

Capítulo 7

JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: TENSIONES Y COMPLEMENTARIEDADES

Rodrigo Uprimny*
María Paula Saffon**

RESUMEN

El artículo busca resolver un interrogante: ¿conviene o no utilizar el esquema de la justicia restaurativa como paradigma dominante para enfocar los problemas planteados por la justicia transicional en Colombia? Este interrogante es relevante ya que muchos defienden la idea de que los procesos transicionales en curso deben fundarse en la justicia restaurativa. Para resolver esta cuestión, el texto enuncia los orígenes conceptuales y el significado de las categorías “justicia transicional” y “justicia restaurativa”. Luego estudia varias complementariedades entre una forma de justicia y otra, pero igualmente analiza las importantes tensiones que existen entre ellas. Ello muestra que hay grandes límites para que el enfoque restaurativo sea el paradigma de justicia dominante en contextos transicionales. El documento concluye que los procesos de justicia transicional, en especial aquéllos que hayan de tener lugar en Colombia, deben contener dosis inevitables de castigo para los responsables de graves violaciones de derechos humanos y, por ende, sólo deben contemplar la posibilidad de perdones cuando éstos sean proporcionados y “responsabilizantes”.

Este texto pretende responder a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es posible enfocar los complejos problemas que plantea la justicia transicional (en adelante JTr) en Colombia tomando como paradigma dominante un enfoque de justicia restaurativa (en adelante JRe)? Este interrogante tiene gran relevancia en la reciente discusión jurídica y política referida a la justicia transicional en

* Abogado, Doctor en Economía, Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS) y profesor asociado de la Universidad Nacional.

** Abogada, investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS).

Colombia, en especial debido al desarrollo del proceso de negociación del actual gobierno con los grupos paramilitares.

La relevancia de la cuestión radica en que, en los últimos años, se ha dado un auge importante de los enfoques restauradores como perspectivas a partir de las cuales pueden ser enfrentadas las inequidades y disfunciones del sistema penal actual, esencialmente punitivo y retributivo. Este auge ha hecho que incluso en Colombia la JRe tenga ahora rango constitucional. En efecto, el Acto Legislativo No. 2 de 2003 estableció explícitamente que la "ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa." En tal contexto, es natural que muchos analistas recurran a la JRe, que—como lo veremos ulteriormente—tiene indudables atractivos, como paradigma relevante para enfrentar muchos problemas de la justicia penal en Colombia, y en particular aquéllos asociados con la JTr, presentados y discutidos en detalle en los demás capítulos de este libro y enunciados en la conferencia que le dio origen. Ahora bien, esa posibilidad no es puramente hipotética. No sólo el gobierno sino también muchos analistas han considerado precisamente que la mejor forma de enfrentar los dilemas que plantea la JTr en Colombia consiste en recurrir de manera dominante a los planteamientos y recomendaciones que surgen del llamado paradigma de la JRe. Por ejemplo, hace poco tiempo se realizó en Cali un importante seminario que estaba fundado justamente en la idea de que los enfoques restauradores podían hacer una contribución decisiva a la resolución de los problemas de la JTr en Colombia.¹ Por su parte, el actual gobierno ha afirmado en varias ocasiones la conveniencia de aplicar el esquema de JRe al caso colombiano, tal y como lo hizo al defender el proyecto de ley de alternatividad penal presentado en 2003, en los siguientes términos:

La propuesta legislativa se orienta hacia una concepción restaurativa que supera la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Es importante tener en cuenta que al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza. Ante la evidencia de que la pena privativa de la libertad, como única respuesta al delito, ha fracasado en muchas ocasiones en su cometido de lograr la resocialización de los delincuentes, el derecho penal contemporáneo ha avanzado en el tema de las sanciones alternativas (Gaceta del Congreso No 436 de 2003).

¹ El seminario contó con la participación de notables personalidades internacionales, en especial de Sudáfrica, tales como el líder y compañero de prisión de Mandela, Tokio Sexwale y el Presidente de la Comisión de Verdad y Reconciliación, el Obispo Desmond Tutu (Revista Semana, 7 de febrero de 2005).

En esas condiciones, resulta entonces importante analizar cuáles son las posibilidades y los límites que tiene invocar preferentemente los enfoques de JRe para diseñar los procesos de JTr en Colombia. Para intentar responder a este difícil interrogante, procederemos de la siguiente forma. Como las expresiones "justicia transicional" y "justicia restaurativa" sólo recientemente empiezan a ser usadas en Colombia, en un primer punto comenzaremos por precisar brevemente cuál es nuestro entendimiento de estos conceptos, lo cual nos obligará a hacer una breve historia de su desarrollo. Luego, en una segunda parte, mostraremos que existen sin lugar a dudas complementariedades entre la JTr y la JRe, que explican y hacen razonable recurrir a ciertos mecanismos restaurativos en los procesos de transición de la guerra a la paz. Sin embargo, en un tercer punto, analizaremos las evidentes tensiones que también existen entre estos conceptos, lo cual mostrará los límites de los enfoques de JRe como paradigma dominante para diseñar los mecanismos de JTr, no sólo a nivel general sino también específicamente en el caso colombiano. Esto nos llevará entonces a concluir que, frente a graves atentados contra los derechos humanos, el enfoque restaurativo no puede ser el imperante y que, por ende, los procesos de JTr tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de JRe, pero no sustituidos por esta última. Esta conclusión nos conducirá a defender la idea de que en Colombia las transiciones deben estar fundadas en perdones para los responsables de violaciones masivas de derechos humanos, siempre y cuando dichos perdones sean proporcionados y "responsabilizantes", tesis planteada por uno de nosotros en textos anteriores (Uprimny y Lasso, 2004; Uprimny 2005a; Uprimny 2005b), y que explicaremos brevemente al final del artículo.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: BREVE HISTORIA Y APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Las expresiones JTr y JRe tienen una historia relativamente reciente pero bastante exitosa. En efecto, es poco probable que textos académicos sobre justicia, procesos de transición o sistema penal con más de veinte años de antigüedad mencionen estas nociones. En contraste, no sólo la mayoría de los textos y artículos recientes sobre esos temas incluye usualmente referencias a la JTr y a la JRe, sino que, además, se han creado importantes organizaciones cuya misión específica es trabajar sobre tales formas de justicia.² En razón de esto, y aún

² Por ejemplo, en materia de justicia transicional conviene tener en cuenta el ICTJ (International Center for Transitional Justice), no sólo por la gran calidad de sus trabajos sino además porque ha hecho

cuando se trata de expresiones de reciente construcción, la bibliografía sobre ambas categorías es hoy no sólo enorme sino que sigue en expansión. Pero eso no es todo. Entre los autores que utilizan estas expresiones existen a veces diferencias significativas. Todo ello explica que no sea fácil reconstruir la historia y plantear una definición de la JRe y de la JTr que suscite consenso entre los especialistas. A pesar de lo anterior, es posible hacer una breve genealogía histórica de esas expresiones, que permita señalar cuáles son los elementos definatorios de una y otra.

