

Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos

Marta Gil Blasco*

Recibido: 20 de octubre de 2016 / Aceptado: 11 de diciembre de 2017

Resumen. El presente trabajo es una exposición de los conceptos clave de la justicia transicional. Introduciremos brevemente sus cuatro medidas básicas (responsabilidad penal, búsqueda de la verdad, resarcimiento de las víctimas y garantías de no-repetición), para pasar después a analizar algunos aspectos normativos y dilemas que entrañan dichas medidas. Entre las cuestiones que trataremos se encuentran aquellas relacionadas con las tensiones que suscitan exigencias contrapuestas (por ejemplo, verdad y justicia); los problemas de aplicar un universalismo abstracto a contextos particulares; el complejo equilibrio entre verdad, memoria y reconciliación; una disquisición a propósito del estatuto de víctima y el de perpetrador; y una reflexión respecto al futuro de la justicia transicional.

Palabras clave: Justicia transicional; responsabilidad; búsqueda de la verdad; víctimas; memoria.

[en] Transitional Justice: Key Concepts and Normative Aspects

Abstract. This paper is an exposition about the key concepts of transitional justice. We will introduce briefly its four basic measures (penal responsibility, truth seeking, victim reparations and non-repetition guarantees). After that, we will analyse some of the normative aspects and dilemmas that these measures involve. These questions include: opposite exigencies (for example, between truth and justice); problems related with the application of universal abstract norms to particular contexts; the complex balance between truth, memory and reconciliation; a disquisition about the concept of victim and the concept of perpetrator; and a reflection concerning the future of transitional justice.

Keywords: Transitional justice; responsibility; truth seeking; victims; memory.

Sumario: 1. Introducción. 2. Medidas de la justicia transicional. 2.1. Responsabilidad penal. 2.2. Búsqueda de la verdad. 2.3. Reparación de las víctimas. 2.4. Garantías de no repetición. 3. Aspectos normativos de la justicia transicional. 3.1. Diferentes medidas para diferentes contextos. 3.2. Establecimiento de la verdad, memoria y reconciliación. 3.3. Exigencias contrapuestas. 3.4. Víctimas y verdugos. 3.5. Algunas consideraciones sobre el futuro de la justicia transicional

Cómo citar: Gil Blasco, M. (2018). Justicia transicional: conceptos clave y aspectos normativos, en *Res publica* 21.1, 123-136.

1. Introducción

La justicia transicional es un campo de estudio que se está convirtiendo en objeto de creciente interés para numerosas disciplinas, como por ejemplo la ciencia política, la teoría del derecho y la sociología. El deseo de extender el respeto por los

* Universidad de Valencia
Marta.Gil@uv.es

derechos humanos y por la democracia augura un lugar importante para la justicia transicional en la persecución de dichas metas. No en vano, la justicia transicional es una de las líneas transversales de acción de las Naciones Unidas¹. La creación de organizaciones como el *International Center for Transitional Justice* o, más recientemente, el *Institute for Integrated Transitions*, la publicación de revistas académicas como el *International Journal of Transitional Justice*, o el establecimiento de centros dedicados al estudio de esta cuestión en universidades de todo el mundo, dan cuenta de la atención que está suscitando este campo de estudio.

Se entiende por justicia transicional el conjunto de procesos de enjuiciamiento y atribución de responsabilidad penal, rendición de cuentas, conocimiento y divulgación de la verdad, resarcimiento de las víctimas y reforma de las instituciones cuando en una comunidad política se produce un cambio de régimen. La justicia transicional se encarga, por tanto, de estudiar cómo responden las sociedades a los crímenes o a los daños que han acontecido en su seno. Por una parte, de una forma retrospectiva, haciendo rendir cuentas a los responsables, impidiendo su influencia política, y ocupándose de sacar a la luz la verdad y de reparar a las víctimas. Por otra, mirando al futuro estudiando cómo diseñar un orden político mejor².

Uno de los ejemplos de justicia transicional más memorables e influyentes lo encontramos en los juicios a los que los criminales de la Segunda Guerra Mundial fueron sometidos, no sólo por los procesos de enjuiciamiento, sino también por los esfuerzos que la comunidad internacional realizó para reparar a las víctimas. Desde entonces, han ocurrido más conflictos y posteriores periodos de reconstrucción, cuyo desenlace ha oscilado entre las exigencias de castigo y compensación, y la necesidad de pasar página. Valgan como ejemplos los casos de Sudáfrica, Camboya, Argentina, Chile, la ex Yugoslavia o incluso España. Desafortunadamente, el estado de cosas en lugares como Afganistán, Siria o Ucrania invita a pensar que las experiencias de justicia transicional seguirán sucediéndose en los próximos años.

La justicia transicional toma muchas formas distintas. A grandes rasgos, podríamos decir que existen dos modos de aproximarse a la justicia transicional: desde un enfoque *retributivo*, o bien desde un enfoque *restaurativo*³. El enfoque retributivo se centraría en las medidas judiciales y legales, y el restaurativo en la reconciliación y la voluntad de fortalecer la cohesión social. Aunque conviven con cierta tensión, estos dos enfoques no se excluyen entre sí, como veremos más adelante, sino que se combinan para dar lugar a una transición particular en cada sitio del mundo en función de sus circunstancias concretas.

La justicia transicional gira en torno a cuatro temas básicos: *la persecución de los criminales, la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la reforma de las instituciones públicas*⁴. En definitiva, las medidas de justicia transicional tras el

¹ United Nations. Security Council, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. S/2004/616.", 2004.

