

Justicia transicional: la relación Derecho-Poder en los momentos de transición*

Transitional Justice: The relationship between law and power in times of transition

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.45.7978>

Adelaida María Ibarra Padilla**

Universidad de los Andes (Colombia)

* Este artículo corresponde a un resultado parcial del trabajo de investigación que está realizando la autora en el marco del doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

** Magíster en Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). Magíster en Administración, Universität Leuphana Lüneburg, Alemania. Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

Correspondencia: Cra. 1 n° 18A- 12, Bloque RGC Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá (Colombia). am.ibarra10@uniandes.edu.co.

REVISTA DE DERECHO

N.º 45, Barranquilla, 2016

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Las diferentes manifestaciones de la justicia transicional están dadas por la relación existente entre esta y el poder de los actores enfrentados en períodos de tránsito de la guerra a la paz o de la dictadura a la democracia. Estas relaciones de poder determinan que la justicia transicional se constituya en un instrumento del poder, un reflejo del poder o un límite al poder. ¿Cuáles han sido las relaciones existentes entre justicia transicional y poder desde el Tribunal de Núremberg hasta la Corte Penal Internacional?, es la pregunta de la que se ocupa este artículo. Como respuesta a dicha inquietud se encuentra que debido a los requerimientos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, la justicia transicional ha ido evolucionando: de ser un instrumento del poder se ha convertido en un límite del mismo y una herramienta para la construcción de una paz sostenible.

Palabras clave: justicia transicional, límite al poder, construcción de paz, justicia restaurativa, justicia retributiva, reconciliación, garantía de no repetición.

Abstract

The different manifestations of transitional justice are given by the relationship between it and the power of actors confronted in transition periods from war to peace, or from dictatorship to democracy. These power relations determine whether transitional justice constitutes an instrument of power, a reflection of power or a limit to power. Which have been the relations between transitional justice and power since the Nuremberg Tribunal to the International Criminal Court?, is the question that this article addresses. In response to this concern, it was found that due to the requirements of International Human Rights Law and International Criminal Law, transitional justice has evolved from being an instrument of power to becoming a limit of it and a tool for building sustainable peace.

Keywords: transitional justice, limit to power, peace building, restorative justice, retributive justice, reconciliation, guarantee of non-repetition.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 19 de agosto de 2015

INTRODUCCIÓN

Los países que atraviesan por conflictos armados internos o guerras encuentran en la justicia transicional una herramienta importante para la construcción de la paz y la reconciliación. La justicia transicional no presenta una única forma sino que se manifiesta de diversas maneras de acuerdo con las condiciones específicas de cada conflicto, de cada país y de cada momento histórico. La cultura, la fuerza de los poderes enfrentados, los intereses económicos tras el conflicto y las exigencias internacionales en materia de derechos humanos son algunos de los factores que influyen en las características concretas de cada proceso de justicia transicional.

La justicia transicional ha ido evolucionando: ha pasado de ser una herramienta del poder para convertirse en un límite al poder. De su primera fase en los Tribunales de Núremberg y Tokio, donde se trataba de la justicia de los vencedores, pasó a ser en su segunda fase, en los procesos transicionales de América Latina y Sudáfrica, el reflejo de la lucha de poder. En su tercera fase está en vías de convertirse no solo en un freno al poder sino también una herramienta de construcción de una paz duradera.

Este trabajo está dividido en tres partes: en la primera se exponen las nociones generales de la justicia transicional, tales como definición, genealogía y clasificación de los procesos de transición; en la segunda se analizan las tensiones internas de los procesos transicionales, tales como la tensión entre lo contingente y lo estatuido, pasado y futuro, y entre justicia y paz; la tercera aborda las diferentes relaciones que adopta la justicia transicional con el poder. Por último se presentan las conclusiones.

INTERROGANTE Y JUSTIFICACIÓN

Este artículo busca dar respuesta al interrogante ¿cuáles han sido las relaciones existentes entre justicia transicional y el poder desde el Tribunal de Núremberg hasta la Corte Penal Internacional? Este interrogante obedece a la necesidad de conocer cuáles son los elementos

políticos y luchas de poder que se encuentran detrás de las diferentes manifestaciones que ha adoptado la justicia transicional a lo largo de su historia. Para dar respuesta al mismo planteo la hipótesis de que las relaciones de justicia transicional con el poder se han ido dando de forma evolutiva, partiendo de ser un instrumento del poder, pasando por ser un reflejo del poder hasta llegar a convertirse actualmente en un límite al poder.

METODOLOGÍA

Metodológicamente, la primera parte de este trabajo consistió en una revisión de la literatura acerca de los aspectos generales de la justicia transicional. De las fuentes secundarias analizadas se extrajeron las características comunes a todo proceso de justicia transicional con independencia de las circunstancias históricas y materiales en que aquellos tuvieron lugar. Asimismo, se realizó un breve recuento de la evolución histórica de la justicia transicional. Por último se establecieron las principales formas de clasificación de los procesos de justicia transicional planteadas por la doctrina.