1. Historia y conceptualización de la justicia transicional

La JTr hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados contra la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?

Estos interrogantes no tienen una respuesta fácil, y diversos pensadores y sociedades les han dado diferentes soluciones. Surge, sin embargo, una pregunta: ¿Por qué únicamente en los últimos años ha aparecido la expresión JTr si el problema al que hace referencia esa categoría parece tan viejo? ¿Proviene ello de la simple moda de inventar un neologismo para referirse a un fenómeno viejo? ¿O la aceptación masiva de la expresión JTr deriva de una novedad en el tratamiento de ese problema?

Según nuestro criterio, ha ocurrido una transformación muy importante en la manera como en la actualidad se enfocan las transiciones de la guerra a la paz o de las dictaduras a las democracias, que justifica ampliamente la creación de la categoría JTr. Y es que, si uno detalla la expresión, lo novedoso de la JTr consiste en la introducción del sustantivo "justicia". En efecto, dentro del recientemente creado paradigma de JTr, la justicia aparece como una exigencia que cualifica de manera importante los procesos transicionales, pero que a la vez se ve profundamente determinada por tales procesos. De esa manera, el concepto de justicia adquiere un significado y unas implicaciones particulares, que se distinguen no sólo de lo que significan e implican las exigencias de justicia en contextos de normalidad, sino que además se alejan de aquello que significaron e implicaron tales exigencias en procesos transicionales anteriores a los que se han desarrollado en los últimos treinta años.

análisis específicos del caso colombiano (ver www.ictj.org). En materia de justicia restaurativa, una organización importante es el PFI (Prison Fellowship Internacional) Centre for Justice and Reconciliation, que también ha adelantado proyectos en Colombia (ver www.pficjr.org).

Así, tal y como se comprende en la actualidad, la JTr hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de JTr se caracterizan por implicar en la mayoría de los casos—en especial cuando se trata de transiciones de la guerra a la paz—negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de JTr se ven regidos por las exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición. De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.

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

Así, por ejemplo, la transición llevada a cabo tras la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial—calificada por algunos autores como un primer periodo de la JTr³—comprendió las exigencias internacionales de justicia de

3 Éste es el caso de Teitel, quien realizó una juiciosa genealogía de la JTr y planteó la existencia de tres periodos históricos distintos: el periodo de la segunda posguerra, caracterizado por reconocer en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor universal y exigible sin restricciones; el periodo posterior a la guerra fría, que hubo en cambio de confrontar la tensión entre las exigencias jurídicas de justicia y las necesidades políticas de paz; y la época actual, que demuestra una tendencia hacia la normalización de la justicia transicional y, en concreto, hacia el empleo del lenguaje del derecho de la guerra en contextos de paz, tal y como sucede en el caso del terrorismo (Teitel, 2003). A pesar de los aportes que hace Teitel en esta materia, nos separamos de sus planteamientos en algunos aspectos. Por una parte, pensamos que si bien las caracterizaciones que hace de cada modelo transicional son bastante precisas y enriquecedoras, en algunos casos resulta problemático reducir la clasificación de los procesos transicionales a una cuestión meramente histórica. En efecto, para ofrecer tan sólo un ejemplo, aun cuando cronológicamente hablando ocurrieron en el periodo posterior a la Guerra Fría, las transiciones

manera estrictamente retributiva y, por ende, lejos de pretender ponderarlas con algún otro valor, las aplicó con el mayor de los rigores a través de los tribunales de Nuremberg. Esto se explica por el hecho de que, a diferencia de la mayoría de transiciones que han tenido lugar en los últimos treinta años, la transición de la segunda posguerra no requirió de ninguna negociación por parte de los actores armados, sino que fue impuesta por la parte victoriosa de la guerra.⁴ Por ello, la justicia retributiva fue comprendida como un valor universal y de primordial importancia (Teitel, 2003: 72-4), y los perpetradores de violaciones de crímenes contra la dignidad humana fueron sometidos y juzgados severamente.

Muchas de las transiciones ocurridas en los últimos años del siglo veinte y en los albores de este siglo se han caracterizado, en cambio, por la difícil necesidad de resolver la tensión entre los imperativos jurídicos internacionales de castigo a los victimarios y las exigencias prácticas de amnistía que imponen los contextos transicionales. De hecho, a partir de la segunda posguerra, el derecho internacional público ha demostrado una constante tendencia hacia la universalización de la obligación de sancionar la comisión de crímenes atroces, tendencia que se evidencia con la mayor claridad en la reciente creación de la Corte Penal Internacional. No obstante, los contextos en los que se han desarrollado los procesos transicionales en esta última época han impuesto serios obstáculos prácticos a la realización efectiva de dicha obligación, caracterizados como lo han estado por la necesidad de que sus fórmulas sean aceptadas y vistas como satisfactorias precisamente por quienes han cometido crasas violaciones de derechos humanos.⁵ Tal es el caso, por ejemplo, de contextos tan disímiles como los de las transiciones de regímenes dictatoriales a democracias en el Cono Sur, el de la transición post-apartheid sudafricana, o el de la transición de la guerra civil a la paz llevada a cabo en Irlanda del Norte.

de Ruanda y Yugoslavia se adaptan al modelo de justicia retributiva propio de lo que Teitel denomina la primera época de la JTr. Por otra parte, desde la perspectiva adoptada en este escrito, los tres modelos de Teitel se refieren más a formas de transición (en el sentido amplio del término) que a tipos específicos de JTr. De ahí que, para efectos de este documento, tan sólo el segundo periodo de JTr identificado por Teitel coincide con lo que aquí se comprende como el paradigma de JTr, pues sólo en aquél se evidencia el dilema que enfrenta la JTr, consistente en la necesidad de hallar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, dilema que es el que, en nuestro concepto, le otorga especificidad a la novedosa categoría de JTr.

4 En un texto anterior, en el que Luis Manuel Lasso y uno de nosotros realizamos una tipología de los diferentes procesos transicionales de que da cuenta la historia, esta forma de transición—que también se dio en los casos de Rwanda y Yugoslavia—fue ubicada en el tipo “transiciones punitivas”. En ese texto, explicamos que para que pueda tener lugar una “transición punitiva” es necesario que se presenten ciertas condiciones fácticas en el contexto transicional, tales como la victoria de una parte del conflicto sobre la otra, la legitimidad de la una para juzgar los crímenes cometidos por la otra, y una gran eficacia del sistema de justicia para juzgar todos y cada uno de los crímenes cometidos antes de la transición (Uprimny y Lasso, 2004: 111-2).

5 *Nota de la compiladora:* A este respecto, ver también el capítulo de Iván Orozco en este libro.