² Para una visión generalista de la teoría y práctica de la justicia transicional cf. R. G. Teitel, *Transitional Justice*, New York, Oxford University Press, 2000; N. Roht-Arriaza y J. Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-First Century. Beyond Truth versus Justice*, New York, Cambridge University Press, 2006; y también la página web del International Center for Transitional Justice: <http://www.ictj.org>.

³ Economic and Social Commission for Western Asia, *The Promises of Spring. Citizenship and Civic Engagement in Democratic Transitions*, Beirut, United Nations Publications, 2013, p. 58.

⁴ Si bien considero que las medidas que conforman la justicia transicional pueden resumirse en estas cuatro categorías, en función del documento (ya provenga de un organismo oficial, o de un autor concreto), se añade alguna más, o aparecen bajo epígrafes distintos. Por ejemplo, en este documento: United Nations, "Guidance Note of

conflicto están dirigidas al desarrollo de una sociedad democrática y a la consecución de una paz duradera.

2. Medidas de la justicia transicional

2.1. Responsabilidad penal

La persecución y enjuiciamiento de los criminales constituye una pieza fundamental de la lucha contra la impunidad, la defensa de los derechos humanos y la restitución del estado de derecho. En definitiva, de lo que se trata es de hacer pagar a los responsables por los crímenes cometidos. La clase de violaciones a las que nos referimos aquí son las de naturaleza más grave, como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio⁵. Las investigaciones y juicios pueden ser llevadas a cabo por tribunales nacionales; internacionales (normalmente éstos encausan los crímenes más graves, o aquellos de los que los tribunales a nivel nacional no pueden o no quieren hacerse cargo), como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia; y también por tribunales híbridos, como el Tribunal Especial de Sierra Leona⁶.

No obstante, el hecho de que los criminales sean investigados y enjuiciados, no exime a las autoridades de velar para que éstos estén amparados por el Estado de Derecho. Las investigaciones y los juicios deben ser llevados a cabo con garantías. De lo contrario, no es infrecuente que sea la misma población la encargada impartir su propia forma de justicia, más alentada por el deseo de venganza que por el deseo de justicia. Son bien conocidos los casos de persecuciones, humillaciones públicas o incluso ejecuciones sumarias que han acontecido a lo largo de la historia tras la finalización de un conflicto. Durante la segunda guerra mundial, después de que las tropas aliadas llegaran a Normandía y empezaran a conquistar territorio francés, miles de mujeres fueron acusadas de colaborar con el enemigo alemán, ya fuera manteniendo relaciones sexuales con el mismo o prestándole ayuda de alguna otra manera. Estas mujeres, conocidas como *femmes tondues*, fueron duramente castigadas: se las vejó públicamente, rapándoles la cabeza, desnudándolas y agredirlas⁷. La venganza privada, en resumen, no puede sustituir a la justicia legal en un proceso de transición.

Los castigos también pueden ser muy diversos y pueden consistir en penas más o menos leves, como multas o la prohibición de trabajar en la administración pública, o en castigos más severos, como la prisión o incluso la pena de muerte. Por último, no hay que olvidar que los criminales también pueden ser dispensados de cumplir un castigo

the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice.”, 2010, se añaden las ratificaciones o consultas nacionales; y, en éste otro: S. Gloppen, *Reconciliation and Democratisation: Outlining the Research Fiel*, Bergen, Chr. Michelsen Institute Reports, 2002, la reconciliación es un elemento fundamental.

⁵ Para una discusión acerca de los distintos tipos de criminales, motivaciones, justificaciones, excusas y mitigaciones cf. J. Elster, *Rendición de cuentas. Justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 161-195.

⁶ M. Martínez, *Hacer justicia: Rendición de cuentas y complementariedad entre los tribunales*, Madrid, Fride working papers, 2008.

⁷ F. Virgili. “Victimas, culpables y silenciosas: memorias de las mujeres rapadas en la Francia de la postguerra”, en F. Godicheau y J. Aróstegui (eds.), *Guerra Civil: mito y memoria*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 361-373.

mediante la amnistía, una medida legal extraordinaria dirigida a individuos o grupos concretos cuya principal función sería borrar toda posibilidad de responsabilidad criminal⁸.

2.1. Búsqueda de la verdad

Los procesos de búsqueda de la verdad fueron concebidos como ayuda para que los Estados pudieran investigar violaciones de los derechos humanos. El derecho de las víctimas a conocer la verdad es una cuestión que tanto los tribunales internacionales como los tribunales a nivel local, así como varios tratados, reconocen abiertamente⁹.

Así pues, la investigación acerca de los hechos puede ser impulsada por el propio Estado, principalmente a través de mecanismos judiciales. Pero, en los últimos años han ganado protagonismo las comisiones de la verdad, cuyo papel en la rendición de cuentas y en la promoción de la confianza en las instituciones y en la justicia ha sido relevante. El papel de las comisiones de la verdad es investigar, aunque tampoco hay que perder de vista su función normativa, puesto que pueden elaborar propuestas dirigidas al resarcimiento de las víctimas y a evitar conflictos en el futuro¹⁰.

Una de las comisiones de la verdad más famosas es la de Sudáfrica (*South Africa's Truth and Reconciliation Commission*), puesta en marcha después de la abolición del *apartheid* por Nelson Mandela y Desmond Tutu en 1995. Dicha comisión fue un híbrido entre el gobierno y la sociedad civil. Ésta no dio únicamente cuenta de los abusos y las violaciones de derechos humanos cometidos durante el *apartheid*, sino que también elaboró un programa de reparaciones junto con otras recomendaciones para lograr la reconciliación de la sociedad.

