

Crimen y castigo en tiempos de excepción

Seguridad Democrática y Justicia Transicional en Colombia 2003-2010.

Gina Paola Rodríguez ¹

Introducción

Los gobiernos democráticos que sucedieron a la II Guerra Mundial han remarcado la necesidad de hacer justicia frente a aquellos actos que son considerados como crímenes contra la humanidad. Esta exigencia de justicia es sin embargo paradójica, pues, por un lado, exige el arrepentimiento y la solicitud de perdón por parte de los perpetradores, demandando a su vez la respuesta positiva de las víctimas, y por otro, administra de manera calculada y condicional factores que son fundamentales para la justicia tales como la memoria y el castigo. En estas circunstancias, muchos gobiernos han recurrido a la figura del perdón para legitimar políticas de amnistía, reducción penal y olvido, en lo que suponen es la única salida posible a situaciones de violencia endémica y extrema. Con ello, los debates políticos post dictadura o post conflicto armado que se han dado en diversas partes del globo, han confundido el perdón con temas tangenciales pero de ningún modo sinónimos: la disculpa, el pesar, la amnistía, la prescripción, etc., que corresponden más al ámbito del derecho penal que al de la moralidad y la religión, estos si propiamente llamados a tenerlo entre sus fuentes. Frente al derecho, el perdón debería permanecer, tal como anuncia Derrida, heterogéneo e irreductible², y sin embargo ha ocupado en el marco de las discusiones sobre Justicia Transicional, un lugar central.

¿Cuál es el alcance del perdón en política? ¿Qué implica su introducción en escenarios sociales en los que se pretende resolver, desde el derecho, un cúmulo de enfrentamientos y contradicciones políticas, culturales y hasta de sangre? ¿Quién y cómo otorga el perdón en estas sociedades?, ¿Qué lugar ocupan la memoria y el castigo en el acto perdonar?

¹ Politóloga y Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Becaria del CONICET.

² DERRIDA, Jacques. *Justicia y Perdón*. Entrevista a Jacques Derrida de Antoine Spire en Staccato, programa televisivo de France Culturel, del 17 de septiembre de 1998; traducción de Cristina de Peretti y Francisco Vidarte. Edición digital de Derrida en castellano, disponible en: http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/justicia_perdon.htm. Fecha de consulta: mayo 21 de 2010.

Los objetivos de la presente ponencia son múltiples atendiendo a lo complejo de la temática que aborda. Se trata, en primer lugar, de ofrecer elementos para un análisis crítico de los procesos de Justicia Transicional (JT) atendiendo a los pros y los contras de este modelo jurídico, y a las lecciones que pueden extraerse de su aplicación en diferentes contextos históricos. Tal objetivo requiere adentrarse en los conceptos de justicia retributiva y justicia restaurativa a fin de comprender qué cambios tienen lugar en las nociones de crimen- castigo y ofensa- pena en contextos de excepcionalidad y cuáles son las implicaciones de su reconfiguración en aras de la paz. ¿Cuánto perdón y cuánto olvido son necesarios para la reconciliación y cuánta justicia, verdad y reparación le son funcionales?

Siguiendo este interrogante, un tercer propósito es describir algunos eventos relacionados con la aplicación de políticas de justicia transicional en Colombia. Se mostrará que como tal no existe un arquetipo ideal de justicia transicional, que sus resultados no son siempre los esperados, y que por lo mismo, la sola implementación de esta fórmula jurídica es insuficiente para lograr la transformación social requerida para superar la violencia y avanzar en la construcción de un nuevo país. Pese a sus aciertos en términos de desarticulación de los grupos armados, la justicia transicional deja un sabor amargo al revelar sus límites a la hora de afrontar problemas estructurales como la impunidad, la corrupción y la exclusión social, que requieren, antes que una flexibilización del derecho penal, un compromiso nacional construido sobre la voluntad real de los gobiernos, los actores armados, las víctimas y la sociedad en general.

1. Emergencia y atributos de la Justicia Transicional

La Justicia Transicional (JT) es una concepción de justicia empleada en contextos de cambio político tales como la salida de un régimen represor o la finalización de un conflicto armado, que incluye una variedad de respuestas legales con miras al tratamiento de los delitos cometidos en tiempos de dictadura o guerra.

Ruti Teitel³, profesora de la Cátedra de Derecho Comparado de la Universidad de Nueva York, se ha dedicado a hacer una genealogía del concepto logrando rastrear su emergencia hasta tiempos de la Segunda Guerra Mundial. Según la autora, la JT puede ser descrita a partir

³ TEITEL, Ruti: *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Cambridge, MA, Spring 2003, pp. 69-94. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003.

de su evolución en tres fases diferentes. La primera, que surge en 1945 y corresponde a los juicios de la posguerra, se caracteriza por el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del Derecho Internacional a partir de la colaboración entre Estados, la realización de procesos por crímenes de guerra y la imposición de sanciones a los países vencidos. Se trata de un esquema de justicia tendiente a “delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional”.⁴ De ahí que las cuestiones a considerar fueran el por qué, el cómo y el cuándo del castigo a Alemania por las agresiones cometidas durante la guerra, lo cual incluía dirimir quiénes deberían administrar esta justicia, el Estado Alemán o una instancia internacional, y qué forma deberían tomar las imputaciones, individuales o colectivas. La novedad con respecto a los enjuiciamientos de la Primera Guerra se dirige en el mismo sentido, al desplazar la potestad del enjuiciamiento del Estado nacional a los Tribunales Internacionales y extender las responsabilidades por los crímenes del Estado Alemán, como colectivo, a los individuos concretos. De esta forma, la primera fase de la JT penaliza los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales y justifica y legitima la intervención de los aliados en la guerra. Es pues una justicia transicional cuyas bases son sentadas por los vencedores en nombre de un ideal de justicia universal que reconoce en el castigo de los violadores de derechos humanos un valor abstracto exigible sin restricciones.