En todos estos casos, lejos de poder reducirse al reconocimiento de la obligación de castigar a los responsables de crímenes tan aborrecibles como los cometidos en los regímenes previos a las transiciones, la cuestión fundamental se ha hallado en encontrar una solución viable políticamente que, sin dar lugar a la impunidad, sí haga posible alcanzar una paz y una reconciliación nacional durables.⁶ En esos contextos, la exigencia de justicia se ha visto entonces enfrentada a otros valores igualmente importantes y, como tal, ha adquirido un contenido y un alcance particulares. De ahí que el neologismo de JTr sea enteramente defendible, pues nombra una forma específica de justicia, caracterizada por aparecer en contextos excepcionales de transición y por tener la nada sencilla tarea de encontrar un punto medio entre los polos de justicia retributiva plena, por un lado, y de impunidad absoluta, por el otro.⁷

2. Historia y conceptualización de la justicia restaurativa

A pesar de la tendencia que en la actualidad existe a defender la aplicación del paradigma de JRe a procesos de JTr, los orígenes de un tipo de justicia y otro son muy disímiles. Así, mientras que la JTr surgió con el propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y de paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la JRe apareció como un paradigma alternativo a y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad.

En efecto, la JRe se enmarca dentro de un movimiento más amplio—y también relativamente reciente—de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas (Minow, 1998: 91-2; Teitel, 2003: 82), y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica (Ashworth, 2002: 578). En razón de lo anterior, la noción de JRe ostenta diversos significados, y se refiere a teorías y procesos plurales (Ashworth, 2002: 578). No obstante, en términos generales, la JRe se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar

6 *Nota de la compiladora:* Sobre este punto ver también la contribución de Leonardo Filippini y Lisa Magarrell en este libro.

7 Dentro de esos dos polos hay múltiples fórmulas transicionales posibles, que dependen de las relaciones de fuerza existentes entre los actores de la transición y de las posibilidades de compromiso que cada contexto demuestre. Por ello, ninguna de dichas fórmulas podría ser identificada como la única satisfactoria o como inmune a toda crítica, pues toda estrategia de JTr implica el sacrificio más o menos grande de alguno de los valores en tensión. He ahí el gran dilema que atraviesa a la JTr.

de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. En ese sentido, todos los autores y grupos que la defienden coinciden en propugnar que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor, y gire la atención hacia la víctima y el daño que le fue ocasionado (ver Minow, 1998; Gilman, 2003; Braithwaite, 2001; Zehr, 1990). Según estas visiones, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, repararle el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales.

Una perspectiva como ésta encuentra justificación en el hecho de que el castigo retributivo del ofensor es visto como insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica, pues no toma en cuenta los sufrimientos y las necesidades de la víctima, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad. En ese entender, el paradigma restaurador pretende centrarse en el futuro y no en el pasado y, al hacerlo, lejos de basarse en la evaluación de la culpa del ofensor, le otorga una importancia fundamental a la búsqueda de aquellos mecanismos a través de los cuales éste puede adquirir conciencia acerca del daño que causó, reconocer su responsabilidad e intentar reparar ese daño.

Entre tales mecanismos se encuentran todos los que se fundan en la participación de la comunidad y, en particular, en el diálogo entre los actores directamente involucrados en el crimen, es decir, entre los victimarios y sus víctimas. El ejemplo típico es el de la mediación entre víctima y ofensor (*victim-offender mediation*), consistente en que, con la participación de un mediador que facilite la comunicación entre ambos, aquélla y éste lleguen a un acuerdo sobre las mejores maneras de reparar el daño y, eventualmente, arriben a una reconciliación basada en la solicitud de perdón por parte del ofensor y en la concesión del mismo por parte de la víctima. Otros ejemplos de prácticas restaurativas son las juntas de reparación comunitarias (*community reparation boards*), los diálogos de grupos familiares (*family group conferences*) o los programas de restitución (*restitution programmes*) (ver Morris, 2002:597).⁸ Además de este tipo de mecanismos, la JRe prevé ciertos instrumentos adicionales, tales como la participación en trabajos comunitarios y en terapias psicológicas. Todos estos mecanismos, arguyen los defensores de la JRe, permiten responsabilizar de manera no retri-

⁸ En Nueva Zelanda, estos mecanismos de JRe han sido implementados con mayor amplitud que en la mayoría de países, como formas alternativas de responder al crimen ordinario, por lo que la experiencia de este país resulta bastante ilustrativa (ver, al respecto, Morris, 2002).

butiva al ofensor, de forma tal que éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado, sin verse obligado a ser castigado punitivamente.

Como lo demuestra el anterior razonamiento, la JRe fue ideada y ha sido normalmente utilizada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que suceden en una comunidad. No obstante, en una oportunidad este paradigma fue aplicado a un proceso transicional: aquél que le dio fin al régimen político del apartheid en Sudáfrica. A partir de entonces, y a pesar de los resultados mixtos que produjo y de las intensas críticas que ha recibido (ver Crocker, 2002; Wilson, 2002; Hamber, 2003), son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear la JRe como paradigma básico de la JTr (ver Minow, 1998; Tutu, 1999).

Según argumentan estos últimos, a través del diálogo entre víctimas y victimarios y de la concesión de perdón de aquéllas a éstos, las sociedades logran sanar las profundas heridas dejadas por los crímenes atroces cometidos en el periodo previo a la transición y, de esa manera, garantizan la estabilidad y durabilidad del orden social pacífico alcanzado. En ese entender, la JRe le otorga a la JTr un importante grado de legitimidad y, lo que es más importante, mantiene en ella la centralidad de los derechos humanos, pues si bien el derecho de las víctimas a la justicia es sacrificado de manera importante, lo es en pro de la garantía de los derechos de las mismas a la verdad y a la reparación. De acuerdo con esta perspectiva, entonces, la JTr debe concentrarse ante todo en el futuro (y no en el pasado) de la sociedad, lo que implica que a los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos con anterioridad se les debe aplicar, en lo posible, el perdón,⁹ pues sólo con base en éste es factible reconstituir los lazos sociales destruidos por la guerra o la dictadura.

A una posición como esa se oponen quienes, como nosotros, sin desconocer las inmensas cualidades y potencialidades de la JRe, consideramos que ésta puede perfectamente complementar a la JTr, pero nunca debería sustituirla. En efecto, la JTr tiene lugar en circunstancias políticas y sociales excepcionales y enfrenta crímenes que en ocasiones atentan contra el núcleo más básico de la dignidad del ser humano. Por el contrario, la JRe fue diseñada para enfrentar, en sociedades pacíficas, la criminalidad de pequeña escala. Así, mientras que para este tipo de casos es plausible concebir al perdón y al olvido como estrategias eficaces para superar el crimen, para los casos de violaciones masivas de derechos humanos, una fórmula basada exclusivamente en perdones "amnésicos" parece implausible jurídica y políticamente, y ciertamente cuestionable éticamente (Uprimny y Lasso, 2003: 112-5).