En la segunda parte de este artículo se plantean las diferentes tensiones que existen en la justicia transicional, para lo cual se analizaron varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana. En la tercera parte se elaboró una nueva clasificación de los procesos de justicia transicional según su relación con el poder, atendiendo a los siguientes criterios: I) *Justicia transicional como instrumento del poder*: Esta categoría se empleó para aquellos procesos transicionales en los que el vencedor es el encargado de impartir justicia al vencido mientras sus propios crímenes quedan impunes. O donde, pese al cambio de régimen, los agentes del Gobierno autoritario predecesor continúan con suficiente poder en el Gobierno sucesor para impedir el castigo de sus crímenes. II) *Justicia transicional como reflejo del poder*: Esta categoría se asignó a aquellos procesos de justicia transicional que son producto de una negociación entre actores armados. Aquí las partes en conflicto se conceden amnistías mutuas por los crímenes cometidos sin atender a requerimientos de verdad o reparación a las víctimas. Y III) *Justicia transicional como*

límite al poder: Corresponden a esta categoría los procesos de transición que están sujetos a los más altos estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: a) no existen amnistías por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra; b) el encargado de impartir justicia es un tribunal imparcial, ya sea nacional o internacional, y con el respeto a los principios de legalidad y debido proceso; c) existen comisiones de la verdad; d) cuentan con mecanismos de reparación material y simbólica de las víctimas; e) se adoptan medidas para garantizar la no repetición.

Una vez establecidos estos criterios se procedió a hacer una relación de los más destacados procesos de justicia transicional que se han realizado en el mundo desde los juicios de posguerra hasta el momento, y fueron categorizados según si cumplían o no con los criterios que hemos señalados.

NOCIONES GENERALES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Definición y características de justicia transicional

Teilel (2003) define la justicia transicional como “la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tiene el objeto de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes opresores”. Definición que se queda corta porque se limita al aspecto del castigo.

Las Naciones Unidas (2004) han definido la justicia transicional de una manera más comprehensiva, que incluye además del castigo elementos de justicia restaurativa como la verdad, la reparación y la reforma institucional:

... toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella), así como

abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (p.6)

Por su parte, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (2015) define la justicia transicional como

el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.

En Colombia, la Ley 1448 de 2011, también denominada “Ley de víctimas”, en su artículo 8º define la justicia transicional de la siguiente manera:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

De acuerdo con lo anterior, los principales elementos de la justicia transicional actual son: i) un compendio de mecanismos judiciales y extrajudiciales excepcionales y transitorios; ii) se provee en el tránsito de una sociedad autoritaria a una sociedad democrática o a la finalización de un conflicto armado; iii) su finalidad es garantizar los derechos a la justicia, la verdad, la reparación integral a las víctimas y la no repetición.

Conforme a Grasa y Mateos (2014, pp. 40-41), la justicia transicional es una de las cuatro dimensiones de la construcción de paz, junto con la seguridad y gobernanza; la democratización y participación política;

y la recuperación socioeconómica o liberación socioeconómica donde no exista.

En este trabajo se entiende por “justicia transicional” una herramienta para la reconciliación y la construcción de paz consistente en diferentes mecanismos judiciales y extrajudiciales excepcionales y transitorios orientados a la investigación, juzgamiento y sanción de los principales perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el marco de un conflicto armado, y que incluye además el derecho de las víctimas a conocer la verdad, a una reparación por daño físico y moral, a la memoria y, sobre todo, a la garantía de no repetición.

Fases de la justicia transicional

Teitel propone una genealogía de la justicia transicional estructurada de acuerdo con ciclos críticos, que divide en tres fases. La fase I corresponde a la posguerra, inicia en 1945 y culmina con la Guerra Fría. Esta etapa se caracterizó por la cooperación internacional y los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales. La fase II está asociada con un período de acelerada democratización y fragmentación política. Esta etapa se caracterizó por una justicia más local en contraposición a una concepción de justicia asociada con la política transnacional. Y la tercera fase surgió a finales del siglo XX y se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional asociado con la globalización y tipificado por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política. En esta fase contemporánea la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria, construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes (Teitel, 2003, pp. 3-9).

La política de justicia de la fase I se orientó hacia el castigo de las violaciones a los derechos humanos. El Tribunal Internacional Militar de Núremberg, a diferencia de otros procesos transicionales llevados a cabo por regímenes sucesores, se caracterizó por ser dirigido por un conjunto de potencias internacionales y no por un gobierno interno posterior. Por otro lado, los cargos proferidos en la acusación fueron

de carácter híbrido. Se trató de una acusación que mezcla aspectos relacionados con crímenes de guerra y se crea el concepto de *crímenes contra la humanidad*.