El esquema de JT se diluye durante la Guerra Fría para ser reavivado solo tras el colapso de la Unión Soviética y los procesos simultáneos de democratización en Europa del Este, África, Centro y Suramérica, con el desmonte de los regímenes autoritarios existentes y la desmovilización de fuerzas insurgentes otrora sustentadas por el bloque comunista. La ola se inicia con la liberalización operada en los países del Cono Sur a finales de los 70's y comienzos de los 80's, continúa con la emergencia de las Repúblicas Independientes de la ex-Unión Soviética, y finaliza con los procesos de paz de Nicaragua (1988), El Salvador (1992) y Guatemala (1996). Para esta segunda etapa, la JT adopta como función principal la reconstrucción nacional en el marco de un discurso que enfatiza en las virtudes de la democracia y el Estado de Derecho. De ahí que la discusión se torne más centrada en lo local, esto es, en la manera en que los nuevos gobiernos democráticos restaurarán la paz nacional, someterán a los culpables de crímenes durante los regímenes anteriores, y avanzarán en la construcción de una sociedad incluyente y libre de violaciones a los Derechos Humanos. La participación de la comunidad internacional en los procesos de juzgamiento se vió mermada,

⁴ *Ibíd.*, p. 4

cumpliendo apenas un rol de acompañamiento y observación. El caso argentino en su etapa inicial por ejemplo, reveló la imposibilidad de realizar enjuiciamientos al estilo de Nüremberg, aunque demostró que el Derecho Internacional puede constituirse en una fuente alternativa al Estado de Derecho para guiar los juicios nacionales en una sociedad en transición. Los procesos del Cono Sur y Centroamérica plantearon cuestiones cruciales en términos de la tensión e imposible equilibrio entre paz, verdad y justicia, sacando a la luz dilemas del tipo “castigo versus amnistía” y “olvido versus memoria”, entre otros. Sobre esto volveremos más adelante.

La tercera fase de la JT está asociada a su asentamiento y estabilización en momentos en los que el mundo enfrenta numerosos conflictos que hacen inminente la normalización de un derecho de la violencia. La Corte Penal Internacional (CPI), creada en 1998, representa el símbolo más reconocido de esta última fase al constituirse como una instancia permanente para el juzgamiento de responsables de crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad como la esclavitud, el apartheid, el exterminio, los asesinatos, las desapariciones forzadas, las torturas, los secuestros, la agresión y el terrorismo. Si bien los cimientos de la CPI se pueden rastrear hasta los Juicios de Nüremberg y Tokio (1945- 1946), la implementación de un tribunal permanente de justicia en materia criminal solo es posterior a los genocidios en Yugoslavia (1991-1995) y Rwanda (1994) y su suscripción definitiva tiene lugar en Roma en el marco de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, el 17 de julio de 1998.⁵

Mientras en sus dos primeras fases, la JT era un modelo excepcional y extraordinario, de la posguerra, el post- conflicto y la post- dictadura, en su última etapa éste se halla extendido y generalizado en la medida en que los fenómenos que lo convocan- guerra en tiempos de paz, fragmentación política, debilidad de los Estados, guerras por los recursos- devienen constantes. En estas condiciones, la JT implica un alto grado de politización del derecho, pero a la vez, una mutación sin precedentes de los estándares del Estado de Derecho, que aparecen ahora más cercanos al Derecho de Guerra. Bajo este modelo, la comunidad internacional puede hacer responsable a los líderes de un régimen y condenar los hechos violatorios de los Derechos Humanos, trastocando la relación tradicional entre ciudadano y Estado-nacional con resultados ambivalentes, pues si bien por un lado, la extensión del

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc ONU A/CONF. 183/9, 1998.

Derecho Internacional Humanitario restringe la forma en que se libra la guerra buscando proteger a las víctimas con independencia de los regímenes, por otro, puede llegar a justificar el inicio de una guerra por razones humanitarias. Las intervenciones de la OTAN en Kosovo y Afganistán son solo algunos ejemplos de cómo el DIH ha devenido una base legítima para la intervención armada en nombre de la paz, por no hablar de la reciente invasión a Irak en la que, apelando a la "autodefensa preventiva"⁶, terminaron haciéndose indistinguibles la guerra de la paz y la ley de su excepción. La JT normalizada nos ubica así en una disyuntiva que ha hecho carrera en la tradición de la filosofía política y moral y que ronda a numerosos intelectuales hasta la actualidad: la justicia o injusticia de la guerra.⁷

Sin desconocer el aporte descriptivo de Teitel, conviene repensar su clasificación de los procesos transicionales en términos exclusivamente históricos, ya que en la práctica no se trata de fenómenos consecutivos o finiquitados en el tiempo. Así por ejemplo, las transiciones de Rwanda y Yugoslavia, que cronológicamente corresponderían a la fase dos, en realidad se adaptan a las características de la primera fase de la JT. Así las cosas, las fases caracterizadas por la autora deben entenderse más como formas de transición que como etapas o tipos específicos⁸.

