citará como Reporte McChrystal), citado en línea por *The Washington Post*, disponible en http://media.washingtonpost.com/wp-srv/politics/documents/Assessment_Redacted_092109.pdf.

⁶ Después de que la filtración se hiciera pública, el embajador Eikenberry afirmó que sus preocupaciones habían sido tratadas durante la revisión de las políticas de la administración de Obama hacia Afganistán, pero no profundizó al respecto. Véase Schmitt, Eric, U.S. Envoy's Cables Show Worries on Afghan Plans, en *The New York Times*, 25 de enero de 2010, disponible en: <http://www.nytimes.com/2010/01/26/world/asia/26strategy.html?pagewanted=1>, consultado 9 de febrero de 2010.

⁷ Schmitt, Eric, U.S. Envoy's Cables Show Worries on Afghan Plans, en *The New York Times*, enero 25 de 2010, disponible en <http://www.nytimes.com/2010/01/26/world/asia/26strategy.html?pagewanted=1>, consultado el 9 de febrero de 2010.

participan en actividades criminales⁸. Los próximos meses serán cruciales para determinar qué tan exitosos serán los Estados Unidos y sus aliados en ganar terreno en el campo de batalla y lograr progresos significativos en lo político.

Pese a la promesa de reforma que hizo Karzai una vez ganó las elecciones, hay pocos indicios de que su administración hará algo para reducir la corrupción o frenar el abuso de determinados personajes políticos. En su estrategia de campaña recibió con los brazos abiertos a personajes poderosos que podrían asegurar votos, entre ellos a personas acusadas de haber sido criminales de guerra en las filas de los muyahidín y comandantes de la milicia. Políticamente, Karzai no puede arriesgarse a perder su apoyo, en especial si la administración de Obama sigue adelante con los planes anunciados para eludir, en lo posible, cualquier tipo de relación con Karzai. Que esto se logre no es claro aún: el aparente cambio en las políticas de Estados Unidos coincidió con noticias de que la CIA estaba suministrando ayuda a Wali Karzai, el hermano del presidente, quien ha sido acusado de estar involucrado en asuntos de narcotráfico, y que Estados Unidos y otras fuerzas de la OTAN usan milicias privadas (muchas de las cuales responden a las órdenes de los señores de la guerra) para proveer seguridad en las bases militares.

El otro elemento crucial del debate es si se debe buscar el apoyo o eliminar al movimiento talibán y cómo hacerlo. Hay un consenso emergente sobre que crear un espacio para la participación política de los líderes del movimiento talibán dispuestos a renunciar a la violencia y aceptar un papel político en concordancia con la Constitución afgana debe ser parte de una estrategia política amplia. Pero ¿qué hacer con los líderes talibanes responsables de los peores crímenes durante ese periodo? Por certeras que suenen las afirmaciones de McChrystal sobre la necesidad de un gobierno legítimo y transparente, su respuesta a las preguntas acerca de la necesidad de enfrentar el legado de los crímenes de guerra no es muy diferente a la de sus predecesores, quienes argumentaban que era muy temprano o muy arriesgado plantear estas preocupaciones antes de que Afganistán se alejara unos cuantos centímetros del filo del abismo.

El lema invocado en los años subsiguientes a 2001 por los líderes políticos que no estaban dispuestos a aprobar una fuerza internacional de mantenimiento de la paz ni a invertir en la construcción del Estado fue no agitar las aguas. Si las negociaciones con los comandantes locales del movimiento talibán para cambiar de bando no son más que una simple absorción de otro grupo de señores de la guerra para que sirvan de amortiguadores contra del resto del movimiento, no habrá mejores resultados que los que hubo tras la absorción llevada a cabo en el pasado con la Alianza del Norte en el intento de derrocar los talibanes y promover un Estado viable. La pregunta que ronda cualquier esfuerzo de paz es qué hacer

⁸ Fange, Anders, *The State of the Afghan State*, disponible en Afghan Analysts Network, en <http://aan-afghanistan.com/index.asp?id=544>, publicado el 8 de enero de 2010, consultado el 9 de febrero de 2010.

con los actuales rebeldes y con los potenciales, incluidos no sólo los insurgentes que probablemente se opongan a un proceso, sino también las figuras poderosas dentro del gobierno que tratan de desarticular los esfuerzos encaminados a la consecución de la justicia y la reconciliación.

II. Afganistán, ¿transición hacia qué?

Afganistán, como muchos otros países emergentes o que tratan de emerger de conflictos prolongados o superar un Estado represivo, enfrenta múltiples problemas. De hecho, nunca ha estado en una etapa de posconflicto; por el contrario, representa un ejemplo crítico de un país que en vez de transitar hacia la paz o la democracia está atrapado en una creciente espiral de violencia y de represión, alimentada por las mismas fuerzas que generaron el conflicto hace más de dos décadas. Desde los primeros éxitos militares tras la incursión de Estados Unidos, y las operaciones contra el talibán y al-Qaeda en el 2001, el país ha vivido periodos de menor intensidad del conflicto pero nunca de paz.

Tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, el principal objetivo de las fuerzas estadounidenses es vencer a al-Qaeda y a los grupos talibanes que lo apoyan; mientras que proporcionar seguridad en Afganistán es tan sólo un objetivo secundario. El enfoque de las tropas estadounidenses al problema es unilateral, basado en la prioridad de enfrentar a al-Qaeda y a los talibanes, lo que los ha llevado a buscar aliados en el terreno, incluso sin considerar su historial de violaciones de los derechos humanos. Tras la derrota talibán, la coalición armó y financió a comandantes afganos para actuar como bastión ante cualquier regreso del movimiento talibán o de al-Qaeda. Pero algunos de estos comandantes utilizaron las armas y la ayuda financiera de la coalición para consolidar su control sobre el territorio y para fines ilícitos, en particular la producción de opio. También siguieron cometiendo abusos contra la población civil, entre otros tráfico de personas, desplazamiento forzado y extorsión. El creciente poder de estos comandantes representa una de las más serias amenazas para la seguridad de la mayoría de los afganos.

La Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF por su sigla en inglés) se desplegó en 2002, pero fue obstaculizada desde un comienzo por una restricción que la confinaba a Kabul. Mientras oficiales afganos, varios países donantes y otros actores internacionales proponían la expansión de la ISAF, Estados Unidos se opuso a ésta hasta finales de 2003. La obstaculización se produjo por la relación de la ISAF con la coalición contra el terrorismo, liderada por Estados Unidos, y porque los países se demoraron en enviar tropas adicionales. Se suponía que después de 2001 las milicias afganas aliadas con la coalición debían retirarse de las áreas ocupadas por la ISAF, pero no lo hicieron y, por el contrario, se atrincheraron para ganar influencia política y realizar actividades ilícitas, incluido el narcotráfico.

El Acuerdo de Bonn⁹ constituyó un gobierno provisional para Afganistán y estableció un calendario para los procesos políticos que se llevarían a cabo, entre otros el establecimiento de una administración provisional de seis meses, la creación de un Loya Jirga (Gran Consejo)¹⁰ para seleccionar la administración transicional subsiguiente que operaría 18 meses y de un Loya Jirga constitucional para ratificar una nueva Constitución, y la convocatoria a elecciones presidenciales y parlamentarias. Todos estos puntos se cumplieron; sin embargo, el hecho de que los anteriores líderes y comandantes muyahidines dominaran casi todas las etapas afectó la credibilidad del denominado Proceso de Bonn.