Una de las principales herramientas de las que se valen las comisiones de la verdad son los archivos. El problema, claro está, es que en las sociedades que han salido de un conflicto o un gobierno represivo esta información, o bien es muy difícil de conseguir, o bien ni siquiera existe, puesto que las pruebas que documentan las violaciones de derechos humanos suelen ser destruidas.

Otras medidas que pueden ser necesarias a la hora de preservar el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad son los programas de protección de los testigos y los programas de recopilación de información por parte de las propias iniciativas de justicia transicional, los cuales pueden constituir una valiosa fuente de cara a esclarecer el conflicto, o incluso como herramienta para ayudar a resolver conflictos futuros¹¹.

2.2. Reparación de las víctimas

Todo intento de reparación es incompleto, ya que no se puede volver atrás en el tiempo. Pero, si bien los procesos de compensación no pueden hacer que las víctimas recuperen la totalidad de los bienes perdidos (sean éstos materiales o inmateriales), sí que constituyen, por una parte, un intento valioso de la sociedad por reconocer que la

⁸ Se puede encontrar un excelente monográfico sobre esta cuestión en: M. Freeman, *Necessary Evils. Amnesties and the search for justice*, New York, Cambridge University Press, 2009.

⁹ United Nations, "Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on human rights and transitional justice A/HRC/18/23" 2011, pp. 6-8.

¹⁰ La obra más completa dedicada a las comisiones de la verdad que conozco es: P. B. Hayne, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York, Routledge, 2011.

¹¹ United Nations, "Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice", 2010, p. 8.

dignidad de algunos seres humanos ha sido violada, y que ésta debe ser restituida. Por otra parte, dichos esfuerzos de compensación pueden ofrecer facilidades para la vida en el presente y en el futuro para las víctimas. En definitiva, no se repara el daño íntimo que ha sufrido la persona, pero sí hay una reparación (o una voluntad de reparación) pública¹².

Estas compensaciones pueden ser de tipo material, pero también inmaterial. Y, en cualquier caso, las reparaciones entrañan una compensación moral. En Chile, por ejemplo, se tuvieron en cuenta compensaciones económicas, y, además, se llevaron a cabo otras medidas relacionadas con los derechos sociales y culturales. En este país, la Comisión Nacional para la Verdad y la Reconciliación recomendó al Estado que llevara a cabo medidas para mejorar la calidad de vida de las víctimas. Como resultado, el Parlamento estableció por ley una serie de medidas destinadas a este fin. Dicha ley dispuso que las víctimas supervivientes recibieran una remuneración económica. Asimismo, se resolvió que los hijos de las víctimas tuvieran acceso a todo tipo de servicios sanitarios y también a la educación, incluso a la educación universitaria. Otra importante medida fue dirigida a resarcir a los denominados “exonerados políticos”, esto es, a las personas que perdieron su empleo por razones políticas¹³.

La Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó los principios y guías de acción básicas referentes al derecho al remedio y la reparación dirigidos a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos en el documento, que reconoce el derecho de las víctimas a las compensaciones, y señala que éstas pueden tomar varias formas, incluyendo la restitución, las indemnizaciones económicas, la rehabilitación, y también las garantías de no-repetición, que pasamos a explicar en detalle a continuación¹⁴.

2.3. Garantías de no repetición

Según las Naciones Unidas, las instituciones públicas que han ayudado a perpetuar el conflicto deben ser transformadas en instituciones que promuevan la paz, la protección de los derechos humanos, y que sean garantes de una cultura de respeto del estado de derecho¹⁵. De este modo, construir instituciones que sean justas y eficientes, no es sólo una cuestión de justicia, sino también de prevención, puesto que éstas ayudarán a evitar ulteriores violaciones de los derechos humanos.

Las garantías de no repetición tienen que ver con la reforma de las instituciones públicas de tal modo que éstas dejen de ser utensilios al servicio de la represión y la corrupción. Para que un conflicto no se vuelva a repetir, o para que los ciudadanos puedan confiar de nuevo en las instituciones del Estado, cuando han sido ellas las que han infligido un daño, es preciso que éste expulse de la función pública a todo aquél que haya tenido algún papel relevante en el régimen anterior. Ésta es una de las formas que un Estado tiene no sólo de aceptar la responsabilidad por los hechos

¹² Para saber más acerca de legislación, ejemplos de reparaciones en diferentes países, y estudios temáticos cf. DP. e Greiff, (ed.) *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹³ United Nations *Transitional justice and economic, social and cultural rights*, Geneva, Publishing Service, United Nations, 2014, pp. 41-42.

¹⁴ Cf. United Nations. “The right to a remedy and reparation for victims of violations of international human rights and humanitarian law - Note by the High Commissioner for Human Rights E/CN.4/2005/59”, 2005.

¹⁵ United Nations. “Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on human rights and transitional justice A/HRC/18/23” 2011, p. 1, punto 43.

acontecidos, sino de demostrar a la sociedad su voluntad de regeneración y de garantizar que las hostilidades no se vuelvan a repetir¹⁶.

Dentro de estos programas de veto, tienen especial relevancia aquellos que tienen que ver con los cuerpos de seguridad del Estado y el sistema judicial¹⁷. Pese a todo, es preciso tener en cuenta que es imposible investigar, juzgar y condenar a todos los sospechosos de colaboración o de haber formado parte de las instituciones de un régimen autoritario. Como señala Elster, en ocasiones, “los deseos de exhaustividad y justicia de procedimiento pueden ser mutuamente excluyentes”¹⁸. En la mayor parte de los casos, las autoridades encargadas de la transición se focalizan en los políticos, militares o altos funcionarios responsables de los crímenes. Otra de las dificultades con las que se puede encontrar una sociedad en semejante proceso de regeneración, es la escasez de jueces. En no pocas ocasiones, los miembros del Poder Judicial que se disponen a juzgar tras una transición han formado parte del mismo régimen que va a ser juzgado. Elster recuerda como, luego de 1945, los jueces alemanes se caracterizaron por su obstruccionismo a la hora de condenar a los criminales nazis¹⁹.