Los constitucionalistas colombianos Rodrigo Uprimny y Juan Manuel Lasso⁹, han avanzado en la perspectiva tipológica logrando una clasificación de los procesos de transición ocurridos

⁶ La legítima defensa preventiva puede definirse como el recurso a la fuerza armada por parte de un Estado contra otro ante la apreciación de que va a sufrir un ataque inminente por parte de este último. El empleo de la fuerza se realiza con anterioridad al desencadenamiento del ataque y tiene como objetivo evitar que éste llegue a producirse. La defensa de la legalidad de estas acciones se ha realizado sobre la base de que el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales". RIPOL, Santiago: "La nueva doctrina global de defensa preventiva: consideraciones sobre su carácter y fundamento", en GARCÍA, C y RODRIGO, A (Eds.), *El Imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid: Tecnos, 2004, pp. 141-164.

⁷ Ver al respecto: WALZER, Michael: *Guerras justas e injustas*, Introducción de Rafael Grasa, Paidós, Barcelona, 2005 (3a edición) y *Reflexiones sobre la guerra*, Paidós, Barcelona, 2004.

⁸ Para ampliar la crítica al trabajo de Teitel ver UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula: "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en Angélica Rettberg (Edit.) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Ediciones UNIANDES/ IDRC, Bogotá, 2005

⁹ UPRIMNY, Rodrigo y LASSO, Luis Manuel: "Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones", en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia. Temas críticos y propuestas*, Fundación Social, FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, pp. 88-101.

en la historia internacional con base en la importancia otorgada al castigo de los responsables y al respeto del derecho de las víctimas o, al perdón de los victimarios y al olvido de los hechos ocurridos, poniendo en el centro del debate las tensiones que subyacen a la JT.

En el primer eslabón de la jerarquía estarían los Perdones Amnésicos (I), o amnistías generales sin estrategias de verdad o reparación. Los casos español y portugués de la década del 70 y las amnistías colombianas de los 80s se inscriben en esta categoría. Se trata de procesos transicionales en los que se busca facilitar la negociación entre los actores y la reconciliación ulterior a través del olvido. Las objeciones a este tipo de tratamientos saltan a la vista, no solo por su indeseabilidad ética sino porque, en la medida en que ocultan la verdad sobre los responsables de los crímenes en detrimento de los derechos de las víctimas, obstaculizan el logro de una paz sostenible en el largo plazo. El perdón y el olvido de crímenes atroces son el caldo de cultivo para violencias futuras que echan por tierra cualquier posibilidad de tránsito a una sociedad democrática. Por otro lado, las condiciones actuales del Derecho Internacional impiden de entrada las amnistías generales de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, esto sumado a la presión de los movimientos de víctimas y de la comunidad internacional, hace que en la actualidad el perdón amnésico sea una salida poco viable.

En un segundo estanco se encuentran los Perdones Compensadores (II), los cuales buscan un equilibrio entre los derechos de las víctimas y los requerimientos para la negociación con miras a la paz. Recubren la forma de amnistías generales con comisiones de la verdad y algunas medidas de reparación para los afectados, tales como las empleadas en Chile y El Salvador. Dentro de las falencias de este modelo se halla el partir de una supuesta intercambiabilidad entre los derechos de las víctimas y las penas imputables a los perpetradores, de tal forma que si un Estado garantiza el esclarecimiento de la verdad y una reparación mínima a las víctimas puede eximirse de castigar a los responsables de los crímenes. El modelo de perdones compensadores desconoce así que el castigo cumple una función central en cualquier proceso de transición y refundación del orden social al sentar las bases de un régimen sin impunidad que condena ética y políticamente los actos de violencia y reconoce suficientemente los derechos de las víctimas.

La tercera categoría es la de Perdones Responsabilizantes (III), propia de negociaciones de paz que buscan garantizar los derechos de las víctimas y los deberes del Estado para el

establecimiento de la verdad, el castigo de los victimarios y la reparación de los afectados. La concesión de perdones, es excepcional e individualizada y se rige por el principio de proporcionalidad según el cual “el perdón de los victimarios sólo es justificable cuando es la única medida que puede hacer posible el logro de la paz y la reconciliación nacional y toda vez que se corresponda con la gravedad de los actos cometidos por el inculpado, su grado en la jerarquía de mando y las contribuciones que haga a la justicia”.¹⁰ De esta manera, el principio de proporcionalidad estaría delineado por tres máximas:

- i. A mayor gravedad del crimen, menor posibilidad de perdón*
- ii. A mayor responsabilidad militar (nivel de mando) o social del victimario, menor posibilidad de perdón*
- iii. A mayor contribución a la paz, a la verdad y a la reparación, mayores posibilidades de perdón.*¹¹

Con base en los criterios señalados, el modelo de perdones responsabilizantes permite conceder indultos a combatientes de menor rango y perdonar infracciones menores al DIH, mientras que, por otro lado, excluye los perdones totales para los crímenes de lesa humanidad y otras infracciones graves al DIH, y contempla perdones parciales tales como la disminución de la sentencia a imponer o la concesión de la casa por cárcel a condición de la confesión total de los hechos cometidos.