El Gran Consejo (Loya Jirga) de emergencia, realizado en junio de 2002, estableció un gobierno de transición en Afganistán hasta octubre de 2004 cuando se realizaron elecciones. En diciembre de 2003 tuvo lugar el Loya Jirga constitucional. Aunque el documento fue finalmente ratificado y aclamado como el más democrático (y protector de los derechos humanos) en la historia de la nación, la consulta y el proceso de elaboración estuvieron influenciados por los antiguos líderes de facción. En octubre de 2004, se llevaron a cabo elecciones presidenciales en las que Karzai fue elegido presidente; la elección fue considerada libre y justa, y se desarrolló sin mayores inconvenientes. En septiembre de 2005, se realizaron las elecciones para la Asamblea Nacional, con menor número de votos que las presidenciales, pero también sin ningún problema de seguridad. Sin embargo, estos procesos estuvieron viciados a los ojos de muchos votantes, debido a que en ningún momento se descalificó a candidatos que se sabía eran comandantes de milicias ilegales armadas.

La resolución 1510 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, firmada el 13 de octubre de 2003, abrió el camino para la expansión de la ISAF. La OTAN asumió el comando y la coordinación de esta fuerza internacional en agosto de 2003. A mediados de 2006, la ISAF, bajo el mando de la OTAN, asumió el control de la seguridad en el sur, donde la insurgencia estaba dividida, labrando el camino para el retiro de unos 2.500 soldados de Estados Unidos e incrementando sus propias tropas de 9.000 a 18.000 efectivos. A principios de octubre de 2006, la OTAN anunció la expansión de la ISAF hacia el este del país con unos 12.000 soldados estadounidenses que estarían bajo el control de la OTAN. Se previó además que otros 8.000 efectivos estadounidenses apostados en la zona oriental del país permanecieran bajo el control de la coalición contra el terrorismo, la

⁹ ONU, *Acuerdo sobre las disposiciones provisionales en Afganistán en espera de que se restablezcan las instituciones permanentes*, U.N. Doc. S/2001/1154, 5 de diciembre de 2001 (Acuerdo de Bonn).

¹⁰ Rubin, Barnett, *The Fragmentation of Afghanistan: State Formation and Collapse in the International System*. Lahore, Vanguard Books Pvt. Ltd., 1996 con la autorización de Yale University Press, p. 166-175. Un Jirga o “círculo” es un consejo, usualmente conformado por hombres adultos de una tribu. “Desde al menos 1920, el Estado afgano ha definido e institucionalizado un grupo, en parte un cuerpo no tribal, el Loya Jirga (Gran Consejo) como el principal grupo representativo del Estado afgano”. *Ibid.*, p.42. Un Loya Jirga de emergencia puede convocarse para discutir emergencias nacionales.

cual comandaba el área. La presencia de estas fuerzas militares extranjeras fue esencial para que Afganistán alcanzara las metas del Acuerdo de Bonn de 2001: redactar y ratificar una nueva Constitución; realizar elecciones presidenciales y parlamentarias, e implementar reformas graduales para la creación del ejército, la policía y otras instituciones. Aunque los puntos del Acuerdo de Bonn fueron cumplidos, el gobierno afgano aún no aborda aspectos cruciales en materia de creación de instituciones y le resta aún recorrer un largo camino para conseguir su propia legitimidad. Sin embargo, más de siete años después de la intervención estadounidense, las fuerzas de la coalición aún luchan contra una insurgencia fortalecida que amenaza áreas fuera de Kabul.

III. Justicia transicional aún sin posconflicto

El desafío de implementar procesos de justicia transicional está atado al problema de promover, de una manera más general, los derechos humanos en el país. En el Afganistán posterior al 2001, los principales actores internacionales involucrados en el proceso de construcción del Estado vieron las demandas de justicia transicional como potencialmente desestabilizadoras; por esta razón, rechazaron intervenciones genuinas en materia de derechos humanos. Por tanto, es lento el progreso para conseguir apoyo del gobierno afgano y de los demás países en la implementación de procesos de justicia transicional. Más importante aún, un número de comandantes y poderosos líderes de facción que retornaron al poder después de la derrota del movimiento talibán tratan de desacreditar las iniciativas de justicia transicional afirmando que buscan desacreditar a los muyahidín: los combatientes que liberaron a Afganistán de los soviéticos y del movimiento talibán.

En los primeros años del periodo postalibán, Estados Unidos y la ONU implementaron una política de estabilización del país con inversiones mínimas en materia de una fuerza internacional y de reformas al sector de seguridad. El enfoque implicó la incorporación de comandantes y líderes de facción a la administración del gobierno emergente, como parte de la estructura de poder. Por consiguiente, para finales de 2002, los comandantes, quienes no sólo tenían un amplio historial de abusos contra los derechos humanos y acusaciones de crímenes de guerra, sino que también estaban involucrados en actividades de narcotráfico y otros crímenes, se habían atrincherado en nuevas posiciones de poder. Las preguntas relacionadas con crímenes de guerra fueron evadidas y aplazadas, mientras el proceso de desarme se realizó de manera selectiva con el fin de evitar confrontaciones con los protagonistas más poderosos. Durante el proceso de construcción del Estado en Afganistán, la ONU optó por una aproximación de “baja intensidad o *light footprint*” que, en teoría, buscaba fortalecer la capacidad de la nueva administración afgana desestimulando la dependencia de ayuda externa. También con el fin de asegurar una mayor aceptación por parte de los líderes afganos del proceso de reforma. En

realidad, la “baja intensidad” significó el atraso de reformas vitales por falta de capacidad y de liderazgo claro. Además, con la compartimentación de acciones clave de reforma –desarme, reforma policial y judicial, derechos humanos–, la cooperación entre los donantes y los funcionarios afganos ha sido inadecuada, lo que llevó a minar la posibilidad de crear instituciones responsables.

La justicia transicional fue en gran medida un tema tabú durante los años subsiguientes al establecimiento de la administración provisional y la transicional. Los altos oficiales de Estados Unidos y la ONU aseguraron que era aún muy pronto para empezar a ajustar cuentas con el pasado y que hacerlo podría desestabilizar el frágil proceso de paz que dependía de la cooperación de los líderes de facción, quienes a su vez serían los protagonistas de cualquier investigación por crímenes de guerra. Los actores internacionales se resistían a enfrentar a los líderes de milicia con el argumento de que la estabilidad del país requería de la participación – o del apaciguamiento – de todas las facciones poderosas, y que había un verdadero riesgo de guerra civil si no se les otorgaba posiciones de poder. Por tanto, el atrincheramiento de muchos de estos comandantes no era inevitable, pero sí fue una consecuencia de la política asumida por el Pentágono de apoyar a aquellos que podían ser un útil baluarte contra la penetración de al-Qaeda.