Merece la pena recordar que las purgas, expulsiones o sanciones de otro tipo también pueden tener lugar en otros sitios, como las administraciones públicas, los sindicatos o incluso las compañías privadas.

3. Aspectos normativos de la justicia transicional

A mi juicio, podemos distinguir dos tipos de actividades relacionadas con la Justicia Transicional: en primer lugar, tendríamos aquellas cuestiones de orientación más bien práctica, que comprenderían el diseño de medidas a llevar a cabo y su implementación; y, en segundo lugar, tendríamos cuestiones de orientación teórica, que comprenderían la discusión acerca de aspectos normativos o conceptuales.

En el punto anterior hemos defendido que las medidas de la justicia transicional son básicamente cuatro, y que éstas tienen que ver con el castigo de los responsables, la búsqueda y la difusión de la verdad, la compensación a las víctimas y las garantías de no repetición. Ahora bien, el primer problema con el que nos encontramos es que estas exigencias no siempre son compatibles entre sí, o que el protagonismo de unas disminuye la presencia de otras. Así, mientras que desde un punto de vista práctico, de diseño de medidas, se dice que todo proceso de rendición de cuentas debe tomar en consideración estos cuatro aspectos, desde un punto de vista normativo se advierte acerca de los posibles obstáculos con los que dicho diseño debe contar.

3.1. Diferentes medidas para diferentes contextos

En relación a lo que señalábamos en el párrafo anterior, no hay un método universal para la aplicación de las mencionadas medidas. Como advierte David Crocker,

¹⁶ Sobre esta cuestión cf. A. MayerRieckh y P. De Greiff (eds.), *Justice as prevention : vetting public employees in transitional societies*, Social Science Research Council, 2007.

¹⁷ Th. Unger, “The European Union and transitional justice”, en J. Wouters, T. Ruys y S. Blockmans (eds.), *The European Union and Peacebuilding. Policy and Legal Aspects*, The Hague, Asser press, 2010, pp. 387-406, aquí p. 391.

¹⁸ J. Elster, *op. cit.*, p. 248.

¹⁹ *Ibidem*, p. 249.

deberíamos guardarnos de tratar de aplicar un rígido universalismo del tipo “*one size fits all*”²⁰. Las iniciativas que se pongan en marcha tienen que ser acorde con las peculiaridades de cada contexto: cada programa debería estar basado en un análisis minucioso del conflicto, la historia del régimen saliente y la naturaleza o el nivel de gravedad de los abusos cometidos, entre otras cuestiones²¹. No es igual la situación de un gobierno que, en época de guerra, ha tenido que estar al mando de un país enfrentado a otro país (como ocurrió en las guerras mundiales), que la de otro que ha colaborado con el invasor (Francia de Vichy). De forma similar, una sociedad que ha pasado por una guerra civil poco tiene que ver con otra que ha pasado por una guerra contra un enemigo exterior.

En esta línea de razonamiento, Elster clasifica los procesos de justicia transicional conforme a diferentes criterios. El régimen autoritario previo al proceso de transición puede ser endógeno o exógeno, es decir, puede haberse originado dentro del país, o bien puede haber sido impuesto por otros países. Del mismo modo, los procesos de justicia transicional pueden proceder del nuevo régimen, pero también pueden haber sido impulsados por potencias extranjeras. Reproducimos a continuación el cuadro elaborado por el autor para situar diversos países en el universo de casos²²:

	Justicia transicional endógena	Justicia transicional exógena
Régimen autocrático endógeno	Restauración Inglesa	Atenas 403 a.C.
	América Latina	Alemania 1945
	Sudáfrica	Japón 1945
	Bulgaria	Francia 1814
	Rumanía	Francia 1815
	Etiopía	Austria 1945
	Grecia	Ex Rhodesia
	Italia	
	España	
	Atenas 411 a. C.	
Régimen autocrático exógeno	Estados Unidos 1783	Ex RDA
	Argelia 1962	
	Polonia	
	Hungría 1989	
	Checoslovaquia	
	Países ocupados por Alemania durante la 2ª Guerra Mundial	

²⁰ D. Crocker, “Transitional Justice and International Civil Society: Towards a Normative Framework”. En *Constellations* 5 (4), 1998, pp. 492-517, aquí p. 493.

²¹ Economic and Social Commission for Western Asia, *op. cit.* p. 58.

²² J. Elster, *op. cit.*, p. 93.

Otro aspecto a tener en cuenta sería lo que Elster denomina la “dimensión temporal de la justicia transicional”²³. Por un lado, tendríamos la *justicia transicional inmediata*, la cual tiene comienzo prontamente tras la transición, y se resuelve también de forma rápida, dentro de un plazo que no suele superar los cinco años. La *justicia transicional prolongada* también comienza inmediatamente, pero, a diferencia de la anterior, se prolonga en el tiempo hasta su resolución. Por último, la *justicia transicional de segunda ola* consta de tres etapas: en la primera, se da un proceso de justicia transicional; en la segunda, un período de latencia, en el que no se acomete ningún tipo de procedimiento; y, en la tercera, que acontece años (o incluso décadas) después, se inician o se retoman los procedimientos que deberían haber tenido lugar anteriormente.