En el último grupo se encuentran las Transiciones Punitivas (IV), caracterizadas por el establecimiento de tribunales para castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad a la manera de los instalados en Nüremberg, Rwanda y Yugoslavia. La idea fundamental de esta modalidad es que sólo el castigo de los responsables permite la fundación de un nuevo orden democrático basado en los derechos humanos, por lo que los indultos, amnistías y políticas de perdón son inadmisibles.

Resumiendo hasta aquí, podemos decir que de los cuatro modelos de justicia transicional dos son radicales (I y IV) y dos son intermedios (II y III) en lo que respecta al contenido de sus fórmulas. Para Uprimny y Lasso, los modelos radicales basados en perdones amnésicos (I) y en transiciones punitivas (IV) no son, en realidad, verdaderos tipos de justicia transicional, en

¹⁰ *Ibíd.*, p. 92

¹¹ *Ibíd.*, p.92

la medida que no se encuentran atravesados por el dilema de esta última, pues aunque ambos describen la transición de un estado de guerra a uno de paz o de una dictadura a una democracia, dicho cambio no resuelve la tensión entre justicia y paz a través de la consecución de un equilibrio entre las dos exigencias, sino que escoge una sola de ellas.

La importancia de recuperar la tipología anterior radica en su contribución al develamiento de los dilemas inscritos en los procesos de transición, pues si bien describe esquemas ideales que no agotan la complejidad y mutabilidad de la realidad, permite reflexionar acerca de los elementos éticos, políticos y jurídicos que componen las transiciones y a partir de allí, delinear las mejores condiciones para una paz sostenible y sustentable. Esta discusión deviene imperativa en la medida en que la mayoría de los países que han atravesado circunstancias de ésta índole se encuentran hoy sumidos en crisis de orden institucional, político y humanitario que hacen necesario repensar los logros y las deficiencias de las políticas que acompañaron la transición, pero sobre todo, los retos que se imponen para la superación del actual impasse.

Antes de abocarnos al estudio de algunos casos paradigmáticos de la JT, conviene tocar otra discusión que ha alimentado el debate de las transiciones, referida a la naturaleza del castigo a imponer a los responsables de crímenes en conflictos armados y dictaduras, en lo que ha sido una crítica de fondo al carácter represor y estrictamente retributivo del derecho penal, y la postulación de un paradigma alternativo: la Justicia Restaurativa (JR).

2. Crimen y castigo en tiempos de transición: ¿Punición versus Restauración?

Aunque su emergencia como paradigma jurídico es relativamente reciente, la noción de Justicia Restaurativa (JR) se remonta a una tradición de largo aliento presente en las comunidades indígenas de Norte América y Nueva Zelanda, que bajo la consigna de “Dar a cada uno lo suyo” propone un tratamiento colectivo de las ofensas con miras a la reparación del daño, la sanación de las heridas y el restablecimiento del vínculo social, a través de la discusión y la interacción entre la víctima, el victimario y la comunidad.¹² Las primeras iniciativas de JR surgieron en Nueva Zelanda y Australia a finales de la década del 80 como alternativas experimentales al enfoque tradicional de la justicia criminal y fueron implementadas en programas especiales para niños y jóvenes delincuentes en los que se

¹² Sobre los orígenes indígenas de la JR recomiendo especialmente el trabajo de ROSS, Rupert: *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*. Toronto, ON: Penguin Books. Paperback, 1996.

incluía el diálogo con las familias de ofensores y ofendidos como parte del dispositivo legal. A partir de 1996, el gobierno canadiense ha incluido medidas de justicia restaurativa dentro de algunas de sus prisiones y comisionado al *Church Council on Justice and Corrections* la compilación de un inventario de respuestas comunitarias al crimen, muchas de las cuales se enmarcan en los terrenos de la JR.

De acuerdo con Howard Zehr, uno de los pioneros de este movimiento, el enfoque restaurativo parte de la idea de que el delito atenta contra las personas y sus relaciones y que, en esta medida, la acción de la justicia debe orientarse a la identificación de sus necesidades y obligaciones animando el diálogo y el mutuo acuerdo, dando a víctimas y ofensores un rol central, y definiendo las penas de estos últimos en función de su capacidad para asumir responsabilidades y reparar a sus víctimas.¹³