Los participantes de la Conferencia de Bonn sí discutieron sobre los crímenes de guerra, pero en el contexto de una propuesta para prohibir las amnistías. Durante las sesiones cerradas en Bonn se generó una acalorada discusión al respecto. El borrador original del acuerdo –escrito por la ONU– sostenía que la administración provisional no podría otorgar amnistía por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. Este párrafo estuvo a punto de provocar la ruptura de las conversaciones después de que un alto número de influyentes líderes de facción dijeron a sus partidarios que el párrafo tenía la finalidad de menospreciar a todos los afganos que habían tomado las armas, y que los extranjeros usarían este acuerdo para desarmarlos. Entre aquellos que sostenían esta tesis estaba Abdul Rasul Sayyaf, ex profesor de derecho islámico de la universidad de Kabul y líder de la Ittihad-i Islami (Unión Islámica), partido que acumuló gran apoyo de las fuentes de financiación sauditas y atrajo combatientes árabes para unirse a la yihad contra la ocupación soviética en Afganistán en los años ochenta. Este partido también fue responsable, presuntamente, de masacres y otros crímenes de guerra. El representante Especial de la ONU, Lakhdar Brahimi, trató de mantener el párrafo que prohibía la amnistía, pero al final fue retirado y quedó abierta la posibilidad de otorgarlas¹¹. En marzo de 2007, la Asamblea Nacional aprobó una ley sobre reconciliación que incluía una disposición para otorgar inmunidad contra persecuciones penales por acciones que incluían los crímenes de guerra.

¹¹ Entrevista vía correo electrónico a un participante en las negociaciones, febrero de 2006.

El Acuerdo de Bonn exigió el establecimiento de una comisión de derechos humanos afgana con el fin de promover estos derechos e investigar sus violaciones. El Acuerdo también dio a la ONU “el derecho de investigar las violaciones de los derechos humanos y, cuando fuese necesario, recomendar acciones correctivas”¹². La justicia transicional está incluida en el mandato de derechos humanos de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Afganistán (Unama)¹³. Esta misión apoya a la Comisión Independiente de Derechos Humanos para Afganistán (AIHRC por su sigla en inglés) en sus programas de derechos humanos, incluida justicia transicional, así como en el mantenimiento de un grupo de monitoreo de derechos humanos en diferentes zonas del país. En marzo de 2002, la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó una serie de talleres en Kabul sobre derechos humanos. En el taller sobre justicia transicional, los afganos manifestaron un gran interés por encontrar una forma de satisfacer las necesidades de verdad, reconciliación y justicia. En la inauguración de los talleres, el presidente Karzai respaldó la idea de una Comisión de la Verdad; sin embargo, más adelante retiró su apoyo y mostró gran resistencia a promover un programa de justicia transicional.

La AIHRC fue formalmente establecida por decreto presidencial el 6 de junio de 2002, con la misión de:

desarrollar un plan nacional de acción para los derechos humanos en Afganistán, a través del monitoreo e investigación de violaciones de los derechos humanos; desarrollo e implementación de un programa nacional de educación sobre derechos humanos; realización de consultas nacionales sobre derechos humanos, y la creación de instituciones nacionales de derechos humanos, según los términos del Acuerdo de Bonn, normas, estándares y tratados internacionales de derechos humanos, y las provisiones de este decreto y sus anexos¹⁴.

La justicia transicional se entendió incluida en el tema de investigaciones de derechos humanos. El establecimiento de la AIHRC y la realización de los talleres de marzo de 2002 contrastaron claramente con otros acontecimientos simultáneos. Justo después de la Conferencia en Bonn, la oficina del Representante Especial del Secretario General de la ONU (SRSG por su sigla en inglés) se opuso activamente

¹² ONU, *Acuerdo de Bonn*, ob. cit., Anexo II, art.6.

¹³ El Área de Derechos Humanos se centra en cinco prioridades: protección de civiles, violencia contra las mujeres, justicia transicional, libertad de expresión, pobreza, y derechos humanos y asistencia y apoyo a la Comisión Independiente de Derechos Humanos para Afganistán. Véase <http://unama.unmissions.org/Default.aspx?tabid=1816>

¹⁴ Comisión Independiente de Derechos Humanos para Afganistán, *Decree of the Presidency of the Interim Administration of Afghanistan on the Establishment of an Afghan Independent Human Rights Commission*, 6 de junio de 2002, disponible en <http://www.aihrc.org.af/decreeofp.htm>.

a los esfuerzos por llamar la atención internacional sobre los derechos humanos o por centrarse en los crímenes del pasado. Esta resistencia provino del miedo a “agitar las aguas”, así como de la convicción que la situación era muy frágil y que era muy alta la posibilidad de retornar a la guerra como para arriesgarse a confrontar temas que generaran división, por ejemplo, los derechos humanos. El miedo de antagonizar con los poderosos señores de la guerra y perturbar el delicado balance de poder generó una devaluación y subestimación del tema de derechos humanos. Estados Unidos tenía una gran influencia sobre la formulación de políticas en ese tiempo, y no estaba dispuesto a confrontar a los que eran sus propios aliados en el campo de batalla o a permitir un mayor escrutinio sobre sus propias prácticas. En marzo de 2003 fue rechazada una propuesta de la Comisión de Investigación de la ONU en Afganistán por la oposición de Estados Unidos.

Dos meses después del establecimiento de la AIHRC, se llevó a cabo una Loya Jirga de Emergencia para elegir una administración transicional que gobernara hasta antes de las elecciones de 2004. El Loya Jirga tuvo lugar en junio de 2002 y en éste se ratificó el avance a la próxima fase: la Administración Transicional Afgana. Las reglas para seleccionar a los delegados del Loya Jirga estipulaban que no se podían elegir personas que tuvieran acusaciones de crímenes de guerra u otros abusos. Esta regla casi nunca se cumplió, en parte porque algunos de los miembros de la ONU, responsables de la toma de decisiones, consideraron muy vagos los parámetros de exclusión, y en parte por la presión ejercida en la Unama para no desafiar a algunos comandantes. Más grave aún, y contrario a las reglas para seleccionar a los delegados, fue que un número de delegados políticos fue adicionado a última hora, entre ellos comandantes acusados de crímenes de guerra. Los delegados aseguraron que la sola presencia de estos comandantes era intimidante, pero tenían pocas opciones ya que las decisiones importantes fueron tomadas en negociaciones cerradas entre Estados Unidos, la ONU y Shura-i Nazar¹⁵.

La controversia sobre el legado de abusos resurgió durante la Loya Jirga Constitucional en diciembre de 2003. Después de que Abdul Rasul Sayyaf, ex líder muyahidín, se las arregló para que otro líder muyahidín encabezara los comités de trabajo más importantes, una joven delegada criticó el arreglo, llamando “criminales” a los líderes de facción que estaban presentes y acusándolos de destruir el país¹⁶. En medio de las protestas de muchos delegados contra estas declaraciones, Sayyaf intentó expulsar a la joven de la reunión. Desde entonces, la delegada cuenta con la protección de la ONU en su distrito residencial. Poco después de que concluyó el Loya Jirga Constitucional, la televisión de Kabul presentó el video de un discurso de Sayyaf, en 1993, en el punto más álgido de la guerra civil. En ese

¹⁵ Their, J. Alexander, *The Politics of Peace-building: Year one: From Bonn to Kabul*, en Antonio Donini, Norah Niland and Karen Wermester (eds.), *Nation-building Unraveled: Aid, Peace and Justice in Afghanistan*. Bloomfield, CT: Kumarian Press, 2004, pp. 55-56.