⁹ Según Teitel, para los defensores de este punto de vista, el derecho incorpora exigencias de misericordia y piedad (2003: 82). Ver también Minow (1998: 92).

De ahí que pueda decirse que, en razón de las especificidades de la JTr y de los complejos dilemas que la atraviesan, la JRe no es, por sí sola, un paradigma de justicia adecuado ni suficiente para enfrentarlos. De hecho, aún cuando muchos de sus mecanismos pueden resultar útiles para acompañar y mejorar el funcionamiento de los procesos de JTr, la JRe no puede reemplazar a estos últimos, pues no ofrece un equilibrio adecuado entre las exigencias contradictorias de justicia y paz que se le imponen a la JTr, ni parece suficiente para superar por sí sola los traumas sociales dejados por las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que ésta ha de enfrentar. Los siguientes párrafos documentan esta posición.

PERDÓN, REPARACIÓN Y TRANSICIÓN: LAS COMPLEMENTARIEDADES ENTRE JRE Y JTR

Si bien el presente documento defiende la tesis de acuerdo con la cual la JRe tiene una naturaleza y unas finalidades distintas de la JTr y no puede, por lo tanto, pretender sustituir a esta última, es claro también que la JRe puede complementar positivamente a la JTr de varias maneras. Son precisamente estas complementariedades, que señalaremos a continuación, las que muy probablemente han hecho que en muchas circunstancias ambas formas de justicia tiendan a ser unidas.

En un primer nivel, la JRe y la JTr presentan una preocupación similar, lo que conlleva a que entre las dos exista una complementariedad conceptual. De hecho, para ambos paradigmas de justicia el esquema de reconciliación reviste una importancia fundamental. Así, la JTr comparte con la JRe el ansia por superar el pasado y por mirar ante todo hacia adelante; en este caso para refundar el futuro de una sociedad entera sobre la base de unos lazos comunitarios fuertes. En esa medida, toda fórmula de JTr se orienta a buscar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, con la finalidad primordial de lograr una reconciliación democrática y una paz duradera. Esto explica la importancia que tiene la llamada "garantía de no repetición" en los análisis de JTr, según la cual, las negociaciones de paz deben fundarse en el propósito de evitar que los hechos atroces se repitan. Por ello, es posible afirmar que, en lugar de contradecirse, la JTr y la JRe se complementan en el plano conceptual.

Esta complementariedad conceptual se materializa, además, de dos maneras distintas en el nivel práctico de la JTr. Por un lado, con el fin de alcanzar efectivamente la paz y la reconciliación, la JTr admite en ciertos casos y bajo circunstancias determinadas la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces. La admisión de estos perdones puede ser crucial para el éxito de un proceso transicional, tanto por el hecho de que de la misma puede depender

que los actores armados decidan desmovilizarse, como porque la inclusión de dichos perdones en la fórmula de JTr puede aminorar los costos de esta última y reducir los problemas producidos por la ineficacia del sistema de justicia.

Por otro lado, como lo ha expuesto lúcidamente Iván Orozco, en ciertos contextos transicionales las herramientas de la JRe pueden ser útiles para llevar a cabo un proceso exitoso de JTr. Tal es el caso de las transiciones que tienen lugar luego de ciertas guerras civiles o conflictos armados que, por presentar formas de barbarie simétricas u horizontales en las que cada actor armado (y las bases sociales que lo apoyan) es a un mismo tiempo víctima y victimario de graves violaciones de derechos humanos, parecen admitir fórmulas restaurativas de JTr fundadas en perdones "recíprocos" entre los actores armados y sus bases. Según Orozco, en estos casos se estaría en realidad en presencia de una "doble transición" (2002).¹⁰

En un segundo nivel, la JRe y la JTr presentan complementariedades adicionales, en la medida en que a través de las herramientas de la JRe es posible efectuar un acompañamiento del proceso de JTr, que puede resultar muy necesario para su éxito. Así, por ejemplo, tal y como sucedió en Irlanda del Norte o como muy posiblemente ocurriría en Colombia si se lograra el desmonte total de los grupos paramilitares, para bien o para mal la desmovilización de los actores armados puede dejar grandes vacíos en el ejercicio del control social, pues los actores armados ejercían esas funciones. En ese orden de ideas, las herramientas de la JRe pueden resultar bastante útiles para enfrentar de manera no coercitiva las actividades delictivas que surjan como consecuencia de ese vacío y que, en razón de la precariedad de la justicia, no puedan ser enfrentadas por el sistema tradicional de justicia.¹¹ La JRe actuaría en estas situaciones como un complemento importante de la JTr que, lejos de pretender enfrentar los crímenes atroces cometidos con anterioridad a la transición, se encargaría de que ésta fuera estable y durable mediante el cubrimiento de los vacíos de justicia producidos por la transición y a través de la promoción de una cultura jurídica basada en el

10 Según Orozco, quien se basa en las tipologías de Terry Carl (sobre transiciones dobles y simples) y de Rajeev Bhargava (sobre la distinción entre barbaries simétricas y asimétricas), en las dictaduras estables, la violencia es asimétrica o vertical, pues el Estado no enfrenta la resistencia de un actor armado. No hay conflicto armado sino sólo represión. La transición es entonces "simple" pues busca pasar de la dictadura a la democracia. En las guerras internas, la violencia es más horizontalizada y, como los Estados que enfrentan un conflicto armado suelen ser autoritarios o dictatoriales, entonces la transición es "doble": de la guerra a la paz y del autoritarismo a la democracia. *Nota de la compiladora:* Ver también el argumento presentado por Iván Orozco en este libro.

11 Por eso, de acuerdo con Ashworth, en condiciones sociales difíciles, los mecanismos de la JRe se constituyen en respuestas al crimen que son, a un mismo tiempo, herramientas de control social (2002:580).

diálogo y en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.¹² Los mecanismos restauradores servirían para impedir el surgimiento de nuevos gérmenes de violencia, que pudieran poner en peligro la transición alcanzada por la JTr.

LOS LÍMITES DE LOS ENFOQUES RESTAURADORES EN LOS PROCESOS TRANSICIONALES

A pesar de las complementariedades arriba señaladas, en el plano conceptual, la JRe evidencia serios límites para poder servir de paradigma de justicia en un proceso de JTr cualquiera. Pero además, en razón de la naturaleza específica del conflicto colombiano, el enfoque restaurador resulta verdaderamente inconveniente para afrontar la transición por la que pasaría el país en caso de que prosperaran las negociaciones de paz con los grupos paramilitares y/o, eventualmente, con otros grupos alzados en armas. Finalmente, existen restricciones jurídicas que limitan la posibilidad de convertir en dominantes los enfoques restauradores en los procesos transicionales.