Lo que subyace a los planteamientos de la JR es, por un lado, una crítica a las nociones de delito y delincuente sostenidas por la Justicia Penal, y por otro, un replanteamiento del papel que ha de ocupar el castigo en el conjunto de las relaciones sociales. Para los defensores de la JR, el delito es un daño en contra de un individuo particular y la comunidad en la que habita, a diferencia de la justicia penal, que plantea que el delito atenta contra una norma jurídica, siendo el Estado la principal víctima. En este sentido, la JR implica un virage en la concepción mantenida por el derecho penal con respecto al papel de la ofensa y el castigo, al desplazar la atención del acto criminal y el delincuente hacia la atención de la víctima y el daño que le fue ocasionado. Partiendo del supuesto de que el castigo retributivo es insuficiente para la compensación de las víctimas y el logro de la convivencia social, este nuevo paradigma enfatiza en el reconocimiento del sufrimiento ocasionado a las víctimas, su reparación y restauración, antes que en el castigo del responsable, a quien a su vez le corresponde el derecho a ser desestigmatizado y reincorporado a la comunidad para restablecer sus vínculos sociales. Ocupando ahora un lugar central, el ofensor debe adquirir conciencia de los daños que ha ocasionado, asumir un papel activo en la reparación de la víctima y prometer a la comunidad la no reincidencia.

Con este propósito, los precursores del movimiento han previsto una serie de mecanismos dialógicos de resolución de conflictos que involucran tanto la subjetividad y el dolor de la

¹³ ZERH, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press, 1990.

víctima, el alcance de la ofensa y su daño, las consecuencias de tal daño en la sociedad y la responsabilidad del victimario, como el análisis de las circunstancias que originaron el hecho. Uno de los más utilizados es la mediación entre víctima y ofensor, que busca la comunicación entre ambos con ayuda de un intermediario para llegar a un acuerdo sobre las mejores maneras de reparar el daño y, eventualmente, lograr a una reconciliación basada en la solicitud de perdón por parte del ofensor y en la concesión del mismo por parte de la víctima. Además de este tipo de mecanismos, la JR incluye instrumentos tales como la participación en trabajos comunitarios y en terapias psicológicas. Todos estos mecanismos, argumentan los activistas de la JR, “permiten responsabilizar de manera no retributiva al ofensor, de forma tal que éste asume su responsabilidad y repara el daño ocasionado, sin verse obligado a ser castigado punitivamente”.¹⁴

Con la emergencia del nuevo paradigma, la justicia empezó a debatirse entre la punición y el castigo inherentes al derecho penal y la reparación y el perdón de la perspectiva restaurativa. Esta disyuntiva ha sido exitosamente sorteada en comunidades pequeñas a partir de una combinación de ambos mecanismos aplicada al tratamiento de delitos ordinarios. Ahora bien, ¿es posible trasladar el paradigma de la JR a casos más complejos como los crímenes cometidos en dictaduras o conflictos armados? ¿Qué implicaciones tiene para una comunidad nacional acoger dentro de su sistema de justicia un modelo que, con una confianza enorme en la buena voluntad de los victimarios, es capaz de alivianar e incluso obviar los castigos que merecen en aras de la reconciliación social?

3. Colombia: Seguridad Democrática y Justicia Transicional

Hasta este punto nos hemos dedicado a exponer los contenidos fundamentales de la justicia transicional, viendo cómo tiene lugar en coyunturas de cambio político y social tales como la salida de un régimen autoritario a uno democrático o el tránsito de la guerra a la paz. También hemos abordado la noción de Justicia Restaurativa, o esquema anti- punitivo de justicia, que busca la reconciliación social a través de mecanismos en los que participan víctimas, ofensores y comunidad y que ponen el acento en la restauración de los daños, el perdón y el restablecimiento del lazo comunitario.

¹⁴ UPRIMNY, Rodrigo y LASSO, Luis Manuel. Op.Cit, p. 92

Si bien son conceptos que pueden coincidir en determinados contextos, Justicia Transicional y Justicia Restaurativa están lejos de ser sinónimos. Para el tema que nos convoca, asumiremos que la Justicia Restaurativa comprende un conjunto de mecanismos que pueden hacer parte de un modelo de Justicia Transicional, pero que no lo agotan, y se propondrá como tesis que todo esquema de JT ha de revisar minuciosamente la combinación de medidas retributivas y restaurativas que requiera para hacer compatibles reconciliación y justicia. No hay pues fórmulas definitivas que garanticen el éxito de un proceso de transición así como tampoco es posible asegurar la superioridad de un paradigma sobre el otro, retribución y restauración deben ser esquemas complementarios que garanticen los derechos de las víctimas, la construcción de la memoria comunitaria y el restablecimiento de la paz.

Colombia vive desde hace más de medio siglo una situación de violencia generalizada en la que se entrecruzan motivaciones políticas, económicas y sociales. Una forma breve de resumir lo que acontece hoy en el país empezaría por señalar la existencia de tres actores armados principales: uno legal, las Fuerzas Armadas Colombianas, dos ilegales: las guerrillas históricas (FARC y ELN) y los grupos paramilitares. Sin embargo, una presentación tal pierde de vista las imbricaciones complejas entre estos actores, la presencia de otros emergentes (nuevas bandas criminales) que aún no logran visibilidad internacional, y el rol central ocupado por el narcotráfico en los últimos 30 años. De ahí que, aún cuando algunos generalicen afirmando que se trata de una sola y misma violencia desde los cincuentas, lo cierto es que el conflicto colombiano posee una capacidad de mutación y reconversión tal, tanto de sus actores como de sus estrategias y finalidades, que hace poco apropiado pensar los hechos actuales bajo la grilla de las décadas anteriores.