¹⁶ Véase el pronunciamiento del Comité de Defensa de Malalai Joya, *Rise in Support of Malalai Joya!*, 20 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.malalaijoya.com/index1024.htm>.

año, las fuerzas al mando de este líder muyahidín participaron en la masacre de la etnia Hazaras y en la destrucción de las áreas que este grupo étnico ocupaba al oeste de Kabul. El video lo mostraba alardeando: “[H]emos destruido gran parte de Kabul, pero todavía quedan algunos edificios. Los destruiremos también para abrir paso a la Ciudad de Dios”¹⁷.

La Constitución afgana no hace referencia a la justicia transicional como tal, aparte de otorgarle estatus oficial a la AIHRC (cuyos poderes son determinados por el legislativo) e imponer restricciones a los candidatos para presidente y asamblea legislativa. El artículo 85 de la Constitución especifica que los candidatos “no deben haber sido condenados por un tribunal por la comisión de un crimen contra la humanidad, un crimen, o sentenciados a la privación de sus derechos cívicos”¹⁸. Exigir la “condena” como un estándar de exclusión negó cualquier posibilidad de depuración por crímenes de guerra ya que no hay un sistema penal competente para llevar a cabo este tipo de juicios en Afganistán.

La primera iniciativa de AIHRC en materia de justicia transicional fue realizar una encuesta nacional para determinar las opiniones del público sobre la forma de lidiar con los crímenes del pasado. El Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) trabajó con la Comisión en el desarrollo de una propuesta detallada de consulta pública para ayudar a determinar una política de justicia transicional para Afganistán y entrenar a quienes llevaban a cabo la encuesta. En octubre de 2004, más de 6.000 participantes habían sido entrevistados tanto en encuestas individuales como en grupos focales. El ICTJ también asesoró a la Comisión con el análisis de los resultados y en la producción del reporte final: *A Call for Justice (Un llamado a la justicia)*¹⁹.

El ejercicio en sí fue un gran logro en un país con grandes carencias en materia de herramientas tecnológicas de análisis de opinión pública. Se hicieron visitas a 32 de las 34 provincias de Afganistán y se aplicaron entrevistas a 4.151 individuos; asimismo, se realizaron 200 grupos focales en los que participaron más de 2.000 personas. Las comunidades de refugiados fueron entrevistadas por separado. Según los resultados, cerca del 70 por ciento de los afganos se ve a sí mismo como víctima de serios abusos a los derechos humanos durante la guerra, y la mayoría considera que crímenes similares continúan ocurriendo en el presente. El reporte resalta la percepción pública que la impunidad está atrincherada en Afganistán y que los victimarios son recompensados con posiciones de poder. El informe también refleja una exigencia popular para romper el ciclo de impunidad. Las recomendaciones del reporte incluían lustración en nombramientos oficiales, recursos que permitan una mayor documentación de crímenes de guerra, mecanismos

¹⁷ El video salió al aire en una época en la que los aliados de Sayyaf en las cortes intentaban censurar la televisión de Kabul y evitar la emisión de programas con mujeres cantantes.

¹⁸ Constitución de Afganistán, art. 85, cap. 5, art. 5.

¹⁹ Comisión Independiente de Derechos Humanos para Afganistán, *A Call for Justice: A National Consultation on Past Human Rights Violations in Afghanistan*, Kabul, 2005.

apropiados para promover la verdad, creación de una unidad de investigaciones especiales o Fiscalía para investigar los crímenes de guerra, y el establecimiento de medidas simbólicas de conmemoración.

Un mes después de celebrarse el Loya Jirga Constitucional, la Comisión Independiente de Derechos Humanos llevó a cabo una rueda de prensa en la que presentó *A Call for Justice*. El plan era presentar este reporte de manera conjunta con un informe de 300 páginas preparado por la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que contenía un mapeo de importantes incidentes de crímenes de guerra y serias violaciones a los derechos humanos cometidos por todos los grupos del conflicto durante la guerra. Sin embargo, semanas antes de la fecha de presentación del reporte de la ONU, Unama presionó a la Alta Comisionada, Louise Arbour, para que no hiciera público el reporte. Los funcionarios de Unama argumentaron que una presentación pública del informe pondría en peligro al personal de la ONU²⁰ y complicaría las negociaciones para la desmovilización de varias milicias, incluyendo la Décima División, leal a Sayyaf. También argumentaron que como un “ejercicio de puesta en evidencia”, el reporte generaba expectativas que ni la ONU ni el gobierno afgano podrían cumplir: que se tomarían acciones sobre los individuos nombrados en el informe.

En marzo de 2005, la presión de Estados Unidos ante la Comisión de Derechos Humanos en Ginebra fue exitosa al lograr finalizar el mandato del Experto Independiente en Derechos Humanos para Afganistán, Cherif Bassiouni, profesor de derecho, quien también fue presidente de la Comisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para Investigar Crímenes de Guerra en la antigua Yugoslavia. Estados Unidos argumentó que debido al avance hacia la democracia en Afganistán, el país no necesitaba un experto independiente. Bassiouni afirmó que “sin un experto independiente de la ONU, la Comisión Independiente de Derechos Humanos de Afganistán, así como la sociedad civil, no tendrán apoyo externo para avanzar en materia de derechos humanos”²¹.

Al año siguiente de la presentación del reporte de la Comisión, la AIHCR y representantes del gobierno de Karzai, junto con personal de la oficina de derechos humanos de Unama, desarrollaron un plan de acción en justicia transicional que estableció medidas para el esclarecimiento de la verdad, la conmemoración a las

²⁰ En noviembre de 2004, tres miembros extranjeros de la ONU fueron secuestrados durante tres semanas en Kabul. Una masiva persecución llevó al arresto de varios sospechosos, muchos de ellos antiguos miembros de la facción Hizb-I Islami, un grupo armado cuyo líder, Gulbuddin Hikmatyar, se opone a la presente administración afgana y a la presencia de tropas estadounidenses y de otros países. El gobierno parecía impaciente por inculparlo a él por los secuestros. Un sospechoso murió como resultado de una golpiza mientras estaba detenido. Investigaciones adicionales señalaron que fuerzas leales a Sayyaf y al antiguo ministro de Defensa, Fahim, estaban involucradas. Los tres miembros de la ONU fueron liberados ilesos en un automóvil en Kabul. Miembros de la ONU y otros involucrados en investigar el incidente vieron esto como una advertencia. Entrevistas con miembros de la ONU y otros diplomáticos, enero-febrero de 2005.

²¹ Cherif Bassiouni, comunicación vía correo electrónico, facilitada a la autora, 27 de abril de 2005.

víctimas, el establecimiento de procedimientos de lustración, entre otras. Tras meses de retraso, el Plan de Acción para la Paz, la Reconciliación y la Justicia en Afganistán fue adoptado por el gabinete el 12 de diciembre de 2005. Poco tiempo después, la ONU realizó una conferencia sobre paz, justicia y reconciliación para discutir las implicaciones prácticas que conllevaba desarrollar y financiar el proceso. El plan incluyó cinco áreas de acción clave: medidas simbólicas, reforma institucional, búsqueda de la verdad y documentación, reconciliación y, por último, rendición de cuentas; para llevarse a cabo en un marco de tres años que finalizaría en 2008. Para mediados de ese año, el avance era poco. Hubo una importante cooperación entre un grupo base conformado por países donantes y ONG para opinar sobre el plan de acción de justicia transicional. Estos esfuerzos han sido continuos en varios ámbitos relacionados con la justicia transicional, en particular, la lustración en puestos gubernamentales, y la reforma judicial y policial. Los miembros del grupo base originalmente eran Estados Unidos, la AIHRC, Unama y Holanda, luego ingresaron Canadá, Alemania y otras organizaciones de la sociedad civil afgana. El grupo trabaja para mantener los temas de justicia transicional en la agenda gubernamental e internacional —un propósito cada vez más complicado con el aumento de la atención sobre la creciente insurgencia— y coordinar las acciones entre los miembros.