Por un lado, aunque la JRe y la JTr coinciden en el propósito genérico de la reconciliación, son muchas y muy importantes las diferencias conceptuales que existen entre ambas. En particular, cabe resaltar las muy diversas concepciones de reconciliación que puede tener cada una (Crocker, 2002). Para la JRe, la reconciliación implica necesariamente que todos los actores, víctimas y victimarios, estén absolutamente de acuerdo sobre la necesidad de perdonarse y vean en el restablecimiento de sus vínculos sociales y en la armonía entre unos y otros valores fundamentales. No obstante, como Crocker lo hace evidente, esta forma de comprender la reconciliación resulta muy exigente y bastante problemática cuando se la aplica a procesos de JTr.

En efecto, parece ciertamente difícil que, tras haber estado involucrados en actos tan atroces como lo son los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, todas las víctimas y victimarios estén dispuestos a instaurar entre ellos lazos estrechos de solidaridad y confianza. Así, por ejemplo, como lo ilustra Crocker, el lenguaje utilizado en Sudáfrica para propugnar por la JRe incluía la búsqueda de valores tan difíciles de alcanzar para quienes vivieron el apartheid como la amistad, la hospitalidad, la magnanimidad y la compasión, entre otros

¹² Por ejemplo, en Irlanda del Norte, el proceso de paz planteó el problema de cómo suplir el vacío de control social que podía provocar la desmovilización de los grupos armados ilegales, y en especial del IRA, que ejercían ciertas labores de control de la delincuencia en sus zonas de influencia. Una de las respuestas ha sido poner en marcha mecanismos de JRe de base comunitaria como formas alternativas a la violencia punitiva contra la delincuencia que desarrollaba el IRA (ver McEvoy y Mika, 2002).

(2002). Si bien es posible pensar que algunos de los actores de la transición estarían dispuestos a esforzarse—como efectivamente lo estuvieron muchas de las víctimas del apartheid—para materializar estos valores, no parece prácticamente plausible ni éticamente justificable que se imponga un nivel tan exigente de compromiso en pro de la reconciliación.

Dicho nivel de compromiso, que Crocker califica como una forma de reconciliación con un contenido “grueso” (2002), obedece a una visión comunitarista de la reconciliación, que presenta graves inconvenientes en una transición que busca tener un carácter democrático. De hecho, pretender que todos los que se vieron afectados por actos de violencia que atentaron contra la dignidad humana sean capaces de construir vínculos sociales estrechos con sus agresores implica excluir, marginar, deslegitimar el punto de vista de muchos. Esta visión “gruesa” de la reconciliación no admite discrepancias; todos debemos estar de acuerdo en que el perdón y el olvido son los mecanismos más loables para lograr la paz. Pero el problema radica en que es bien posible que, en realidad, no todos aceptemos esta forma de superar el conflicto previo como la más idónea. Y, en un ambiente democrático, deberíamos tener la posibilidad de expresar nuestras opiniones e insatisfacciones, de deliberar en torno a nuestras diferencias de perspectiva, sin necesidad de ser vistos como obstáculos indeseables para la reconciliación.

Así, siguiendo la terminología de Crocker, existe otra manera más “fina” de comprender la reconciliación fruto de un proceso transicional: aquella basada en la “reciprocidad democrática” (Crocker, 2002). Ésta implica que, sin necesidad de tener visiones idénticas, todos los miembros de la sociedad en transición sean capaces de reconocer a los demás (incluidos sus victimarios) como ciudadanos congéneres con la capacidad de deliberar en igualdad de condiciones y de tomar decisiones democráticas acerca del futuro de la sociedad. En este contexto, los actores políticos pueden decidir que la manera más adecuada de llevar a cabo la transición es a través del perdón y del establecimiento de lazos comunitarios fuertes, pero también pueden no hacerlo. Y, en cualquiera de los casos, la decisión sería legítima y parecería justa.

De las opuestas concepciones de reconciliación antes mencionadas surge también una diferencia fundamental entre la JRe y la JTr en lo que se refiere a la manera como cada una comprende y califica el castigo. Así, el concepto de reconciliación propio de la JRe conlleva a ver en el castigo algo indeseable y contrario al objetivo mismo de la reconciliación. Si ésta implica una armonía social basada en estrechos vínculos entre antiguas víctimas y victimarios logrados a través del diálogo y del perdón, entonces el castigo de los victimarios no hace sino impedir la consecución de esa armonía. El problema de las visiones restaurativas es, no obstante, que confunden el castigo con la venganza y que

ocultan las importantes funciones que el primero puede cumplir en un proceso transicional.

En efecto, por muy diversas razones, resulta inapropiado conceptualmente equiparar castigo y venganza, dadas las características de impersonalidad, proporcionalidad e individualidad propias del primero y ausentes en la segunda, y dadas las disímiles finalidades que uno y otro cumplen: retribución, reparación y verdad el castigo, y simple retaliación la venganza.¹³ Así, el castigo no tiene únicamente un carácter retributivo, pues promueve, a través del juzgamiento de los victimarios, los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad. Pero además, es fundamental reconocer que, en ciertos contextos, el carácter retributivo del castigo tiene una gran potencialidad (incluso superior a aquélla del perdón y el olvido) para alcanzar la reconciliación y para fundar sobre sí las bases de un orden democrático estable, en la medida en que establece, con mayor claridad, el reproche social frente a los comportamientos inaceptables de ciertos actores.

Por eso, en el paradigma de la JTr es posible dotar al castigo de los victimarios de un significado que, en vez de contraponerlo a la reconciliación, lo muestre como un elemento apropiado (incluso necesario) para alcanzarla. Como se dijo al principio de este escrito, la JTr enfrenta el difícil dilema de encontrar un equilibrio entre la tensión producida por las exigencias de justicia y paz. Los profundos traumas dejados por una guerra civil o por una dictadura hacen que muchos ciudadanos observen con inconformidad todas aquellas fórmulas transicionales que busquen darle un peso exclusivo a la paz. Así, es bien posible que la reconciliación nacional tenga un carácter más verdadero y durable si se encuentra precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aún cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente—en razón de las exigencias políticas de los actores armados para aceptar la transición—algunas formas de amnistía o de rebaja de penas. De hecho, si las víctimas de estos crímenes saben que éstos serán sancionados de alguna manera, tal vez se encuentren más dispuestas a reconciliarse con sus agresores, una vez hayan pagado por sus afrentas. En cambio, si sus reclamos de justicia son negados o ignorados, la posibilidad de que las víctimas sean incapaces de perdonar a sus victimarios, de abandonar sus deseos de venganza y de aceptar la legitimidad del nuevo orden instaurado aumenta considerablemente. Porque, como lo afirma Crocker, "(l)a justicia provee clausura; su ausencia no sólo deja heridas abiertas, sino que su misma negación restringe sal sobre ellas" (2002:527).

¹³ Para un análisis detallado de las diferencias entre castigo y venganza, ver Crocker (2002), quien a su vez se funda en el análisis de Nozick (1981).