De forma similar, existen diferencias importantes entre las sociedades que dejan atrás un pasado autoritario y las sociedades que dejan atrás un conflicto civil. En las primeras, el Estado y las instituciones tienen el monopolio de la violencia, y la ejercen contra los ciudadanos, es decir, que el poder del Estado se emplea de forma abusiva y despótica. En el segundo caso, la responsabilidad no recae, por lo menos de forma exclusiva, sobre el Estado, sino que se encuentra repartida entre diversos actores sociales. La sociedad se encuentra inmersa en el caos y la violencia, y todos cometen abusos contra todos. Si bien en ambos casos la sociedad se encuentra fragmentada, dado que un régimen autoritario también requiere de ciertos niveles de complicidad entre la población, la conflagración civil parece suscitar más problemas, ya que la división social es aún más sangrante, y presentará más dificultades a la hora de que las gentes se pongan de acuerdo en cuanto al camino que todos juntos deban emprender. En otras palabras, es probable que una sociedad en la que ha habido un conflicto civil tenga aún más problemas para reconciliarse consigo misma y tomar decisiones acerca de su propio futuro que satisfagan razonablemente las expectativas de las partes implicadas.

En conclusión, podemos decir que a la hora de poner en marcha un proceso de Justicia Transicional será preciso tener en cuenta las características de cada sociedad, del tipo de conflicto que ha atravesado, y sus necesidades más perentorias. Es decir, que deberemos atender al caso particular, incluso si aceptamos que hay principios y valores éticos, como aquellos que tratan de plasmarse en las medidas de Justicia Transicional, que van más allá de cada cultura.

3.2. Establecimiento de la verdad, memoria y reconciliación

La cuestión de los principios y valores que gobiernan nuestra conducta no es un asunto menor cuando hablamos de justicia transicional. El objetivo de estas medidas, se dice, es aprender de los males pasados para mejorar la democracia presente, y diseñar e implementar medidas para construir la sociedad en la que aspiramos a vivir. Pero para caminar hacia esa sociedad es preciso establecer objetivos y fines moralmente relevantes, e identificar y poner en claro los valores que merece la pena que guíen nuestra acción. La identificación de los ciudadanos con estos valores podría articularse a través del patriotismo constitucional, de tal forma que éstos puedan dar forma a un proyecto democrático, inclusivo y respetuoso con todos²⁴. Lo que

²³ *Ibidem*, pp. 95-96.

²⁴ Entendemos por patriotismo constitucional, por decirlo con una fórmula simple, “la unidad de la cultura política en la multiplicidad de las subculturas” (J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barce-

ocurre cuando acontece un conflicto es que un grupo social trata de destruir e imponerse sobre otro u otros que considera antagónicos. En consecuencia, no es extraño ni infrecuente que tras una contienda las partes implicadas estén llenas de odio y resentimiento hacia las otras, y que, además, apoyen proyectos políticos que son incompatibles entre sí. Por esta razón, como alternativa al repliegue sobre el propio grupo (nación, etnia o subcultura de cualquier tipo), y el consiguiente riesgo de que se imponga un proyecto político excluyente, el mencionado patriotismo constitucional podría servir como modelo para construir una “nación de ciudadanos (...) frente a los peligros de desintegración en fragmentos”²⁵.

Otro problema relacionado con esta cuestión es que, a menudo, las partes implicadas en un conflicto tratan de apropiarse los grandes conceptos para sí mismas. Así, todos dicen luchar en nombre de la justicia, de la libertad, e incluso de la paz. Desconocemos si lo hacen con cinismo, o si realmente creen estar defendiendo estos ideales, pero a menudo nos encontramos con argumentaciones que desafían al sentido común en este campo. Puesto que, ni todas las causas son justas, ni tampoco todas son defendibles, habrá que poner a examen dichas causas para ver hasta qué punto protegen o traicionan los nobles principios que dicen patrocinar.

Este asunto se encuentra estrechamente vinculado al descubrimiento de la verdad. Hemos visto que una de las medidas básicas de la justicia transicional consiste en diseminar la verdad, en investigar los hechos acontecidos y darlos a conocer. No obstante, es preciso señalar que la verdad no sólo es algo que se busca, sino que también es algo que se establece. Reconstruir los hechos implica elaborar un relato, a menudo con la voluntad de que prevalezca sobre todos los demás. En primer lugar, la memoria de los hechos no es algo perenne e inmutable, sino que va cambiando en función, entre otras cosas, de las nuevas informaciones que van apareciendo, o de la dirección que vayan tomando las sensibilidades de la sociedad (hay temas que pueden no preocupar en absoluto a una generación, pero sí a la siguiente, o temas que por los que sí existiera una preocupación previa, pero cuya discusión en la arena pública no fuera posible por la falta de libertades).

En ocasiones, el relato elaborado por una de las facciones se contrapone al relato elaborado por la facción antagonista y coexiste o se solapa con el mismo en el tiempo. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Guerra Civil española, cuyo recuerdo era muy otro en función del bando al que hubiera pertenecido la persona, o del bando al que hubieran pertenecido sus seres queridos. Asimismo, los relatos oficiales de cada bando se mezclaban con las vivencias personales de cada individuo.