Más allá de la complejidad evidenciada, la violencia en Colombia ha dejado marcas imborrables: más de 30 mil muertos y desaparecidos por razones que se presumen políticas en los últimos 15 años, cerca de dos millones de personas desplazadas forzosamente de sus territorios en el mismo periodo, la eliminación total y sistemática de 3500 militantes de un partido político (la Unión Patriótica), y una crisis social y humanitaria que tiene a más del 60% de la población en situación de pobreza, todo como producto de un conflicto por la tierra y los recursos que está sin resolver sumado a un grado altísimo de corrupción e impunidad que atraviesa gran parte de las instituciones políticas y revela sus lazos con el paramilitarismo y el narcotráfico.

No obstante la situación descrita, Colombia se destaca en el concierto de países latinoamericanos por mantener su tradición democrática y liberal, por la ausencia de gobiernos dictatoriales en su historia republicana (con excepción de la corta dictablanda del General Rojas Pinilla en 1957), por su apego a las leyes de la disputa electoral, y por su relativa estabilidad económica. ¿Cómo puede convivir un país con tal contradicción? Se trata acaso de dos países diferentes que sabiéndose enemigos acérrimos evitan encontrarse, o acaso de uno solo pero neurótico que olvida a la mañana lo que hizo en la noche?

Sin duda, Colombia es un país que se mueve por la emotividad, y los ires y venires electorales que llevan la política del timbo al tambo, dada a la ausencia de un proyecto nacional, son la muestra fehaciente. Como ejemplo de este carácter impulsivo, las elecciones presidenciales del año 2000 dieron por ganador a Álvaro Uribe Vélez, candidato que proponía el combate sin tregua a las guerrillas, tras el fracaso de un proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC, iniciado por el presidente saliente Andrés Pastrana.

La Política de Seguridad Democrática, cimiento estructural del nuevo gobierno, contemplaba un papel más activo de la sociedad colombiana dentro la lucha del Estado y sus órganos de seguridad frente a los grupos insurgentes y otros grupos armados ilegales. Se planteó así la necesidad de fortalecer las actividades y presencia de los órganos de seguridad a lo largo del territorio nacional, al tiempo que se involucró a la sociedad civil en un enfrentamiento que perdió el status de conflicto armado para devenir amenaza terrorista en sintonía con los vientos securitizantes que soplaron tras el 9/11.

En este contexto, la sociedad colombiana debía colaborar con los órganos de seguridad para obtener un éxito militar satisfactorio frente a los grupos armados al margen de la ley, que llevara a la desmovilización o rendición de sus miembros. Entre las propuestas de participación de los ciudadanos en la lucha antiterrorista, se incluyeron la creación de redes de cooperantes, el ofrecimiento de recompensas a informantes, la estimulación de las deserciones dentro de los grupos armados ilegales, la creación de unidades de soldados campesinos, y el aumento del presupuesto asignado a la defensa nacional.

El efecto previsible de esta política fue el desbordamiento del fenómeno paramilitar en la sociedad colombiana (el cual se encontraba en ascenso desde mediados de los noventa gracias a su alianza con el narcotráfico), tornándose imperativo generar un proceso de recorte

y desmante parcial de los grupos de autodefensa. La Ley de Justicia, Paz y Reparación sancionada en el año 2003 fue la llamada a dicho objetivo. En momentos previos a su aprobación, la mentada Ley fue presentada como una herramienta ineludible en el camino hacia la paz en un país desangrado por un conflicto armado, al ofrecer garantías para el desarme y la reinserción a la vida civil de más de 30 mil paramilitares que venían azotando a la población civil en su lucha anti- insurgente, a la vez que buscaba el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos y la reparación de las víctimas de la violencia.

Siete años después de iniciada, la negociación del Gobierno colombiano con los paramilitares, arroja más déficit que ganancias, por convertirse, con intención o no, en un proceso más proclive a la asimilación y convalidación de las redes mafiosas, sus economías y zonas de influencia política, que a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

Han sido suficientemente documentados, tanto por las confesiones de los desmovilizados, como por investigaciones académicas y judiciales, el proceso de contrarreforma agraria operado en Colombia por el paramilitarismo, su articulación con sectores políticos de la derecha nacional en un proyecto que buscaba la “refundación de la patria”, y la inmersión del dinero ilegal del narcotráfico en los sectores productivos y las campañas políticas en los niveles territorial y nacional; así como los efectos concomitantes de estas avanzadas en términos de la expansión de la esfera de influencia paramilitar en todo el país a partir de una estrategia de reciclaje y capitalización de su poder militar en poder político.¹⁵

El caso colombiano representa la excepción dentro de la excepcionalidad de la Justicia Transicional. Si bien hace uso de mecanismos propios de la JT, tales como la creación de una Comisión de Verdad, Justicia y Reparación y la promoción de medidas tendientes al desmante del paramilitarismo, no se trata de un proceso que incluya a la totalidad de actores armados en disputa, ni que involucre un proyecto de reconciliación nacional. En su lugar, el colombiano es un proceso de desarme en medio de la guerra con miras a la desmovilización de solo uno de los bandos y con pobres expectativas de resolución tanto del conflicto armado que azota al país, como de la grave situación social y humanitaria que éste ha generado.