En la fase II los dilemas inherentes a períodos de cambio político aumentaron la tensión entre castigo y amnistía. Como lo describe Teitel (2003), “El movimiento por la verdad y la reconciliación tendió a evitar juicios y, en cambio, apuntó a ir más allá de nociones legales de culpa y responsabilidad. Contribuyó a una verdadera teología política” (p. 15). En esta fase lo justo y equitativo en circunstancias políticas extraordinarias fue determinado desde la posición transicional en sí¹. En esta fase muchos de los actores y las instituciones relevantes estaban fuera del dominio del derecho y la política, tales como iglesias, ONG y grupos defensores de los derechos humanos que incorporaron una amplia gama de alternativas en la resolución de conflictos. Corresponden a esta fase la caída de los regímenes militares en Suramérica y las transiciones post-1989 en Europa del Este, África y Centroamérica.

Los dilemas transicionales en juego en la fase II se enmarcaron en términos más abarcadores que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades al régimen predecesor, e incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar diversos valores de un estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación, los que habían sido tratados previamente en gran medida como externos al proyecto de justicia transicional. (Teitel, 2003, p. 10)

Para resumir, esta segunda fase sacrificó el objetivo de la justicia por el de la paz. Se abandonó la idea de juicios penales asociados con la justicia internacional por la de una justicia amparada en la teoría del perdón. La justicia transicional se apartó del discurso normativo y se apoyó en un discurso moral y religioso que favorecía la amnistía como camino a la reconciliación.

¹ Según Teitel (2003), “El intento de hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal, a menudo generó dilemas propios del Estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento a proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía” (p. 9).

La tercera fase inició en los años 90 con la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* para la exYugoslavia y Ruanda, basados en el capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas y previa votación favorable del Consejo de Seguridad. En esta fase la justicia transicional da un giro hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es un retorno a la justicia retributiva, al juzgamiento y castigo de los principales responsables, a la idea de que no es posible construir paz con impunidad. No obstante, no se queda allí y también contempla medidas de justicia restaurativa. En este último aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel muy importante al sostener que la verdad constituye parte fundamental de la reparación e incorporar en sus fallos medidas conducentes a la garantía de no repetición². Finalmente, en esta fase se crea la Corte Penal Internacional de carácter permanente, que entró en vigor el 1° de julio de 2002. El Estatuto de Roma de 1998 representa la materialización del límite a la justicia transicional al incorporar un modelo legal que permite a la comunidad internacional, representada en la CPI, atendiendo el principio de complementariedad, investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos (Teitel, 2003, p. 22)³.

Clasificación de los procesos de justicia transicional

Los procesos transicionales han sido clasificados por la doctrina principalmente según el mayor o menor peso que otorgan al castigo de los victimarios y a las garantías de los derechos de las víctimas. En función de la manera como han resuelto las tensiones entre justicia y paz, los procesos transicionales pueden ser clasificados en cuatro tipos básicos: i) perdones amnésicos, ii) perdones compensadores, iii)

² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre; y Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio.

³ Rúa (2015, p.72) analiza la justicia transicional en Colombia desde tres momentos: el primero, de la esquizofrenia a la razón, se refiere a la convulsa relación entre paramilitares y algunos sectores del establecimiento político y militar que finalizó con Ley de Justicia y Paz; el segundo corresponde al reconocimiento de la existencia del conflicto armado interno por parte del legislador colombiano con la Ley 1448 de 2011, así como la resignificación del rol de las víctimas; y el tercer momento se refiere a la constitucionalización de la justicia transicional con el Marco Jurídico para la Paz.

perdones responsabilizantes y iv) transiciones punitivas. Los perdones amnésicos no contemplan el esclarecimiento de la verdad o la reparación de las víctimas. Los perdones compensadores van acompañados de la implementación de comisiones de la verdad y algunas medidas de reparación de las víctimas. Los perdones responsabilizantes conllevan el establecimiento de una comisión de la verdad, la exigencia de confesión total de crímenes atroces, algunas reparaciones y otorgamiento de perdones individuales. Las transiciones punitivas conllevan el establecimiento de tribunales *ad hoc* para castigar a los principales responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad (Uprimny et al., 2006, p. 23).

En relación con la fórmula de transición adoptada, los procesos transicionales pueden ser catalogados de la siguiente manera: i) justicia impuesta, ii) autoamnistías, iii) perdones recíprocos y iv) transiciones democráticamente legitimadas. La justicia impuesta es aquella establecida por la parte victoriosa en un conflicto. En las autoamnistías los dirigentes de regímenes autoritarios se otorgan a sí mismos amnistías para permitir la transición. En los procesos de perdones recíprocos, los actores armados, como consecuencia de un acuerdo de paz, se perdonan mutuamente sus crímenes. Y en las transiciones democráticamente legitimadas, las negociaciones de paz son sometidas a consulta ciudadana (Uprimny et al., 2006, p. 33).