Así pues, el establecimiento de la verdad es siempre un tema controvertido que se encuentra íntimamente ligado a la cuestión de la memoria. Como señala Tzvetan Todorov, la memoria en sí misma es una construcción, puesto que en ella se da una selección de hechos y una jerarquización de los mismos. Toda selección, por supues-

lona, Paidós, 1999, p. 94). Es decir, una cultura política mediante la cual los ciudadanos comparten un proyecto político de mínimos (establecimiento de cauces legales para resolver los conflictos sobre la base de los derechos individuales, del principio de tolerancia, etc.) desde sus respectivas subculturas o formas de vida. Habermas emplea el término para referirse a las sociedades en las que la población, lejos de ser culturalmente homogénea, está conformada por diferentes grupos étnicos, religiosos o con distintas visiones del mundo, teniendo en mente principalmente los Estados-nación, así como la identidad europea. Sin embargo, este concepto también podría ser útil a la hora de construir la identidad de una sociedad post-conflicto o que ha superado un régimen autoritario, esto es, en proceso de justicia transicional.

²⁵ *Ibidem*, p. 95.

to, conlleva un olvido selectivo, que “no es menos constitutivo de la identidad que la salvaguarda de los recuerdos”²⁶. Por otra parte, el autor señala que dicha selección no es llevada a cabo por eruditos, sino que quienes los recopilan y disponen jerárquicamente son las élites con vistas a proteger sus propios intereses. De este modo, “el objetivo prioritario de estos grupos no es conocer el pasado con exactitud, sino lograr que los demás reconozcan su lugar en la memoria colectiva, y por lo tanto en la vida social del país”²⁷.

3.3. Exigencias contrapuestas

Una de las dificultades más importantes en los procesos de justicia transicional se presenta cuando las exigencias de verdad y las de alcanzar la paz colisionan entre sí. ¿Es imperativo sacar siempre a la luz los hechos ocurridos en el pasado? Si ello constituye un impedimento para la concordia social, ¿es preferible pasar sobre ellos de puntillas, o hay que hacer prevalecer su conocimiento y difusión? ¿Es suficiente con investigar la verdad, o también es preciso castigar a los culpables sin excepción?

Por lo que refiere a castigar a los culpables sin excepción, parece obvio que todo culpable de un crimen debería ser castigado. No obstante, algunas sociedades han optado por obrar de una forma distinta. En Sudáfrica, las negociaciones tras el *apartheid* se centraron principalmente en la reconciliación y la amnistía, en vez de en el castigo de los perpetradores²⁸. Se optó por una ley de amnistía que permitió a los culpables hablar de los crímenes sin el temor a ser penados por ellos. Pero esto no se hizo con el objetivo de librarles de toda responsabilidad, sino que, de acuerdo con los negociadores, esta forma de proceder servía a dos fines: por una parte, el relato de los perpetradores ofrecía la posibilidad de esclarecer los hechos, esto es, su relato era la forma que la sociedad tenía de acceder a la verdad; por otra parte, era una oportunidad para el reconocimiento y la sanación psicológica de las víctimas.

La valoración de estas prácticas ha sido muy variada en la literatura sobre el tema. Para algunos, esta fórmula ha sido una forma efectiva de aclarar los hechos y proporcionar cohesión a la sociedad. Pero otros han considerado estas medidas insuficientes. En primer lugar, porque las reparaciones materiales fueron tan reducidas que se acercaban más a la categoría de reparaciones simbólicas. Y, en segundo lugar, porque la sociedad civil tuvo poco que ver en el proceso de negociación, por lo que las gentes no comprendían el funcionamiento de la comisión de la verdad, ni los fundamentos legales de su derecho a la reparación, ni otras consideraciones de tipo político²⁹. Algunos estudios señalan que, cuando las víctimas eran preguntadas de forma privada acerca de sus preferencias, éstas referían que su prioridad eran las compensaciones monetarias, mientras que saber más acerca de los crímenes era una exigencia secundaria³⁰. La falta de recursos económicos entre las víctimas puede hacer que cualquier otra cosa que no sea una compensación material parezca un lujo, o algo deseable pero no prioritario. La exigencia de justicia puede así quedar

²⁶ T. Todorov, *El miedo a los bárbaros*. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2014, p. 93.

²⁷ *Ibidem*, p. 93.

²⁸ Ch. J. Colvin, “Overview of the Reparations Program in South Africa”, en P. De Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 177-179.

²⁹ *Ibidem*, p. 190.

³⁰ *Ibidem*, p. 191.

subordinada a otras cuestiones más mundanas, incluso desde la perspectiva de las propias víctimas.

Evidentemente, toda reflexión a propósito de las medidas que pueden tomarse en un proceso de justicia transicional suscita innumerables interrogantes acerca de cómo estas deben ser llevadas a cabo: ¿hasta qué punto es razonable que, dada la escasez de recursos materiales, los miembros de una sociedad destinen parte de estos recursos a tratar de resarcir unos crímenes que ocurrieron mucho tiempo atrás, y sobre los cuales, además, tienen poca o nula responsabilidad? A la hora de compensar a las víctimas, ¿se debe hacer con arreglo a los daños que se les infligieron, o atendiendo a sus necesidades presentes?