A las anteriores consideraciones se aúna el hecho de que el castigo de los responsables de crímenes masivos impide que en el nuevo régimen creado por la transición surja una cultura de impunidad. El mensaje enviado con el castigo es, justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones. Además de propugnar por el respeto de estos derechos, un mensaje como éste busca, sobre todo, asegurar la garantía de no repetición, crucial para el verdadero éxito de un proceso transicional.¹⁴ De hecho, cualquiera que sea la fórmula de JTr escogida, es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social, que deje atrás de manera definitiva el anterior estado de cosas y que garantice que los actos atroces perpetrados antes de la transición no volverán nunca a cometerse. La garantía de no repetición está entonces en el corazón de la JTr. Es la promesa creíble de que no habrá víctimas futuras lo que permite flexibilizar el castigo de esos crímenes en los procesos de transición. Pero precisamente para que esa promesa sea creíble, una dosis proporcionada de retribución y castigo parece ineludible, por las funciones de prevención general, positiva y negativa, que el derecho penal contemporáneo—o al menos algunas de sus corrientes—reconoce a la pena.¹⁵ El castigo de los crímenes de lesa humanidad, y la amenaza futura del mismo, pueden tener un efecto de carácter preventivo en contra de las violaciones de derechos humanos, en el sentido tanto de desincentivar la repetición de esas conductas por parte de los victimarios—en razón de su temor al castigo—como de reforzar la adhesión ciudadana a los valores democráticos e impedir que el sentimiento de rabia e injusticia producido por la impunidad cause en las víctimas ansias de vengarse a través de actos de esa naturaleza.

¹⁴ Fue la ausencia de esta garantía la que produjo el fracaso de la transición promovida por la ONU en Sierra Leona en 1999. De hecho, basada en la concesión de una amnistía general al insurgente Foday Zanco y a otros miembros de la cúpula del grupo rebelde, responsables de numerosos crímenes atroces, dicha transición no duró más que unos meses. La misma fue abruptamente interrumpida por los amnistiados, que aprovecharon el colapso del gobierno para incurrir en una nueva masacre de civiles y en la toma de 500 funcionarios de la ONU como rehenes (Crocker, 2002). Esto llevó finalmente a la puesta en marcha de un tribunal penal internacional para Sierra Leona.

¹⁵ Para una explicación de estas nociones, ver Ferrajoli (1995:262 y ss). Así, fuera del eventual fin retributivo de la pena, la teoría penal debate sobre cuatro posibles funciones preventivas del castigo. De un lado están las doctrinas preventivas especiales, que están dirigidas al infractor a fin de evitar su reincidencia y que pueden ser (i) negativas, si pretenden simplemente neutralizarlo, o (ii) positivas, si buscan su resocialización o corrección. De otro lado están las doctrinas de la prevención general, según las cuales la pena está dirigida al conjunto de ciudadanos a fin de que no delincan, ya sea por el efecto disuasivo del castigo, que constituye (iii) la teoría de la prevención general negativa, o por la función de la pena en la reafirmación de la cohesión social y la adhesión de los ciudadanos a ciertos valores, que corresponde a (iv) la doctrina de la prevención general positiva. Además de las anteriores, Ferrajoli menciona otra función preventiva de la sanción penal, a veces olvidada: la prevención de las venganzas y de las penas informales y descontroladas.

Es cierto que hoy es todavía difícil llegar a conclusiones empíricamente claras sobre los potenciales efectos preventivos del castigo de los crímenes de lesa humanidad, por una razón bastante simple: hasta muy recientemente, la regla práctica en Colombia y en el resto del mundo era que esos crímenes no eran sancionados. Así lo demuestran las amnistías generales aplicadas en nuestro país y en otros países latinoamericanos hace pocas décadas, y así lo demuestra también el hecho de que los Tribunales de Nuremberg, Ruanda y Yugoslavia hayan sido eventos esporádicos, que de ninguna manera crearon una práctica internacional en favor de la punición de las violaciones masivas de derechos humanos. No tenemos entonces evidencias empíricas sólidas de qué sucedería si esos actos atroces fueran sistemáticamente castigados. Sin embargo, no parece irrazonable asociar, al menos parcialmente, la recurrencia de dichos actos justamente a la ausencia de una tradición nacional o internacional de castigo de los mismos. Así, anteriormente, muchos victimarios podían conjeturar que escaparían al castigo, lo cual favorecía la comisión de crímenes atroces. Muchas víctimas, al no encontrar justicia, podían a su vez tornarse en victimarios. Y la sociedad no encontraba en los procesos transicionales, caracterizados por el olvido y el perdón totales, un espacio para manifestar su condena de esas atrocidades y su adhesión a ciertos principios democráticos fundamentales. Por el contrario, si se consolida una tendencia universal, o al menos en un país determinado, de que los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad no quedan impunes, ni siquiera dentro de las transiciones negociadas, entonces la lógica podría invertirse; la alta probabilidad del castigo disuadiría, las víctimas no ansiarían venganza pues habría justicia, y la sociedad reforzaría su adhesión a los derechos humanos.

Adicionalmente, el castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad facilita el surgimiento de un ambiente generalizado de respeto por las instituciones democráticas creadas en la transición, en tanto que traza una clara distinción entre el régimen anterior—caracterizado por la injusticia y la atrocidad—y el nuevo orden—fundado en la justicia y en la protección de los derechos humanos. De esa manera, el castigo deja en claro que los derechos humanos no son simples herramientas discursivas utilizadas para legitimar el proceso transicional, sino que su respeto es exigible y su violación sancionable indefectiblemente. Y así, a través de la transición no sólo se logra la superación de la guerra o de la tiranía, sino la promoción de un proyecto transformador del Estado de derecho, encaminado a comprometerlo, desde su origen mismo, con la garantía de los derechos humanos (ver Wilson, 2002).¹⁶

¹⁶ De acuerdo con Wilson, fue éste, precisamente, el límite que tuvo la transición sudafricana. Según este autor, dado que la exigencia de castigar a los responsables de crímenes atroces fue sacrificada en favor

Por otro lado, además de los argumentos antes esgrimidos, es relevante decir algunas palabras acerca de las razones por las cuales la aplicación del paradigma de JRe a un eventual proceso de JTr en Colombia no parece conveniente de ninguna manera. Estas razones hacen referencia a las características particulares del conflicto colombiano y, en particular, a la naturaleza específica que ha tenido la violencia a su interior. En efecto, a diferencia de lo que sostiene Iván Orozco, en nuestro parecer, la transición por la cual pasaría la sociedad colombiana tras darle un fin parcial o total al conflicto armado no encajaría en el modelo de “doble transición” basado en perdones recíprocos expuesto por el autor. Y esto por varias razones:

Primero, en Colombia, en lugar de formas de victimización simétrica u horizontal de los diversos actores armados y sus bases sociales de apoyo, el conflicto produce una victimización múltiple de la sociedad civil por parte de los actores armados. De hecho, la guerra colombiana no se caracteriza por una movilización ciudadana masiva a favor o en contra de los actores armados. La sociedad civil no apoya activamente a uno u otro bando, sino que sufre indiscriminadamente los ataques de todos. Así, un modelo de JTr fundado en los perdones recíprocos que se otorgarían entre sí los distintos actores armados excluiría la posibilidad de que la sociedad civil participara en la concesión (o incluso en la negación) de tales perdones y, en consecuencia, tendría un alcance político limitado y sería éticamente muy cuestionable.¹⁷

Segundo, la violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado de tal manera por su masividad y sistematicidad, que hasta la relativamente sencilla tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos de concesión de perdones recíprocos se torna altamente compleja. En efecto, la naturaleza del conflicto hace bastante difícil saber qué actores habrían de pedir perdón y qué actores tendrían la facultad de concederlo.¹⁸

Tercero, los crímenes contra la dignidad humana que han sido cometidos a lo largo del conflicto armado son actos abominables e imperdonables. Por eso, al interior de un proceso transicional como aquél por el que podría pasar Colombia, con algunas excepciones, el castigo se hace exigible, no sólo porque produciría la condena pública de tales comportamientos, sino porque el nuevo orden social y democrático que se construiría a través de la transición implicaría la

de la exigencia de verdad, los derechos humanos fueron reducidos al lenguaje del compromiso político y de la reconstrucción de la nación, y así, su empleo en el proceso transicional no tuvo como consecuencia la creación de una nueva cultura jurídica basada en el respeto de esos derechos. De ahí que, siguiendo a Wilson, el índice de criminalidad haya aumentado en Sudáfrica desde la transición (2002).

¹⁷ Nota de la compiladora: Sobre este punto, ver también la contribución de Iván Cepeda a este libro.

¹⁸ Nota de la compiladora: Sobre este punto, ver también el capítulo de Adolfo Chaparro en este libro.

total exclusión de los mismos y encontraría en el respeto de los derechos humanos su fundamento básico.

Cuarto, el empleo de mecanismos propios de la JRe podría tener resultados contraproducentes en el país en términos del objetivo de la reconciliación nacional. De hecho, la verdad del conflicto armado es todavía ignorada por los miembros de la sociedad, que aún no compartimos un relato común acerca de nuestro pasado. Así, mientras que para algunos la reconciliación nacional es el objetivo preponderante de la transición, para otros, a dicho objetivo deben sumarse también las importantes exigencias de justicia y verdad. En ese entender, de escogerse el paradigma restaurativo, estos últimos sectores de la sociedad podrían ser reprochados por los defensores de la reconciliación en razón de obstaculizarla con sus reclamos, y terminarían por ser silenciados. Una situación como ésa no sólo haría de los mecanismos de la JRe instrumentos de impunidad, sino que podría incubar gérmenes de resentimiento y violencia por parte de los silenciados, que pondrían en serio peligro la durabilidad de la reconciliación alcanzada.

Finalmente, pero no por ello menos importante, existen razones jurídicas que restan fundamento a la idea de que la JRe pueda ser el esquema dominante para hacer frente a las graves violaciones de los derechos humanos en los procesos transicionales y son las que se refieren al estado actual del derecho internacional. Hoy, a pesar de ciertas controversias, parece claro que los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de sancionar las violaciones de los mismos limitan las posibilidades de perdón de las más graves violaciones a los derechos humanos. Por ello, el perdón de los crímenes atroces es no sólo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional, la cual tiene competencia para asumir casos de personas enjuiciadas internamente cuando “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 competencia de la Corte” (artículo 17. 2.a. del Estatuto de Roma).¹⁹ Es claro que una amnistía de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra queda incluida en esa hipótesis. Eso no significa que todos los crímenes amnistiados sean competencia de la Corte, pues los efectos del tratado de Roma no son retroactivos y Colombia introdujo la salvedad de excluir de la competencia de la Corte los crímenes de guerra por siete años. Pero esto muestra la fragilidad jurídica y política de un proceso de paz fundado en las premisas de perdón general, pues no sólo el Tribunal Penal Internacional podría intervenir en muchos asuntos sino que, además, otros casos podrían ser investigados por jueces de otros países, en aplicación del principio de jurisdicción universal, que cubre

¹⁹ Nota de la compiladora: Sobre este punto, ver también la contribución de Carsten Stahn a este libro.

muchos de esos crímenes internacionales como el genocidio, la tortura o la desaparición forzada, y en virtud del cual esos comportamientos pueden ser juzgados y sancionados por cualquier Estado, en nombre de la comunidad internacional.

Por todas las anteriores razones, parece apropiado concluir que en los procesos de JTr en general, y en aquéllos que hayan de llevarse a cabo en Colombia en particular, el castigo de crímenes atroces juega un papel crucial, que refuerza (en lugar de contradecir) el objetivo de reconciliación nacional. De ahí que no parezca conveniente, por razones tanto teóricas como prácticas, que los mecanismos de JRe sustituyan a la JTr, y en especial, a la función retributiva propia de ésta. Ello no significa, como se verá a continuación, que el perdón de los responsables de violaciones de derechos humanos no sea admisible bajo ninguna circunstancia, ni tampoco que las herramientas restaurativas no puedan cumplir un rol importante de complementariedad y acompañamiento en los procesos de JTr.

CONCLUSIONES: LA POSIBILIDAD DE PERDONES, PERO PROPORCIONADOS Y “RESPONSABILIZANTES”

La línea de razonamiento trazada en este documento lleva a concluir que la individualización y el castigo de los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad resultan importantes para el éxito de un proceso de JTr y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la JRe no puede ser el imperante en estos contextos. El perdón de los victimarios no puede ser, como lo pretende el paradigma restaurativo, la regla general de un proceso transicional. Y esto porque, recordemos, la JTr enfrenta precisamente el complejo dilema de encontrar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, equilibrio que como es evidente no se alcanza si una de esas exigencias es privilegiada de manera absoluta sobre la otra.

En ese orden de ideas, así como el extremo del perdón general de los crímenes atroces es inviable como fórmula de JTr, así también lo es el extremo opuesto, consistente en la punición absoluta e inflexible de dichos crímenes. De hecho, esta fórmula hace caso omiso de las importantes restricciones que, en la práctica, puede imponer el contexto político de la transición a las fórmulas transicionales excesivamente exigentes en cuanto al imperativo de justicia.

Es en razón de lo anterior que es pertinente reiterar una vez más la tesis según la cual los procesos transicionales en general, y en especial aquéllos que tengan lugar en Colombia, deben enmarcarse dentro de un modelo de JTr fundado en perdones “responsabilizantes” (Uprimny y Lasso, 2004; ver también, Uprimny, 2005a y Uprimny, 2005b). De acuerdo con este modelo, la concesión

de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre regida por el principio de proporcionalidad. Lo anterior significa que el perdón de estos crímenes procede exclusivamente cuando se muestra como el único medio existente para alcanzar los logros de la paz y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los crímenes, al nivel de mando del victimario y a las contribuciones que éste haga a la justicia.