Grasa y Mateos (2014, p. 49) clasifican los procesos transicionales de acuerdo con sus enfoques de reconciliación en justicia reparadora o retributiva. De manera que las Comisiones de la verdad y reconciliación como las de Sudáfrica, Liberia, Perú o Guatemala, donde la apuesta por la reconciliación se hizo a través de la verdad, el diálogo y la reparación, sin implicar necesariamente medidas punitivas, constituyen un ejemplo de justicia transicional reparadora. Por otro lado, los tribunales especiales como los de la antigua región de los Balcanes, la República Democrática del Congo, Camboya o Sierra Leona, que buscan la reconciliación a partir del castigo a los perpetradores de determinados delitos en el marco de la guerra, constituyen un ejemplo de justicia retributiva.

TENSIONES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Tensión entre lo contingente y lo establecido

La justicia en períodos de transición presenta varias tensiones: la tensión entre lo establecido y lo dinámico, entre la mirada al pasado y la mirada al futuro, y entre la justicia y la paz. Respecto a la primera de estas tensiones Teitel considera que la regla de justicia transicional es contingente y que más que servir de fundamento a un orden legal, es un medidor del cambio de valores característico de estos períodos extraordinarios.

En períodos de transformación el valor de la continuidad legal es severamente cuestionado. La cuestión de los límites normativos sobre el cambio político y jurídico legítimo de los regímenes en medio de transformación, se enmarca frecuentemente en términos de una serie de antinomias. (Teitel, 2000, p.12).

En toda manifestación de justicia transicional existe un elemento contingente y otro establecido que se encuentran en tensión. El primero de estos elementos es el que atiende a las necesidades particulares de cada conflicto y refleja las relaciones de poder existentes en el momento de transición. Su singularidad está dada por los acuerdos políticos a los que llegan las fuerzas confrontadas en ese momento de ruptura. El elemento contingente de la justicia transicional es el que determina que estos procesos no puedan ser universales, sino que, por el contrario, cada proceso transicional es único, ya que atiende a las circunstancias particulares de cada cultura y de las condiciones sociales, económicas y políticas de cada pueblo.

Por otro lado, el elemento establecido es producto de los requerimientos de la comunidad internacional, materializados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, que plantean unos límites a la justicia transicional. De esta manera, la finalidad de alcanzar la paz y la reconciliación no representa un argumento válido para conceder amnistías, indultos, prescripciones o cualquier previsión normativa que impida la persecución penal de

los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos o que conduzcan al desconocimiento del derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso de la Masacre de la Rochela⁴ recordó su doctrina establecida en el caso Barrios Altos de 2001, según la cual no es admisible cualquier dispositivo legal, como amnistías o prescripciones, que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, por considerar que contraviene derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Sánchez & Uprimny, 2011, p.139).

En resumen, si bien la justicia transicional sigue atendiendo a las necesidades particulares de cada conflicto, actualmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional constituyen el elemento establecido de carácter universal que hace que esta tenga unos límites.

Tensión entre el pasado y el futuro

La justicia transicional puede adoptar las siguientes posturas respecto a la tensión existente entre el pasado y el futuro: 1) mirar solamente hacia el pasado, a la validez y aplicabilidad de las leyes y los precedentes previamente establecidos; 2) en lugar de interesarse por el pasado, el presente o el futuro inmediato, puede mirar hacia el futuro remoto, hacia la necesidad histórica, rechazando por completo el legalismo en aras de grandes ideologías proyectadas hacia el futuro; 3) finalmente, puede considerarse el futuro político inmediato, los probables resultados que tendrá una determinada resolución entre los contemporáneos y en circunstancias que son todavía semejantes a las del presente (Shklar, 1968, p. 178).

Esta tercera postura fue la prevalente en los procesos de transición de la segunda fase. Los casos de Argentina, Chile, El Salvador, Guatema-

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo.

la y Suráfrica ilustran la transición con miras en el futuro inmediato. El objetivo de estos procesos transicionales era estabilizar la situación política interna y lograr la reconciliación por medio del perdón como contrapartida de la petición política de disculpas. Sin embargo, esta postura no buscaba sentar las bases de una democracia pasando por alto las causas estructurales del conflicto.

Sin embargo, que en un momento dado se adopte un tipo de justicia transicional enfocada en el futuro y cerrando los ojos al pasado, no obsta que más adelante, una vez lograda la estabilidad política y el fortalecimiento institucional, se pueda cambiar la dimensión temporal y se comiencen a realizar juicios sobre aquel pasado ignorado inicialmente. Como señala Teitel (2003),

La justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. Este fenómeno se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia la litigación caso a caso. (p.19)

Esta tensión respecto a la temporalidad de la justicia transicional queda parcialmente resuelta con la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* de las Naciones Unidas. En la actualidad ningún proceso transicional puede establecer medidas tendientes a dejar de castigar crímenes de lesa humanidad y genocidio por la conveniencia de su decisión en un futuro próximo o lejano. Los Estados se encuentran constreñidos por un derecho vigente: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, a sancionar los crímenes del pasado y a reparar a las víctimas.