Volviendo al dilema anterior, que plantea la tensión entre justicia y verdad, nos encontramos con que el conocimiento y, sobre todo, la memoria de los hechos, lo mismo puede impulsar la reconciliación que azuzar el odio y la sed de venganza. David Rieff refleja esta ambivalencia de la memoria en su libro *Against remembrance*. El título nos dice ya cuál es su posición al respecto: “La memoria histórica raramente es tan hospitalaria con la paz y la reconciliación como con la incitación al resentimiento, al martirologio de la batalla y al mantenimiento de la enemistad”³¹. No obstante, como señala el propio autor, alertar sobre los abusos de la memoria no es equivalente a hablar de perdón y reconciliación, por lo menos cuando el conflicto es aún reciente. A pesar de que no es fácil establecer cómo deberíamos proceder para no traicionar la exigencia de verdad (ni tampoco la de justicia), podríamos aventurar que uno de los criterios (que no el único) podría ser temporal: que el conocimiento de los hechos, el resarcimiento de las víctimas y el castigo de los culpables primara cuando el lapso de tiempo entre el final del conflicto y el proceso de transición fuera corto, pero que el requerimiento de dejar de alimentar la memoria de la conflagración y hacer prevalecer la cohesión social y la paz se hicieran imperativas cuando éste quedara atrás. Encontramos algunos ejemplos de la necesidad de rendición de cuentas en la situación del País Vasco o en la de Colombia, y de la exigencia de dejar de alimentar un pasado traumático en conflictos ya acontecidos como los de Bosnia o Ruanda. Merece la pena recordar que, cuanto más distancia haya respecto a los eventos más cruentos, tanto más se diluirán los deseos de retribución, siempre y cuando éstos no sean alimentados constantemente mediante el recurso a la memoria.

Hablar de reconciliación tampoco es sencillo. Por una parte, ésta no puede basarse en el célebre lema “*letting the bygones be bygones*”. Como venimos señalando, el conocimiento de la verdad y la reparación de las víctimas parecen ser condiciones *sine qua non* para la reconciliación. Por otra parte, como ya hemos indicado antes, es improbable que tras un conflicto las diferencias se esfumen sin más, por lo que los miembros de la nueva sociedad deberán buscar la forma de convertir a los antiguos enemigos acérrimos en meros adversarios o contendientes políticos. Pese a estar en desacuerdo en lo que refiere a sus creencias y formas de vida, todos han de comprender que son conciudadanos (o vecinos, si nos referimos a un conflicto entre países), y que, por lo tanto, deberán encauzar sus divergencias mediante un marco legal y político que regule la forma de pueden tomar dichos desacuerdos.

31 D. Rieff, *Against Remembrance*. Melbourne, Melbourne University Press, 2011, p. 68.

3.4. Víctimas y verdugos

Otra cuestión relevante consiste en identificar a víctimas y victimarios. Para determinar quiénes son culpables es preciso, en primer lugar, establecer de forma clara qué constituye un crimen y qué clase de actos cae dentro de esta categoría. Evidentemente, los abusos más graves son el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y las violaciones graves de los derechos humanos. Los últimos incluyen la tortura y otros tratos similarmente crueles, inhumanos y degradantes; las ejecuciones sumarias y extra judiciales; la esclavitud; las desapariciones forzadas; la violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable³².

Ahora bien, como señala Elster, entre los criminales también podemos distinguir diferentes clases de individuos³³. En primer lugar, estarían los que dan órdenes; en segundo lugar, los que las ejecutan; en tercer lugar, los eslabones intermedios (mediadores entre los primeros y los segundos); y, por último, los facilitadores. Si bien las tres primeras categorías son transparentes, es posible que esta última precise de aclaración. Entrarían dentro de la misma actos de colaboración como los que se llevaron a cabo en los países ocupados durante la 2ªGM, por ejemplo, entregando a los alemanes registros de las familias judías que residían en dichos territorios, y también otras prácticas, como colaborar económicamente con el enemigo, o poner a su disposición algún tipo de infraestructuras.

Mark Osiel ha señalado la dificultad de castigar los crímenes masivos, debido precisamente a la fragmentación de la responsabilidad. Las causas penales se dirigen a individuos concretos, pero esta clase de crímenes no son crímenes privados, sino que tienen una dimensión colectiva³⁴. En una línea similar, Jonathan Glover habla de una “erosión de la identidad moral”³⁵, en la que la división del trabajo juega un papel fundamental a la hora de llevar a cabo crímenes masivos. Así, una persona que participa en un fusilamiento, tiene consciencia de haber matado una persona. Pero esta consciencia, y, en consecuencia, la responsabilidad que la acompaña, se diluyen cuando el agente no aprieta el gatillo, sino que se limita a transportar víctimas, a realizar actividades burocráticas, o a concentrarse en los aspectos técnicos de un campo de exterminio. Otro mecanismo de distanciamiento es la negación de lo que se está haciendo, por ejemplo, mediante el empleo de términos asépticos para designar actos criminales. De este modo, “la negación opera haciendo que los horrores parezcan irreales”³⁶. Son bien conocidas etiquetas tales como “solución final”, o “evacuados”, “reinstalados” o “enviados al Este” para referirse a las deportaciones de judíos durante el nazismo. A pesar de que estos mecanismos colectivos sirven para que los individuos eludan su responsabilidad moral, éstos siguen siendo susceptibles de responsabilidad penal, la cual, como señala Osiel, apunta a individuos concretos, podríamos añadir que con independencia de las excusas grupales a las que éstos se acojan.

Por lo que hace al estatuto de víctima, es preciso determinar qué tipo de daños y privaciones convierten a las personas en víctimas. Estos daños pueden ser de tipo

³² United Nations. “Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice.” 2010, p. 4 y nota 8.

³³ J. Elster, *op. cit.*, p. 143.

³⁴ Esta es la idea de fondo de: M. Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity*, New York, Cambridge University Press, 2009.

³⁵ J. Glover, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, Madrid, Cátedra, 2007, p. 478.

³⁶ *Ibidem*, p. 480.

material, como la pérdida de bienes muebles e inmuebles; pérdidas personales, que comprenderían cualquier violación de derechos humanos; y también las pérdidas intangibles, como la desigualdad o la pérdida de oportunidades³⁷. A las víctimas que han padecido este tipo de perjuicios cabría añadir, en algunos casos, el sufrimiento de los familiares.