En una conferencia dada en Londres el 31 de enero y el 1º de febrero de 2006, los principales donantes para Afganistán, el presidente Karzai, el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, y el primer ministro británico, Tony Blair, presentaron el Plan Compacto para Afganistán, un acuerdo que fijó el compromiso de la comunidad internacional con este país y el del gobierno con la construcción del Estado y la incorporación de reformas en los cinco años siguientes. Algunos elementos del Plan de Acción para la Paz, la Reconciliación y la Justicia fueron incorporados en el Plan Compacto para Afganistán, incluido el requerimiento para que el gobierno establezca una junta independiente que evalúe si los candidatos a altos nombramientos cumplen los requisitos necesarios y asegure que estos no tengan relaciones con grupos armados y que no estén o hayan estado involucrados en narcotráfico, corrupción o violaciones de los derechos humanos. El 10 de diciembre de 2006, el presidente Karzai implementó el plan de acción y nombró esta fecha como el Día Nacional de la Memoria, para rendir tributo a quienes murieron en las sucesivas guerras y conflictos civiles.

Para 2010, muy pocos de los puntos del Plan de Acción habían sido implementados, pese a que se desarrollaron algunas actividades, entre estas una conferencia sobre búsqueda de la verdad; la construcción de capacidades con respecto al trabajo forense, incluida la evaluación forense de locaciones, y la recolección de documentación para mapear los más importantes sucesos de guerra. Una débil sociedad civil y la falta de una fuerte presión pública se combinaron con una atmósfera de intimidación e inseguridad general, desestimulando los esfuerzos para llevar a cabo investigaciones exhaustivas o establecer mecanismos formales

de búsqueda de la verdad. Hasta el momento, el fracaso de la reforma judicial obstaculiza las posibilidades de investigaciones penales; incluso los juicios penales ordinarios carecen de salvaguardias legales, dejando los casos de crímenes de guerra de alto perfil todavía (en comparación con los juicios ordinarios) con menos probabilidades de gozar de un debido proceso. Los casos exitosos tuvieron lugar fuera de Afganistán, con un impacto mínimo sobre los procesos internos²².

En medio de esto, la justicia transicional se convirtió en un campo de batalla en el que los ex militantes del país combaten lo que consideran una idea impuesta. Las voces de las víctimas han perdido terreno en esta lucha –muchas de ellas hasta ahora empiezan a hablar de la necesidad de esclarecer la verdad sobre la guerra de 30 años que vivió el país con fuerzas extranjeras e internas. Algunos temen que la posibilidad de rendición de cuentas se pierda entre la corrupción, la insurgencia y el tráfico de narcóticos, invalidando así los esfuerzos de reconstrucción.

Varios de los interlocutores clave, incluidos los defensores de derechos humanos y quienes trabajan en asesoría legal, creen que el ambiente para trabajar en temas de justicia transicional en Afganistán nunca ha sido peor. Mientras ya ni se discute si la Ley de Amnistía aprobada por el parlamento en 2006 debe ser implementada y cómo, su sola existencia genera repercusiones negativas. El hecho de que los promotores de la ley hayan sido nombrados por el presidente en cargos del gobierno o sean miembros del Parlamento, refuerza la percepción de total impunidad. El aumento en la vigilancia, la interferencia y las amenazas explícitas a personas que trabajan en temas de derechos humanos y justicia transicional crean un ambiente represivo para la sociedad civil. La victoria cuestionada de Karzai y la proximidad del movimiento talibán han hecho que muchos pierdan la esperanza.

IV. ¿Estabilidad o seguridad?

La seguridad es un concepto flexible en Afganistán, y hay poca claridad entre los actores internacionales sobre quién debe suministrarla y a quién. El reporte de McChrystal marca un cambio en el enfoque con el que le aborda la problemática porque señala específicamente la necesidad de proteger a los civiles afganos no sólo de los insurgentes talibanes, sino también del corrupto y abusivo personal oficial y sus milicias. En el periodo posterior a 2001, la definición de seguridad en la política estadounidense era simplemente vencer a al-Qaeda, tratando de lograrlo a través de la absorción de señores de la guerra que estuvieran en contra

²² Otro caso sobre Afganistán está en una Corte Distrital de La Haya: Jurisdicción universal sobre violaciones al artículo 3 común, (Another Afghan Case in the Hague District Court: Universal Jurisdiction over Violations of Common Article), disponible en <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/213.html>; *Trial Judgement in the Case Against Habibullah J.*, 14-10-2005; *Trial Judgement in the Case Against Heshamudin H.*, 14-10-2005, disponible en <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/5/104.html>.

de los talibanes. Después de la derrota del movimiento talibán, Estados Unidos presionó por desarrollar un proceso expedito para crear un gobierno interino que llenara el vacío y generara estabilidad; para lograrlo, de nuevo, se aliaron con los principales líderes político-militares antitalibanes. El principio de la operación era que se necesitaba un gobierno, y casi que cualquier gobierno funcionaría; este enfoque halló un desafortunado eco en las reacciones de algunos oficiales frente a la reelección de facto de Karzai²³.

Atraer a los combatientes para que dejen el conflicto por medio de la absorción (*co-optation*) es una táctica ampliamente aceptada, y es tan crucial para negociar la paz como para lograr que los combatientes resuelvan sus diferencias en la arena política y no en el campo de batalla. Pero esta estrategia necesaria, e incluso deseable en muchos casos, no responde a la pregunta de qué hacer con aquellos que no simplemente libraron una guerra, sino que también cometieron crímenes de guerra.

En Afganistán, ante la ausencia de restricciones, muchos de los responsables por crímenes de guerra continúan en actividades criminales con total impunidad: tráfico de drogas, apropiación de tierras, violaciones sexuales, asesinatos y secuestros. Representan un componente clave del “nexo de corrupción, incompetencia y criminalidad”²⁴ atado al corazón del gobierno afgano. Para lidiar con estos individuos, Afganistán enfrenta preguntas clave relacionadas con la aplicabilidad de los estándares de justicia transicional en una situación de no posconflicto: ¿es realmente factible marginar o excluir a los responsables de crímenes pasados en una situación de conflicto vigente?; ¿sería deseable incorporarlos en un nuevo orden político?; en un Estado en el que se carece de instituciones de justicia y policía básicas, ¿cómo se puede limitar a estos personajes y quién debe hacerlo?

La derrota del movimiento talibán en 2001, que llevó al final de esa fase particular de la guerra, no fue causada por una revolución con respaldo popular ni por una negociación de repartición del poder entre las diferentes partes del conflicto. El Acuerdo de Bonn no fue un acuerdo de paz, sino de repartición del poder entre los vencedores²⁵. Como tal, no planteó preguntas sobre cómo lidiar con el legado de abusos ni sobre el rol que representaban los líderes y las personalidades militares

²³ Después de que el rival de Karzai para la presidencia, Abdullah, se retiró de las elecciones porque no se había hecho nada para evitar que se repitiera el fraude, la Secretaria de Estado de Estados Unidos, Hillary Clinton, afirmó que el hecho de que sólo hubiera un candidato no necesariamente afectaba la legitimidad del proceso.