De esa forma, dentro del esquema basado en “perdones responsabilizantes”, la concesión de indultos a quienes hayan participado en el conflicto en calidad de combatientes es plenamente posible, inclusive cuando se trata de ciertas infracciones menores al derecho internacional humanitario. En cambio, el perdón total de graves crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad queda en principio excluido. Ante estos casos sólo procedería la concesión de perdones parciales, tales como la disminución de la sentencia o la concesión de subrogados penales, la cual estaría siempre condicionada a una contribución efectiva del victimario a la verdad, la paz y la reparación, que se concretaría en la confesión plena de los comportamientos respecto de los cuales el victimario pretende el perdón parcial. De todas formas, el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad sería siempre exigido, en el entendido de que no parece admisible ética, jurídica ni políticamente que los responsables de crímenes atroces puedan recibir una amnistía total, o puedan simplemente reemplazar el castigo con penas alternativas. Una situación como ésta, ya lo vimos, parece dificultar las condiciones de posibilidad de una reconciliación nacional en el largo plazo.

Ahora bien, parecería deseable que el esquema de perdones “responsabilizantes” se viera en lo posible complementado por mecanismos propios de la JRe que, siendo adicionales al castigo, pudieran responsabilizar a los victimarios ante la sociedad, e hicieran posible el esclarecimiento de la verdad del conflicto y la reparación de las víctimas. Además de la implementación de estos mecanismos restaurativos en el proceso de JTr, sería también deseable que la JRe hiciera un acompañamiento de la transición en aquellos sectores sociales afectados por la ausencia de control social dejada por la finalización del conflicto.

Así las cosas, el modelo de JTr basado en perdones “responsabilizantes” hace posible la consecución de un equilibrio adecuado entre las exigencias de paz y justicia. En efecto, dicho modelo contempla el castigo de los crímenes atroces como regla general, pero admite excepcionalmente el perdón “responsabilizante” de estos últimos, siempre y cuando el mismo sea necesario para la consecución de la paz y tenga un carácter proporcional. Adicionalmente, el modelo fundado en perdones “responsabilizantes” es del todo compatible con las exigencias impuestas por el derecho internacional en esta materia y, por tanto, pare-

cería estar “blindado” jurídicamente.²⁰ Por último, este modelo de JTr parece adecuarse plenamente a las particularidades y restricciones impuestas por el contexto colombiano.

REFERENCIAS

- Ashworth, A. (2002). “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 578-95.
- Braithwaite, J. (2001). *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press.
- Crocker, D.A. (2002). “Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation”, *Buffalo Criminal Law Review*, No.5, pp. 509-49.
- Ferrajoli, L. (1995). *Razón y derecho*, Madrid: Trotta.
- Gilman, E. (2003). “What is Restorative Justice?” En: www.sfu.ca/cfrj/fulltext/gilman.pdf
- Hamber, B. (2003). “Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland”, *Fordham International Law Journal*, No.26, pp.1074-94.
- McEvoy, K., Mika, H. (2002). “Restorative Justice and the Critique of Informalism in Northern Ireland”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 534-62.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston: Beacon Press.
- Morris, A. “Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 42, No. 3, pp. 596-615.
- Nozick, R. (1981). *Philosophical Explanations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Orozco, I. (2002). “La posguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación”, *Análisis Político*, No. 46, pp. 78-99.
- Teitel, R. (2003). “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, No. 16, pp. 69-94.
- Tutu, D.M. (1999). *No Future Without Forgiveness*, Nueva York: Doubleday.
- Uprimny, R. y L.M. Lasso. (2004). “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”, en Fundación Social, FESCOL, Embajada de Alemania (eds.), *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Bogotá: Editorial Gente Nueva.

20 De hecho, es muy poco probable que los perdones concedidos en el marco de transiciones basadas en perdones “responsabilizantes” sean sometidos a la consideración del Tribunal Penal Internacional o de jueces de otros países (en virtud del principio de jurisdicción universal), porque las decisiones de concederlos no se derivan de la incapacidad del Estado para perseguir los crímenes atroces o de su intención de dejarlos en la impunidad, sino por el contrario de la necesidad de equilibrar la tensión entre las exigencias de justicia y paz.

- Uprimny, R. (2005a). "¿Justicia transicional sin conflicto, sin transición y sin verdad? Consensos y disensos en torno al proyecto de ley de verdad, justicia y reparación", *Hechos del callejón*, Bogotá: PNUD. En prensa.
- . (2005b). "Justicia transicional en Colombia: Algunas herramientas conceptuales para el análisis del caso colombiano", *Revista Foro*. En prensa.
- Wilson, R. (2002). "Challenging Restorative Justice", *Human Rights Dialogue*, No. 7. En: www.cceia.org/viewMedia.php/prmID/246.
- Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press.

Capítulo 8

LA FUNCIÓN CRÍTICA DEL 'PERDÓN SIN SOBERANÍA' EN PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Adolfo Chaparro Amaya*

RESUMEN

Muchos procesos de justicia transicional se hacen en medio de situaciones de excepcionalidad jurídica que otorgan un exceso de soberanía a la figura del ejecutivo. Aunque en medio de fuertes presiones jurídicas y políticas, tanto a nivel interno como a nivel internacional, ese es el caso del presidente Álvaro Uribe frente al conflicto armado en Colombia. La primera parte de este texto plantea una instancia no soberana de la acción política y, en particular, la posibilidad de concebir un 'perdón sin soberanía' de parte de las víctimas—esto es, un perdón no jurídico, en principio secreto y personal, indelegable e incondicionado respecto de los procesos políticos—que permita deconstruir los fundamentos de la soberanía presidencial para perdonar a los victimarios y que otorgue legitimidad a las víctimas en la iniciativa para orientar los procesos de desmovilización hacia un verdadero proceso de reconciliación. En la segunda parte, se mide la eficacia crítica de ese perdón sin soberanía en la definición de una política de verdad, justicia y reparación aplicada a la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Aunque en forma incipiente todavía, del análisis de esas tensiones entre el perdón soberano y el perdón sin soberanía se puede deducir un esquema deliberativo aplicable a procesos de justicia transicional.

En el año 2001, con el pretexto de una entrevista que concediera Jacques Derrida (1999) a *Le Monde des Débats* sobre las consecuencias políticas y morales del perdón de lo imperdonable en procesos de reconciliación, filósofos, investigadores y especialistas en el conflicto armado en Colombia aceptaron la invitación de la Universidad del Rosario para pensar el perdón como una condición previa a las negociaciones de paz, o simplemente como una opción que pudiera am-

* Doctor en Filosofía, miembro del Grupo Estudios sobre Identidad, profesor asociado de la Escuela de Ciencias Humanas, Universidad del Rosario.