¹⁵ Ver al respecto los trabajos de DUNCAN, Gustavo: *Los Señores de la Guerra*, Bogotá. Ed. Planeta, 2007 y ROMERO, Mauricio. *Parapolítica : la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá, D.C., Colombia: Intermedio: Corporación Nuevo Arco Iris, 2007.

Aún cuando enmarcado formalmente en los linderos de la JT, el proceso iniciado por la Ley de Justicia, Paz y Reparación amenaza con perecer a medio camino, sin transitar a ningún lado. De ahí que para muchos analistas, el de Colombia sea un extraño caso de *Justicia Transicional sin transición*¹⁶. No obstante, conviene evaluar los factores que han puesto en jaque el logro de los objetivos centrales de este proceso de imperfecto, parcial e inacabado de *justicia transicional*.

En primer lugar, el acceso a la verdad por parte de las víctimas, las autoridades y la sociedad, se ha visto afectado por un sinnúmero de atentados contra la transparencia que van desde la infiltración de reconocidos narcotraficantes dentro de las filas del paramilitarismo y el camuflaje de sus dineros, actos delictivos y redes mafiosas en las negociaciones de “paz”, hasta la confesión parcial y amañada de los desmovilizados. A esto se suma la expulsión del proceso de 18 líderes paramilitares que fueron extraditados a los Estados Unidos por cargos de extradición, dejando a medio contar la historia de sus atrocidades, y sin saldar sus deudas con las víctimas y con la justicia colombiana. Sin embargo, es un hecho que muchos de los capítulos de violencia y corrupción revelados por los beneficiarios de la ley en las versiones ante la Fiscalía hubiesen quedado sin salir a la luz de no ser por el proceso en curso.

En segundo lugar, sigue sin producirse una disminución sustancial de la violencia y la criminalidad en Colombia, siendo esta re- editada y aumentada por los ex- paramilitares que han mantenido casi intactas sus estructuras de funcionamiento y consolidado su influencia en diferentes zonas del país. A esto se suma, el surgimiento de bandas emergentes que, frustradas por el proceso de desmovilización, y las precarias posibilidades de reinserción la vida civil, abandonaron el ya frágil estandarte político que les identificaba como grupos anti subversivos, para declarar una guerra sin cuartel al Estado y la sociedad, acudiendo al reciclaje de los antiguos combatientes, sus armas, activos y estructuras de funcionamiento en una nueva generación de grupos ilegales.

Finalmente, las víctimas siguen sin ser resarcidas. El Estado colombiano afronta dificultades en la extinción de dominio y uso posterior de los bienes aportados por los paramilitares para la reparación, además de declarar su insolvencia económica para el pago de indemnizaciones de conformidad por lo prescrito por la Corte Penal Internacional. El retorno de los

¹⁶ UPRINMY Yepes, Rodrigo, et al. *¿Justicia Transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006

desplazados a sus tierras de origen se produce solo marginalmente, frente a la persistencia de grupos armados ilegales en dichas zonas.

A manera de conclusión

No ha sido intención del presente artículo restar méritos a la Justicia Transicional ni desconocer su utilidad como herramienta para la superación de fenómenos de violencia endémica extrema. Simplemente, ha querido advertir sobre los peligros que conlleva la elevación de este modelo jurídico excepcional a respuesta todopoderosa frente a los males que aquejan a las sociedades en conflicto.

En particular el caso colombiano, muestra cómo al entusiasmo inicial de las desmovilizaciones y el desarme promovidos por procesos de Justicia Transicional, pronto le empañaría el disparamiento de la violencia y la delincuencia, haciendo imperativo repensar los alcances del derecho en la transformación de lo social. En la medida en que las contradicciones fundamentales por el acceso a la tierra, la riqueza y la justicia continúen sin resolverse en el país, que la contención político-militar de las demandas sociales marque la parada, y las instituciones políticas permanezcan renuentes al cambio, ningún modelo jurídico contará con el poder para mermar el conflicto social.

En sentido contrario, lo que parece anunciarse tras el fracaso parcial de estas iniciativas es el surgimiento de bandas criminales y enfrentamientos locales que avivan y agravan la crisis social y ponen en jaque la consolidación de la paz, evidenciando algunos de los cabos sueltos de la transición: circulación de armas usadas en la guerra y reclutamiento de ex-combatientes y marginados que no logran insertarse económica y socialmente en el post-conflicto.

La principal secuela del conflicto armado colombiano es el involucramiento de la población en los enfrentamientos directos, mismo que auspicia, hasta la actualidad, la extensión de una práctica cotidiana de la violencia que amenaza con instituirse en moneda corriente de las transacciones sociales. Así las cosas, las posibilidades de éxito de los acuerdos alcanzados entre gobiernos y grupos armados, se desdibujan en el proceso de implementación en sociedades confrontadas, desunidas, sin visión compartida de futuro y donde continúa imponiéndose la razón del más fuerte.