²⁴ General Stanley McChrystal, *Commander's Initial Assessment*, Headquarters, International Security Assistance Force. Kabul, Afganistán, 30 de agosto de 2009. Cita tomada de la página web de *Washington Post*, disponible en http://media.washingtonpost.com/wp-srv/politics/documents/Assessment_Redacted_092109.pdf, consultado el 8 de noviembre de 2009.

²⁵ “El Convenio de Bonn no fue una ‘gran negociación’ por la paz; selló una ‘paz de los ‘vencedores’ legitimando un cambio de régimen que implicaba otorgar poder a los líderes de facción que estaban en el ‘lado correcto’ de la guerra contra el terrorismo”. Goodhand, Jonathan y Mark Sedra, *Bribes or Bargains? Peace Conditionalities and ‘Post-conflict’ Reconstruction in Afghanistan*, en *International Peacekeeping*, vol.14, n.º 1, enero de 2007, pp. 41–61.

que continuaban gozando de poder. Ante la ausencia de una fuerza internacional tras los primeros años de la primera derrota del movimiento talibán, no había una fuerza militar capaz de limitar o contener a estas milicias. En cambio, las figuras poderosas de estos grupos extendieron su control sobre los ministerios existentes o fueron premiadas con cargos en el gobierno para que no se opusieran a éste.

Conscientes de lo que había pasado cuando el gobierno de Najibullah colapsó en 1992, dejando a los rivales del muyahidín pelear entre ellos por el control de Kabul, los interlocutores occidentales en Bonn tenían una buena razón para preocuparse que la oposición armada al movimiento talibán recurriera a una lucha por el poder y prolongara la guerra civil, a menos que fueran invitados a compartir del poder del nuevo gobierno. El temor de los negociadores en Bonn era que los comandantes y sus milicias reiniciaran las hostilidades, lo que influyó desde entonces en la respuesta internacional a los casos de abusos flagrantes cometidos por estos personajes. Como escribió uno de los consejeros que formó parte de las negociaciones de Bonn:

la mayor amenaza a los derechos humanos y al resto de asuntos en Afganistán [es] la autonomía de todos estos grupos armados. La iniciativa más importante... [fue] desmovilizarlos y desarmarlos... lo que traerá más paz y justicia a Afganistán no es apartar a los transgresores, sino crear un sistema de instituciones para controlarlos y propiciar un gobierno efectivo y apegado a la ley²⁶.

Desde 2002 han existido pocos momentos en que el gobierno afgano y sus colaboradores internacionales hayan estado dispuestos a usar fuerzas políticas o militares para obligar a los líderes de facción a cumplir la ley y abstenerse de cometer actos violatorios. A medida que el poder de estos líderes militares creció, disminuyó el poder de influencia del Estado hasta el punto que los comandantes de milicia y líderes de facción funcionan como un Estado en la sombra. Como asegura Rubin, “el Estado no funciona independientemente de quienes detentan el poder”²⁷ —los comandantes y líderes de facción—, y no hay instituciones del Estado que los responsabilicen y les hagan rendir cuentas. Por el contrario, la insurgencia neotalibán, que resurgió en 2003, aumentó su fuerza y ahora amenaza con sumergir al país entero en una guerra. Al mismo tiempo, la viabilidad del Estado está en duda, en particular después de las elecciones fraudulentas de agosto de 2009. El gobierno del presidente Karzai se distingue por la corrupción desenfrenada, la participación en el comercio de opio y la marcada resistencia a

²⁶ Comunicación vía correo electrónico con un consultor de Unama, diciembre de 2001.

²⁷ Rubin, Barnett R., *Schweich, ICG, etc.* —*Assume the Existence of a State in Afghanistan*, disponible en Informed comment: Global Affairs, Group Blog on Current Affairs, 25 de julio de 2008, http://icga.blogspot.com/2008_07_01_archive.html.

enfrentar los crímenes del pasado y los abusos a los derechos humanos –temas que aumentan las dudas sobre el liderazgo y la legitimidad de su gobierno. Los mecanismos judiciales para abordar los crímenes, y abusos pasados y presentes son inexistentes; en efecto, la completa incompetencia y deshonestidad del poder judicial es una de las principales razones del descontento popular con el gobierno, que contribuye a que haya un apoyo al movimiento talibán (y su versión de justicia rápida) en algunas regiones del país. Las pocas oportunidades en las que hubo algún esfuerzo por enfrentar los crímenes de guerra evidenciaron graves errores procesales: juicios inconsistentes de personajes sin poder, manipulados con fines políticos. La posibilidad de procesar a quienes detentan el poder es aún remota y hay poca voluntad política internacional para sancionarlos.

Los actores internacionales que apoyan a Afganistán reconocieron desde un comienzo la necesidad de abordar temas de corrupción, narcóticos, abusos a los derechos humanos y justicia transicional, pero argumentaron que estas preocupaciones debían ser tratadas después de que se resolviera el tema fundamental del desarme. Había un miedo razonable a que si tales asuntos se abordaban de manera temprana, el desarme podría descarrilarse en un momento en el que se llevaban a cabo difíciles negociaciones con las milicias de la Alianza del Norte para que accedieran a entregar su armamento y apoyaran las reformas necesarias para la creación de un nuevo ejército nacional. Para un combatiente –en especial para alguien que ha pasado toda su vida en la guerra, como muchos de los integrantes de las milicias afganas–, la paz es mucho menos segura que la guerra²⁸. La filosofía de inclusión subyace en la idea de encontrar un lugar para los excombatientes en el nuevo orden, con el fin de evitar que retornen a las hostilidades. Defender ese nuevo orden en contra de la corrupción interna es el desafío. La absorción de combatientes es una estrategia tradicional para negociar pactos de paz entre antiguos enemigos y es vital para evitar que se saboteen los intentos de paz. Pero sin una inversión considerable en las instituciones necesarias para un buen gobierno, sobre todo en una policía y un sistema judicial eficientes, la absorción da poder a los potenciales saboteadores sin generar los medios para restringirlos.

Los defensores de la justicia transicional argumentan que el nuevo gobierno o el poder o los poderes internacionales que supervisan la transición deberían crear procedimientos de depuración o lustración para excluir a los principales victimarios de las posiciones de poder, así como mecanismos judiciales o un proceso de verdad y reconciliación que permitan establecer responsabilidades. El Banco Mundial advierte a los nuevos gobiernos que deben enfrentar la corrupción; agencias de la ONU, junto con gobiernos donantes, presionan por una rápida acción para erradicar la producción de droga. Estas son peticiones muy exigentes para Estados incipientes

²⁸ Para un análisis profundo sobre las implicaciones en la justicia transicional, véase Rubin, Barnett, *Transitional Justice in Afghanistan*. Londres, The Anthony Hyman Memorial Lecture, School of Oriental and African Studies, University of London, 3 de febrero de 2003, p. 5.

que emergen de la guerra, la represión y –usualmente– con una pobreza masiva. Pocos países con estas características han sido capaces de administrar justicia y contener a los criminales justo después del fin del conflicto o en la transición de un periodo de represión. El principal desafío que enfrenta Afganistán es cómo evitar un conflicto futuro entre la gran cantidad de contendores y promover la legitimidad del nuevo Estado. En una sociedad que aún no vive un posconflicto y que sigue sumergida en la violencia, los principios de justicia transicional deben servir de guía para el uso apropiado del poder del Estado. En estas sociedades, la reforma institucional y la justicia transicional no deben ser tratadas como objetivos separados en los que la última se pone en marcha después de implementarse la primera. Las dos están relacionadas: del éxito de la una depende el avance de la otra.