Tensión entre justicia y paz

El problema de las tensiones entre justicia y paz es explicado como

el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales, que muestran una tendencia hacia la exigencia de castigo a los responsables

de crímenes atroces, por un lado, y las restricciones derivadas de las realidades políticas y de la necesidad de lograr negociaciones exitosas para trascender el conflicto, por otro lado. (Uprimny et al., 2006, p. 19)

El proceso de justicia transicional llevado a cabo en Colombia no ha sido ajeno a esta tensión. En el marco del proceso de desmovilización de las AUC, en un primer momento el Gobierno presentó al Congreso un proyecto de ley titulado “Ley de Alternatividad Penal”, en el cual se concedían amnistías a todos los actores armados que aceptaran desmovilizarse, fundamentado en la idea de que el castigo penal podía llegar a ser un obstáculo para lograr la reconciliación. Sin embargo, diferentes sectores de la sociedad, particularmente organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos, organizaciones de víctimas y algunos grupos políticos, hicieron fuertes críticas al proyecto, que fue finalmente retirado. El Gobierno reemplazó dicho proyecto por el que sería la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz.

Sobre esta tensión entre justicia y paz, la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional constituye un importante referente. En esta la Corte destaca que la justicia no se opone necesariamente a la paz. La administración de justicia contribuye a la paz al resolver por las vías institucionales controversias y conflictos. En ese sentido, la justicia es presupuesto permanente de la paz.

La Corte reconoció la facultad del Congreso de diseñar distintas alternativas para poner fin al conflicto armado, siempre que esas hipótesis no desconozcan la justicia ni se vulneren los derechos de las víctimas. Asimismo, señaló que la reducción en el derecho a la justicia, como instrumento para la materialización de la paz, puede a su vez constituir un medio para realizar los derechos de las víctimas a la no repetición en la medida en que cesa el conflicto armado. Dicha reducción contribuye además a la verdad si quienes se desmovilizan revelan las conductas delictivas cometidas; y a la reparación si en el proceso de desmovilización se consagran reglas que llevan a los desmovilizados a satisfacer ese derecho de las víctimas. Igualmente subrayó que es competencia del legislador definir tales instrumentos, atendiendo a las

características del contexto dentro del cual expida la correspondiente ley, pero que tal competencia, si bien es amplia, no es ilimitada.

Para la Corte, la pena alternativa establecida en la Ley de Justicia y Paz como medida encaminada al logro de la paz no entraña una afectación desproporcionada del valor justicia. Este aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado. En caso de que el desmovilizado incumpla los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena, le será aplicada la pena originaria (C-370/06, párr. 6.2.1.4.9.)⁵.

RELACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL CON EL PODER

Justicia transicional como instrumento del poder

Hasta los juicios de Núremberg y Tokio la justicia transicional puede ser definida como el juicio político del régimen derrocado por parte del régimen victorioso⁶. Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los países aliados decidieron juzgar por medio de un Tribunal Militar Internacional a los principales comandantes nazis. Este hecho lo explica Kirchheimer (2001) de la siguiente manera: “La experiencia demuestra que cada régimen sucesor abraza el firme sentimiento de que condenar todas las prácticas de sus predecesores constituye la clave del futuro de la humanidad” (p.421).

⁵ En relación con la alternatividad, la Corte sostuvo que se trata de un beneficio que incorpora una rebaja punitiva significativa condicionada al cumplimiento de unos requisitos establecidos en la ley, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Tal beneficio jurídico no significa perdón de la pena (C-370/06, párr. 6.2.1.4.3.).

⁶ Como señala Kirchheimer refiriéndose a los juicios de Carlos I de Inglaterra y Luis VI en Francia, en estos casos existe poca duda respecto a la completa irregularidad tanto de la jurisdicción como del procedimiento. El régimen sucesor es el mismo que acusa y juzga (Kirchheimer, 2001, p. 394).

En torno a estos juzgamientos se generaron una serie de críticas, en especial en lo relativo al cumplimiento del principio de legalidad⁷. El Tribunal de Núremberg fue creado en 1945, es decir, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que entró a juzgar. Los crímenes que conoció: crímenes contra la paz⁸, crímenes de guerra⁹ y crímenes contra la humanidad¹⁰, fueron establecidos igualmente con posterioridad a los hechos. Aunque el Tribunal sostuvo que dichos cargos se fundamentaban en derechos ya reconocidos¹¹, lo cierto es que para la época no existía un derecho penal internacional que hubiese tipificado dichas conductas, señalado las penas imputables a las mismas, el juez competente, ni las normas procedimentales del caso. Por otro lado,

⁷ El principio de legalidad consiste en que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Este principio conlleva varios elementos: a) Reserva legal: La ley penal debe haber sido expedida por la autoridad competente; b) *nullum crimen sine praevia lege*: preexistencia de la tipificación, es decir, de la descripción de la conducta punible; c) *nulla poena sine praevia lege*: preexistencia de la sanción; d) *nemo iudex sine lege*: preexistencia del señalamiento del juez o tribunal competente; e) *nemo damnetur nisi per legale iudicium*: preexistencia del señalamiento de las formas procesales requeridas para el juzgamiento.