En este último sentido, el caso sudafricano, marca una diferencia importante. Si un factor ha de explicar el éxito relativo de su transición y el hecho de que se haya erigido como un ejemplo a seguir en otros rincones del globo, este no debe buscarse en la fórmula de justicia transicional empleada, ni en la política de unidad nacional delineada por Mandela, sino en el componente religioso promovido desde la Comisión de Verdad y Reconciliación y su director Monseñor Tutu, a través de la figura del perdón. Si se atiende al carácter moral y religioso de esta categoría, se comprenderá prontamente que el perdón no es posible en política, aun cuando sea usado por ésta. Jankélévitch marca una distinción fundamental en esta perspectiva al afirmar que el perdón alude a una «ética hiperbólica», en la que éste es una gracia absoluta, aparentemente sin condiciones¹⁷, y por tanto, no es el producto de una negociación o un cálculo. El perdón no puede surgir entonces del intercambio interesado entre un victimario que ofrece información a cambio de eximirse de su pena y una víctima que ofrece misericordia a la espera de verdad.

Dice Derrida que “el sentido común es el que nos recuerda que el perdón no es el olvido, pero en todas partes en donde el olvido, en una u otra forma, por ejemplo en forma de transformación, de reconciliación, de trabajo de duelo, puede infiltrarse, el perdón ya no es puro.”¹⁸ Para que sea tal, “el perdón debe suponer una memoria integral en cierto modo.”¹⁹ Por ello, las políticas de amnistía, prescripción y absolución distan de ser perdón toda vez que introducen el olvido en todas sus formas. La impunidad, por tanto, lejos de aportar al perdón, contribuye al borramiento de la memoria e interrumpe el advenimiento de la ética hiperbólica necesaria para la reconciliación. No hay un deber de no perdón, si por tal se entiende la imposibilidad individual de acceder a este grado máximo de incondicionalidad moral, pero si lo hay, si el perdón va a asumirse en términos de las leyes de justicia transicional que pretenden emularlo.

Coincidimos con Derrida al dudar de la posibilidad real del perdón en virtud de las exigencias de incondicionalidad moral que implica. En igual medida, suscribimos la idea de que el perdón parcial o el perdón con olvido no son en sí mismos verdaderos perdones, pues para que sean propios de una ética hiperbólica, deben perdonar lo imperdonable, lo que mas duele, lo que mas fresco está en la memoria, en la propia carne. Como diría Derrida: “Si se perdona lo que es perdonable o aquello a lo que se le puede encontrar una excusa, ya no es

¹⁷ JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *El perdón*. Barcelona: Seix Barral, 1999.

¹⁸ DERRIDA, Jacques. *La Justicia y el Perdón, Op.cit.*

¹⁹

perdón; la dificultad del perdón, lo que hace que el perdón parezca imposible, es que debe dirigirse a lo que sigue siendo imperdonable”.²⁰

BIBLIOGRAFIA

DUNCAN, Gustavo: *Los Señores de la Guerra*, Bogotá. Ed. Planeta, 2007

CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Doc ONU A/CONF. 183/9, 1998.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir: *El perdón*. Barcelona: Seix Barral, 1999.

JANKÉLÉVITCH, Vladimir: “Difficultés du pardon”, *Magazine littéraire*, 333, Paris, junio de 1995.

LE BON, Ybot: *La Guerra en tierras mayas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RIPOL, Santiago: “La nueva doctrina global de defensa preventiva: consideraciones sobre su carácter y fundamento”, en GARCÍA, C y RODRIGO, A (Eds.), *El Imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid: Tecnos, 2004, pp. 141-164.

ROMERO, Mauricio: *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá, D.C., Colombia: Intermedio: Corporación Nuevo Arco Iris, 2007.

ROSS, Rupert: *Returning to the Teaching: Exploring Aboriginal Justice*. Toronto, ON: Penguin Books. Paperback, 1996.

TEITEL, Ruti: *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Cambridge, MA, Spring 2003, pp. 69-94. Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003.

UPRIMNY, Rodrigo y LASSO, Luis Manuel: “Verdad, reparación y justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”, en *Conflicto y seguridad democrática en Colombia*.

²⁰ *Ibidem*

Temas críticos y propuestas, Fundación Social, FESCOL, Embajada de Alemania, Bogotá, 2004, pp. 88-101.

UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, María Paula: “Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades”, en Angélica Rettberg (Edit.) *Entre el perdón y el piedad. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Ediciones UNIANDES/ IDRC, Bogotá, 2005

UPRINMY Yepes, Rodrigo, et al. *¿Justicia Transicional sin transición?: Verdad, justicia y reparación en Colombia*, Bogotá, DeJuSticia, 2006.

WALZER, Michael: *Guerras justas e injustas*, Introducción de Rafael Grassa, Paidós, Barcelona, 2005

ZERH, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, Pennsylvania; Waterloo, Ontario: Herald Press, 1990.

Páginas web

DERRIDA, Jacques. *Justicia y Perdón*. Entrevista a Jacques Derrida de Antoine Spire en Staccato, programa televisivo de France Culturel, del 17 de septiembre de 1998; traducción de Cristina de Peretti y Francisco Vidarte. Edición digital de Derrida en castellano, disponible en: http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/justicia_perdon.htm.

Fecha de consulta: mayo 21 de 2010