Conclusión: inclusión versus exclusión

Encontrar un lugar en el nuevo orden establecido en Afganistán para los señores de la guerra y sus hombres forma parte de una filosofía de inclusión; el reto es establecer un nuevo orden interno contra la corrupción y las violaciones de derechos humanos. En Afganistán, la estrategia de absorción y desarme de los señores de la guerra debió haber sido de mutuo refuerzo entre estos componentes. Por el contrario, el fracaso en el desarme desarticuló los beneficios potenciales de la absorción de combatientes. El programa de desarme de Afganistán investigó a posibles candidatos al parlamento que tenían nexos con grupos ilegales y utilizó su candidatura como un incentivo para persuadirlos de que se desarmaran voluntariamente y disolvieran sus milicias. La idea era reducir la amenaza de elegir candidatos potencialmente armados; asegurar que no se convirtieran en miembros del Parlamento y que no extendieran su acceso al poder, y, finalmente, estimular el desarme obligando a las milicias reacias a desarmarse. Para julio de 2004, se estimaba que 1.800 de estos grupos ilegales operaban en el país²⁹.

La ONU, otros donantes y las fuerzas internacionales temían que estos grupos representaran serias amenazas para la seguridad durante las elecciones parlamentarias de 2005. Varios reportes emitidos por ONG locales hicieron eco de estas preocupaciones, mencionando que “el miedo a las armas” era el mayor problema para el electorado afgano³⁰. Esta preocupación estimuló a la ONU, que

²⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Programa para un Nuevo Afganistán (ANBP), Sección de Monitoreo y Evaluación (M&E), *Reporte de evaluación de la primera fase de desarme de grupos armados ilegales (DIAG) por PNUD/ANBP y las secciones de DIAG M&E*, Kabul, febrero de 2006, disponible en inglés en erc.undp.org/evaluationadmin/downloaddocument.html?docid=1045.

³⁰ Human Rights Research and Advocacy Consortium (HRRAC), *Take the Guns Away: Afghan Voices on Security and Elections*, Kabul, 2004. Muchas personas entrevistadas manifestaron que la mayoría de los comandantes locales eran protegidos y apoyados por individuos poderosos dentro del gobierno central.

trabajaba con agencias del gobierno afgano, a lanzar un programa para dismantelar una porción de estos grupos en los meses que faltaban para las elecciones.

En teoría, aquellos que no se desarmaron debieron ser descalificados como candidatos. Pero en la práctica muy pocos fueron inhabilitados y de estos una minoría era poderosa o peligrosa. El hecho de que la ley no se cumpliera contra conocidos perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos continúa siendo la principal crítica al proceso. De 208 candidatos inicialmente identificados por tener vínculos con grupos armados ilegales, sólo 34 fueron descalificados finalmente. Entre los candidatos que se lanzaron a las elecciones hubo un número notorio de comandantes que eran fuente de problemas por actividades criminales, ataques a sus rivales, violaciones contra civiles, tráfico de armas no sólo antes del acuerdo de Bonn, sino también después de éste. Según el reporte de la Unidad de Evaluación e Investigación de Afganistán, el nuevo Parlamento quedó compuesto por “40 comandantes aún asociados con grupos armados, 24 miembros de bandas criminales, 17 traficantes de drogas y 19 personas que enfrentan serias acusaciones de crímenes de guerra y violaciones a los derechos humanos”³¹.

Los candidatos de las milicias y miembros del parlamento representan sólo una parte del problema. Señores de la guerra y otras personas vinculadas con grupos armados ilegales fueron nombrados ministros, gobernadores, oficiales de distrito y jefes de policía. El Plan Compacto para Afganistán reconoció explícitamente la necesidad de minimizar el daño que estas personas pudieran causar, proponiendo “un mecanismo claro y transparente para los nombramientos nacionales... para todos los nombramientos de alto nivel del gobierno central y la judicatura, también para gobernadores provinciales, jefes de policía, administradores de distrito y jefes de seguridad de las provincias”³². Sin embargo, ha habido poco respaldo al panel de consejeros para los nombramientos presidenciales, el cual se supone que debe depurar los candidatos con credenciales no apropiadas. Al igual que otros elementos esenciales para una reforma efectiva de la policía y la judicatura, un mecanismo de lustración no puede ser exitoso mientras los que deben ser apartados del gobierno sean más poderosos que los que deben llevar a cabo el proceso de lustración.

Se puede argumentar que los candidatos exitosos en el paso de líderes militares a miembros del Parlamento son el mejor ejemplo de la política de absorción: los que fueron elegidos lograron participación en un gobierno legítimo con incentivos para preservarlo, en lugar de ser excluidos por el gobierno generando incentivos para destruirlo. Un analista político afgano ha concluido que:

³¹ Wilder, Andrew, *A House Divided? Analysing the 2005 Afghan Elections*, Unidad de Investigación y Evaluación de Afganistán (AREU por su sigla en inglés), Kabul, diciembre de 2005, p. 14.

³² Plan Compacto para Afganistán, Londres, 1 de febrero de 2006, disponible en: <http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Documents/AfghanistanCompact-English.pdf>.

el parlamento es el hogar institucional preferido de los comandantes o líderes político-militares que dominaron a Afganistán en 2001-2002. Cambiaron con éxito su estatus militar por un lugar en la nueva legislatura... Varios fueron sacados de sus puestos adjudicados tras 2001 en el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Interior. En consecuencia, escogieron el Parlamento como su opción de rehabilitación³³.

Al mismo tiempo, obtener el estatus y el poder que da una posición en el Parlamento envalentonó a algunos parlamentarios que afirmaron haber pasado el proceso de lustración (pues no fueron descalificados para las elecciones) mientras continuaban cometiendo crímenes para su enriquecimiento personal. Esto contribuyó a que se erosionara la fe del público en las instituciones electorales y en el Parlamento³⁴. Tras “acoger” con éxito a los señores de la guerra para que formaran parte del Acuerdo de Bonn, hubo después “poco esfuerzo para hacer que la absorción de combatientes fuera condicionada al respeto por el Estado de derecho o la abstención de tráfico de narcóticos”³⁵.

En gran medida, el enfoque más peligroso para lidiar con los señores de la guerra en el Afganistán postalibán fue la inclusión que les permitió atrincherarse y continuar con actividades criminales y comportamiento abusivo. Muchos de los peores victimarios de regímenes pasados fueron nombrados en importantes cargos ejecutivos, incluidos quienes fueron nombrados gobernadores, ministros y jefes de policía. Con más recursos a su disposición y más oportunidad de influencia política, algunos beneficiados con la protección de Karzai han sido más nocivos para la gobernabilidad que los elegidos para el Parlamento³⁶.