⁸ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) en su artículo 6 define estos crímenes de la siguiente manera: a) CRÍMENES CONTRA LA PAZ: *A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.*

⁹ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) en su artículo 6 define estos crímenes de la siguiente manera: b) CRÍMENES DE GUERRA: *A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.*

¹⁰ El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) en su artículo 6 define estos crímenes de la siguiente manera: c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: *A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.*

¹¹ El cargo de crímenes contra la paz estuvo sustentado en el Tratado sobre renuncia a la guerra o Pacto Briand-Kellogg, firmado en París el 27 de agosto de 1928. El fundamento legal del cargo de crímenes de guerra fue la Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907, que consagra el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Por último, la imputación de crímenes contra la humanidad estuvo basada en los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

los comandantes nazis no habían actuado por fuera de la ley alemana vigente.

Una prueba de que los tribunales de Núremberg y Tokio corresponden a la visión de la justicia transicional como herramienta del poder, lo constituye el hecho de que si bien los comandantes del régimen nazi fueron juzgados por crímenes en contra de la humanidad, las fuerzas estadounidenses no fueron juzgadas, aunque con la emisión de las bombas de Hiroshima y Nagasaki pudieron haber incurrido en los mismos crímenes por los cuales fueron juzgados sus adversarios de guerra¹².

Otro ejemplo de la utilización de la justicia transicional como instrumento del poder lo constituye la transición de la dictadura a la democracia en Chile y Argentina. Como señala Uprimny, se trató de un proceso de “autoamnistía” en el que los victimarios se otorgaron a sí mismos amnistías como condición para permitir el paso a la democracia. La lógica subyacente de esta clase de justicia de transición era servir como instrumento de impunidad a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura, así como permitirles a los victimarios conservar buena parte del poder dentro del nuevo régimen.

En el caso chileno, por ejemplo, Almqvist y Espósito (2009) sostienen que durante los primeros años de la transición no se produjo ningún cambio en materia de aplicación de justicia. Los jueces seguían desconociendo los derechos humanos pese a haberlos incorporado en su constitución.

En términos generales, a pesar de la restauración democrática, las Cortes siguieron consagrando la impunidad... Ni siquiera la incorporación al derecho chileno –a nivel constitucional– de los instrumentos internacionales e interamericanos de derechos humanos hizo cambiar a los

¹² Es de resaltar que el único proceso habido por crímenes de guerra contra un aliado de la Segunda Guerra Mundial fue planteado por ciudadanos japoneses contra los Estados Unidos por el empleo de armas atómicas, pero el caso fue rechazado por el Tribunal Supremo del Japón por cuestiones de competencia (Bassiouni, 1982).

jueces sus convicciones nacionalistas. Sistemáticamente las cortes rechazaron aplicar esas normas. (Almqvist & Espósito, 2009, p. 76)

Otro ejemplo de justicia transicional como instrumento del poder lo constituyen las leyes de Punto Final (1986) y Obediencia Debida (1987), expedidas en Argentina durante la primera etapa de transición. Estas normas garantizaban la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura. Por otro lado, funcionó una comisión de la verdad denominada *Nunca Más*, que conoció aproximadamente de 9000 casos (Ambos et al., 2009, p. 538). Cabe señalar que dichas leyes fueron declaradas “insanablemente nulas” en 2003 por la Cámara de Diputados de dicho país.

En cuanto a los mecanismos transicionales empleados en Uruguay, se destaca la existencia de una ley de amnistía pactada en 1985, que excluía los delitos cometidos mediante estructuras de poder, lo cual permitía la denuncia de tales hechos. Sin embargo, en 1986 fue sancionada una nueva ley de amnistía para cerrar las denuncias anteriores. Paradójicamente, dicha ley fue posteriormente sometida a plebiscito, aprobada por los ciudadanos en 1989 y ratificada por la Corte Suprema de Justicia (Ambos et al., 2009, p. 539).

En los casos latinoamericanos señalados, el principal objetivo de la justicia transicional adoptado fue mantener la estabilidad institucional a costa del sacrificio de la justicia.

Justicia transicional como reflejo del poder

La justicia transicional como reflejo de la lucha de fuerzas es propia de aquellos procesos de construcción de paz fundamentados en acuerdos entre las partes en conflicto. Es la justicia transicional propia de conflictos de larga duración en los que ninguna de las partes está en capacidad de vencer a su adversario. El caso sudafricano es un claro ejemplo de este tipo de relación entre justicia transicional y poder. Desde 1948, tras el triunfo del Partido Nacional de Derecha, existía en Sudáfrica una política de segregación racial que conduciría, principalmente a partir de los años 60, a una multiplicidad de confrontaciones

violentas entre las fuerzas armadas del Gobierno y los movimientos de liberación. Esta situación llevó a Sudáfrica a un profundo deterioro económico y social, al punto que en 1990 el presidente De Klerk decidió iniciar los diálogos con los representantes de las comunidades étnicas. Como fruto de aquellas negociaciones en 1991 se puso fin a la política de *apartheid*. Nelson Mandela fue liberado después de 27 años de prisión y se devuelve la legalidad a los partidos políticos que habían sido clausurados. En 1994 surgió el llamado Gobierno de Unidad Nacional con Mandela en la presidencia y De Klerk como vicepresidente (Cuervo, Bechara e Hinestrosa, 2007, pp. 65-66).