La categoría de víctima, no obstante, tampoco está exenta de problemas. Como ocurría con la memoria, el victimismo lleva a que las personas que cometen hoy injusticias justifiquen sus acciones haciendo referencias a las injusticias que ellos en algún momento padecieron, aun si tales acontecimientos ocurrieron hace cientos de años. Por otra parte, a menudo las personas aceptan de muy buen grado ser reconocidos como víctimas, aun si la aplicación de este concepto a ellos mismos resulta absurda. Como señala Todorov “haber sido víctima da derecho a quejarse, a protestar y a pedir”, y, además, los otros se sienten interpelados y obligados a satisfacer mis necesidades³⁸. Y, si esto ocurre en el caso de los individuos, tanto más en el caso de los grupos: “si se consigue establecer de manera convincente que un grupo fue víctima de la injusticia en el pasado, esto le abre en el presente una línea de crédito inagotable”³⁹. Es decir, que lo que se pretende es tener acceso a privilegios por el mero hecho de pertenecer a un grupo que en algún momento, aunque éste sea lejano en el tiempo, haya sido desfavorecido.

3.5. Algunas consideraciones sobre el futuro de la justicia transicional

En los últimos años, han aparecido voces que señalan la importancia de acompañar los procesos de justicia transicional de medidas para el desarrollo humano⁴⁰. De este modo, para alcanzar y mantener la paz sería preciso no sólo llevar a cabo las medidas de las que hemos hablado (responsabilidad penal, búsqueda de la verdad, reparación de las víctimas y garantías de no-repetición), sino también empoderar a los ciudadanos logrando el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos (ser iguales ante la ley, disfrutar de libertad de conciencia, poder votar y ser votado, etc.), así como de sus derechos sociales y culturales (disponer de un estándar de vida digno, tener acceso a la educación y a servicios sanitarios, etc.).

Pese a las valiosas aportaciones que se han hecho en el campo de la justicia transicional, algunos autores alertan de que un exceso de optimismo puede llevarnos a error, y a dar por buenas soluciones que resultan no serlo tanto. Mark Osiel ha señalado la cara oscura de algunos aspectos relacionados con la justicia transicional. Por ejemplo, los juicios pueden resultar tan dilatados en el tiempo que permitan que los criminales eviten el castigo. La resignación de las víctimas, que terminan por convivir estoicamente con sus abusadores, es en numerosas ocasiones otra desafortunada realidad. Por otra parte, el caos económico y social que se vive en una sociedad post-conflicto también puede llevar a que el castigo de los culpables quede en un plano secundario, o a que éste ni siquiera llegue a término. Como indica Osiel, en los 90 “la justicia transicional se convirtió rápidamente en una norma a la que los estados post-conflicto debían suscribirse formalmente para mostrar al mundo su compromiso

³⁷ J. Elster, *op.cit.*, p. 152.

³⁸ T. Todorov, *Los abusos de la memoria*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 57.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cf. P. De Greiff y R. Duthie, *Transitional Justice and development. Making connections*, U.S., Social Science Research Council, 2009.

con el estado de derecho, y, por lo tanto, como seguros para la ayuda y la inversión extranjeras⁴¹. Por desgracia, prosigue el autor, la justicia transicional resultó ser en no pocas ocasiones un mero eslogan retórico que no sirvió para que los nuevos gobernantes dejaran de reprimir a sus oponentes políticos legítimos. La justicia transicional, por tanto, se transfiguró en un espantajo completamente ajeno a su ideal.

Makau W. Mutua comparte este escepticismo. Mientras que el ideal promulga la renovación de una sociedad y las posibilidades de prosperidad que se abren, la experiencia nos ha mostrado que todo proyecto de transición es enormemente complicado y tiende al colapso. En algunas sociedades, los miembros del régimen anterior siguen teniendo acceso al poder, o incluso acaparándolo de nuevo. En otras ocasiones, el régimen entrante tiene sed de poder, pero no de transformación, y el entusiasmo inicial deja paso a viejos hábitos, como la dominación y la corrupción⁴².

Otra cuestión relevante que es preciso plantear de cara al futuro es si la justicia transicional también es necesaria en democracias establecidas, o si sólo lo es en las sociedades que han atravesado un conflicto bélico o similar. Si bien cuando se habla de justicia transicional los autores suelen referirse habitualmente a sociedades que han pasado por una guerra civil o por un régimen autoritario, algunos aspectos de la justicia transicional pueden ser aplicados a países con democracias bien establecidas. En primer lugar, algunas democracias ya asentadas también pueden tener algún aspecto de su pasado (o incluso de su presente) por el que quepa exigir rendición de cuentas. Por otra parte, en muchos casos, las medidas podrían ir dirigidas no tanto a resarcir violaciones graves de los derechos humanos como a reforzar la democracia y tratar de mantenerla saludable. Como señala Aurelio Arteta, “la democracia, además de un régimen determinado, es ante todo un ideal político. Ninguna democracia establecida coincide con *la* democracia, es decir, con lo que demanda ese proyecto en dosis de igualdad, libertad, participación cívica o tolerancia”⁴³. La democracia, por tanto, “es una tarea inacabable”.

⁴¹ M. Osiel, *op. cit.*, p. x.

⁴² M. W. Mutua, “What is the Future of Transitional Justice?”, en *International Journal of Transitional Justice*, 9, 2015, pp 1-9, aquí p. 2.

⁴³ A. Arteta, (ed.), *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Madrid, Alianza, 2008, p. 26.