Marshall Fahim representa un ejemplo de los costos de la conveniencia política. Las prerrogativas de la operación militar de Estados Unidos en Afganistán ordenaron acoger a Fahim en el periodo 2001-2003; sus fuerzas fueron unas de las primeras en ser contactadas y financiadas por la CIA y las unidades de Fuerzas Especiales en septiembre de 2001. Comprendiendo que el proceso de desarme tendría que llevarse a cabo antes de las elecciones presidenciales, Estados Unidos apoyó finalmente una confrontación con Fahim, que terminó con su renuncia al Ministerio de Defensa y su retiro de la vicepresidencia; sin embargo, para ese entonces algunos oficiales de Estados Unidos tenían claro que:

³³ Semple, Michael, SSR and Non-state Actors, en Donais, Timothy (ed.), *Local Ownership and Security Sector Reform*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), p. 15. (en prensa).

³⁴ Wilder, ob. cit., p. 14.

³⁵ Semple, ob. cit., p. 16.

³⁶ Giustozzi, Antonio, “Good” State vs. “Bad” Warlords? A Critique of State-building Strategies in Afghanistan, Crisis States Research Centre, London School of Economics, Working Paper 51, octubre de 2004, p. 1.

la decisión de ignorar a los señores de la guerra y a los narcotraficantes que sacaron provecho del vacío de poder justo después de los ataques del 11 de septiembre fue uno de los errores estratégicos fundamentales de la guerra afgana. Esto envió una señal al pueblo afgano en el sentido que los más corruptos señores de la guerra gozaban del apoyo de Estados Unidos, que el gobierno de Karzai no tenía real poder o credibilidad y que la economía de las drogas era el camino al poder en el país³⁷.

La confrontación de 2004 no causó una violencia “desestabilizadora”, y por un tiempo parecía que este esfuerzo había sido parcialmente exitoso (aunque se conoció que Fahim continuó involucrado en el comercio de narcóticos). Sin embargo, Fahim regresó como vicepresidente del actual gobierno de Karzai y, al parecer, Estados Unidos y otros actores internacionales continuarán trabajando con él, aunque hay algunos indicios de que Estados Unidos está investigando sus nexos con el narcotráfico³⁸.

Se podría argumentar que Fahim representa un caso extremo o, como los partidarios de una opción de inclusión señalan, un caso que no se compara con los éxitos de realizar elecciones, establecer un parlamento y, en general, cumplir los puntos establecidos en el Acuerdo de Bonn. Pero el costo de una absorción incondicional ha sido muy alto: el fortalecimiento de la insurgencia, y la inseguridad y la violencia son algunas de sus consecuencias. La mayoría de los combatientes que se oponen al gobierno de Karzai y a las tropas extranjeras está motivado menos por una ideología islámica extrema y más por:

razones pragmáticas y oportunistas (...) A pesar del aumento en asistencia para el desarrollo y del envío de más tropas y expertos civiles a Afganistán, si la actuación del Estado no cambia y mejora de manera radical, lo más probable es que la insurgencia continúe creciendo(...) De la misma forma, cualquier esfuerzo para negociar con la insurgencia o reconciliarse con algunas de sus facciones está condenado al fracaso y sólo es un paso más hacia una derrota total sino hay un Estado que funcione relativamente bien³⁹.

Los costos también pueden ser medidos en las preocupaciones de los ciudadanos afganos sobre temas básicos de seguridad. De acuerdo con la encuesta nacional de 2008, realizada por la Fundación Asia, la mitad de la población adulta en Afganistán teme por su seguridad⁴⁰. También aumentó la desconfianza hacia

³⁷ Risen, James y Mark Landler, Accused of Drug Ties, Afghan Official Worries U.S., en *New York Times*, 26 de agosto de 2009, consultado el 17 de noviembre de 2009, http://www.nytimes.com/2009/08/27/world/asia/27kabul.html?pagewanted=1&_r=1.

³⁸ Ídem.

³⁹ Fange, Anders, *The State of the Afghan State*, Afganistán Analysts Network, junio de 2010.

⁴⁰ Asia Foundation, *Afghanistan in 2008: A Survey of the Afghan People*, 28 de octubre de 2008, disponible en <http://asiafoundation.org/country/afghanistan/2008-poll.php>.

el gobierno, así como el pesimismo sobre el rumbo que ha tomado el país; esta tendencia se confirma de manera anecdótica en parte de la cobertura mediática en Afganistán.

Durante los primeros años cruciales después del 11 de septiembre, la política de la administración de Bush en Afganistán era armar y financiar a cualquier comandante dispuesto a enfrentar al movimiento talibán y a al-Qaeda. La administración evitó abordar temas relacionados con la construcción del Estado y bloqueó de manera exitosa, por varios años, el despliegue de una fuerza internacional de mantenimiento de paz. No hubo ni financiación ni coordinación para construir instituciones esenciales que pudieran haber actuado como un contrapeso al poder de los señores de la guerra. Como el embajador Jim Dobbins aseguró: “ninguna nación, de manera muy notable Estados Unidos, hizo el esfuerzo necesario para establecer estas instituciones. Tampoco las naciones líderes fueron capaces de asegurar un apoyo significativo de otros donantes para sus programas”⁴¹. El poco esfuerzo del gobierno italiano, que asumió la responsabilidad en la reforma de la judicatura, fue notable. Funcionarios europeos admitieron en noviembre de 2009 que los esfuerzos de la Unión Europea para reconstruir la policía fueron mínimos⁴². En todo caso por la separación de la reforma policial de la judicial, estaba destinada a fallar. No fue solamente la “aceptación” inicial de los señores de la guerra, fueron todas las decisiones tomadas desde entonces las que lesionaron las posibilidades de establecer instituciones legítimas y un gobierno funcional.

En Afganistán, acabar de raíz los abusos no es sólo un tema de expulsar o marginar a las personas responsables de actos específicos (lo cual no es tarea fácil). Los aparatos policial, judicial y de inteligencia del país institucionalizaron el abuso de tal forma que éste ha perdurado a través de sucesivos regímenes. Procesar individuos es un impedimento importante contra futuros abusos, pero construir un proceso de rendición de cuentas requerirá reformas de largo alcance que permitan crear instituciones efectivas y confiables.

Restaurar la legitimidad del Estado afgano requerirá una inversión internacional en instituciones funcionales, un acuerdo para enfrentar a las poderosas milicias y un compromiso con la integridad del proceso político representativo, sea con elecciones —o más exactamente Loyas Jirgas tradicionales o asuntos similares. También es esencial que exista un control local sobre la distribución de ayudas. No son suficientes las interminables sesiones de entrenamiento para la policía afgana, debe haber una fuerte supervisión civil del funcionamiento de la policía y la judicatura, y un apropiado proceso de lustración para los nombramientos

⁴¹ Dobbins, James, *After the Taliban: Nation-building in Afghanistan*. Dulles, Potomac Books, 2008, p. 105.

⁴² Dempsey, Judy, Training of Afghan Police by Europe is Found Lacking, en *International Herald Tribune*, 17 de noviembre de 2009.

del servicio civil. Los principios que promueve la justicia transicional tienen una relación directa con todos estos puntos. Sólo estos principios sentarán las bases de un Estado fuerte y legítimo, capaz de conseguir el apoyo y la confianza de su pueblo para encontrar un final pacífico al conflicto.

Transiciones en Contienda: disyuntivas de la justicia transicional en Colombia desde la experiencia comparada se terminó de imprimir en la ciudad de Bogotá D.C., en el mes de diciembre de 2010 en los talleres de Opciones Gráficas Editores Ltda.