La justicia transicional sudafricana se centró en la reconciliación, para lo cual se estableció una comisión de la verdad que contemplaba la posibilidad de perdón sujeta a la confesión total de los crímenes y que reconocía ciertas reparaciones. El caso sudafricano, según su proceso de elaboración, es clasificado como una transición legitimada democráticamente.

Este modelo consiste en el diseño de las medidas transicionales no sólo por vía de negociación entre las cúpulas de los actores armados, sino también a través de discusiones sociales amplias e, inclusive, de formas de consulta a la ciudadanía, tales como plebiscitos y referendos. (Uprimny et al., 2006, p. 36)

Otro ejemplo de esta clase de relación entre justicia transicional y poder lo constituyen los casos de Guatemala y Nicaragua. Los procesos transicionales efectuados en estos países son catalogados por Uprimny como “perdones recíprocos”. En este caso, al igual que en Sudáfrica, la justicia transicional consistió en el otorgamiento de perdones mutuos entre los actores armados de la guerra civil como consecuencia de un acuerdo de paz celebrado entre ellos¹³. En estos procesos se dio prio-

¹³ Frente al derecho de castigar los crímenes de los sujetos, Locke (1960) contempla la posibilidad de anulación de la pena por razón del bien público, pero sujeta al resarcimiento de los daños. “El magistrado que por el hecho de serlo tiene en sus manos el derecho común de castigar, puede muchas veces, cuando el bien público aconseja la no ejecución de la ley, anular el castigo de los delitos criminales por su propia autoridad, pero, no obstante no puede condonar la satisfacción debida a cualquier particular por el daño recibido” (p. 210).

ridad a la reconciliación nacional más que al castigo o la reparación (Uprimny et al., 2006, p. 33).

En esta clase de procesos transicionales, basados en negociaciones de paz entre actores armados, tanto la impunidad como la posibilidad de una justicia retributiva plena quedan excluidas. En su lugar se configuran fórmulas específicas ideadas para lograr una transición exitosa que incluyen exigencias importantes de justicia retributiva, así como significativas dosis de perdón (Uprimny et al., 2006, p. 20).

Justicia transicional como límite al poder

Aunque la justicia aplicada por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg representó la justicia de los vencedores, fue precisamente a partir de allí que se evidenció la necesidad del reconocimiento internacional de unos nuevos derechos, los “Derechos Humanos”, e instrumentos para protegerlos. El primero de aquellos instrumentos de derecho internacional fue la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Ese mismo año se adoptó la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Seguidamente, en 1949 surgió el denominado Derecho Internacional Humanitario, conformado por los cuatro convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales¹⁴.

En la actualidad existe una serie de instrumentos internacionales surgidos del seno de la Organización de las Naciones Unidas que reconocen derechos o que constituyen una herramienta de protección de la humanidad contra las peores formas de agresión, discriminación o degradación, tales como: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), Convención sobre la eli-

¹⁴ I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

minación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

Las experiencias de transición de la segunda mitad del siglo XX generaron una serie de consensos internacionales en relación con cuáles son las conductas inadmisibles aun en medio de guerras o conflictos armados internos y cómo y de qué manera deben ser juzgados aquellos individuos que incurran en ellas. Lo anterior condujo a la creación de tribunales *ad hoc*, tales como los tribunales internacionales para la exYugoslavia y para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra-Leona (2000) y el Tribunal Especial Internacional para el Líbano (2007). A estas manifestaciones de justicia transicional como límite al poder le siguió el Estatuto de Roma, adoptado en 1998, mediante el cual se creó la Corte Penal Internacional, la cual entró en vigor en 2002 y que es la institución emblemática de la normalización de la teoría transicional (Forer, 2012, p. 21).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante fallo contra Honduras de 1988 y 1999 y posteriormente en fallos contra Guatemala proferidos entre 1999 y 2004 creó también unos parámetros sobre justicia transicional. Entre ellos se encuentra la *verdad* como un derecho colectivo de la sociedad, y en particular de las víctimas, y como un mecanismo de reparación.

La búsqueda de la verdad –me he permitido agregar– constituye el punto de partida para la liberación, así como la protección del ser humano; sin la verdad (por más insoportable que ésta venga a ser) no es posible libertarse del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos. La cristalización del derecho a la verdad, en cuya construcción jurisprudencial ha estado empeñada esta Corte, es un imperativo para la preservación de los vínculos y lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos, formando la unidad del género humano, con el respeto debido a unos y a otros. (CIDH, caso 2004,

Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, voto razonado de Antônio Augusto Cançado Trindade, pár. 43)

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados el deber de prevenir las violaciones de los Derechos Humanos, investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de los Derechos Humanos, y el deber de reparar. Igualmente establece la prohibición de obstaculizar la labor de la justicia y promover la impunidad. Respecto a este último punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos elevó como estándar internacional de justicia transicional la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los autores de encubrimiento (Huber, 2007).

Finalmente, Naciones Unidas busca que la justicia transicional vaya más allá de la protección de los derechos civiles y políticos y alcance la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

Aunque las normas de derechos humanos han tenido una influencia muy considerable en la justicia transicional, esta se ha centrado en las violaciones de los derechos civiles y políticos. Por lo tanto, en cierta medida, la justicia transicional se ha desarrollado al margen de las importantes novedades que se han producido en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales. (Naciones Unidas, 2014, p.6)

CONCLUSIONES

En su primera etapa la justicia transicional fue utilizada por el vencedor con dos propósitos: por un lado, castigar los crímenes del vencido y, por otro, asegurar la impunidad de sus propios crímenes. En su segunda etapa, en la que el fin del conflicto es producto de una negociación entre actores armados, la justicia transicional fue un instrumento de impunidad, de perdones mutuos, sin verdad (o al menos no una verdad completa) y sin reparación a las víctimas. En su tercera etapa, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Estatuto de Roma han hecho que la justicia transicional se acerque cada vez más a la idea del derecho como un límite al poder. Se trata de una nueva visión de la justicia transicional ya no como un derecho local contingente

excepcional sino como un derecho universal estatuido, basado en el principio de legalidad y parte integral del Estado social de derecho.

En relación con la pregunta de la cual partió esta investigación, la justicia transicional ha pasado por diferentes tipos de relación con el poder a lo largo de su desarrollo. En su primera fase se trató de un instrumento del poder en el que el vencedor era el que determinaba el tipo de derecho que se debía aplicar. En su segunda fase la justicia transicional se convirtió en un reflejo de la lucha entre poderes, principalmente en aquellos casos en los que la paz fue producto de una negociación entre dos grupos, ninguno de los cuales pudo vencer a su oponente. Por último, la justicia transicional ha llegado a convertirse en un instrumento de control del poder al pasar del mero castigo a un concepto de justicia más integral que abarca la verdad, la dignificación de las víctimas, la reparación material y simbólica de las familias de las víctimas, la reconstrucción del tejido social, la reconciliación, la memoria y la garantía de no repetición.

Por último, se prevé que en una siguiente fase la justicia transicional tendrá que propender por la realización de los derechos económicos, sociales y culturales tanto de las víctimas como de los desmovilizados, ya que son estos derechos los que establecen las condiciones mínimas necesarias para que las personas puedan vivir con dignidad. Atender a estos derechos es precisamente atacar las causas estructurales de la mayoría de los conflictos armados: la pobreza, la marginalidad y la inequidad.

REFERENCIAS

- Almqvist, J. & Espósito, C. (coords.) (2009). *Justicia transicional en Iberoamérica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ambos, K., Malarino E. & Elsner, G. (Eds.) (2009). *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Bassiouni, Ch. (1982). El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.

- Centro Internacional para la Justicia Transicional (2015). ¿Qué es la justicia transicional? Disponible en: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Sentencia del 5 de julio. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury Vs. Perú. Voto razonado de Antônio Augusto Cançado Trindade. Sentencia de 8 de julio. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso de la masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia del 11 de mayo. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf.
- Cuervo, J., Bechara, E. & Hinestroza, V. (2007). *Justicia transicional: modelos y experiencias internacionales. Apropósito de la ley de justicia y paz*. Colección Pretextos 32. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Forer, A. (2012). *Justicia Transicional*. Universidad del Sinú. Bogotá, D. C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Grasa, R. & Mateos, O. (2014) *Guía para trabajar en la construcción de la paz. Qué es y qué supone la construcción de la paz*. Bogotá, D. C.: Cámara de Comercio e Instituto Catalán Internacional para la Paz.
- Huber, F. (2007). *La ley de justicia y paz. Desafíos y temas de debate*. Bogotá, D. C.: Friedrich Ebert Stiftung en Colombia-FESCOL.
- Kirchheimer, O. (2001). *Justicia Política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Albolote (Granada): Comares.
- Locke, J. (1960). *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Colección Austral Espasa Calpe.
- Naciones Unidas (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Nueva York: Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (2014). *Justicia Transicional y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos.

- Rua, C. (2015). Los momentos de la justicia transicional en Colombia. *Revista de Derecho*, 43, 71-109.
- Sánchez, N. & Uprimny, R. (2011). ¿Justicia transicional sin transición? La experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición. En *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo.
- Shklar, J. (1968). *Legalismo*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Teitel, R. (2003). Genealogía de la justicia transicional. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- Uprimny, R., Saffon, M., Botero, C. & Restrepo, E. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, D. C.: Antropos.