

DEBATIENDO SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL: MEMORIA, PERDÓN Y CASTIGO

Rafael ESCUDERO ALDAY*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Por qué recurrir a la justicia transicional?* III. *Los conflictos a la hora de aplicar medidas de justicia transicional*. IV. *La participación de las víctimas y la ciudadanía, ¿derecho de veto?* V. *Recapitulación: cuestiones para el debate*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN¹

En su trabajo “Memoria, perdón y castigo”,² el profesor Rodolfo Vázquez defiende la tesis de que, en situaciones de transición de dictaduras a democracias, debe apelarse a la memoria y practicar el “castigo garantista” frente a alternativas que van desde el olvido hasta el “castigo ejemplarizante”, pasando por la tolerancia, el perdón o la reconciliación.

Todas y cada una de estas posibilidades presentan numerosas cuestiones a debatir. En primer término, Rodolfo Vázquez plantea la relativa a los contenidos y límites de las denominadas políticas de reconciliación. ¿Deben éstas sustituir a la justicia en esas especiales situaciones que son los procesos de transición política de dictadura a democracia? ¿Es la reconciliación, como sucedió por ejemplo en España, un concepto que puede utilizarse para imponer y legitimar un pacto de silencio sobre el pasado?

Por otro lado, resultan también ineludibles las cuestiones sobre el papel de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en

* Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D de la Dirección General de Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid titulado “New Trust-CM. Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad” (S2015/HUM-3466).

² Vázquez, Rodolfo, “Memoria, perdón y castigo”, en Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009, pp. 65-77.

el pasado a la hora de determinar estrategias de perdón y reconciliación de cara al futuro. Así, ¿es exigible a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos una aceptación del perdón y arrepentimiento mostrado por los victimarios, una vez probado su carácter sincero y demostrada la voluntad de arrepentimiento por parte de aquéllos? ¿Hasta dónde llega el rol de las víctimas a la hora de diseñar políticas de reconciliación tras un pasado conflictivo y violento? La línea entre lo público y lo privado debe ser aquí cuanto menos planteada y debatida.

Por último, en el trabajo de Rodolfo Vázquez se plantea la dialéctica entre el castigo prudencial y el castigo garantista para enfrentar las violaciones de derechos humanos. Desde una clara preferencia por el segundo, son múltiples las dudas que surgen a la hora de implementarlo: ¿hasta dónde debe llegar el castigo? ¿Quién y en qué ámbito debe ejercerlo? ¿Es diferente el castigo bajo el marco de la llamada justicia transicional? ¿Es compatible castigar graves violaciones de derechos humanos con medidas de justicia restaurativa que pudieran eludir la pena de prisión? Son éstas algunas de las preguntas que surgen a la vista de procesos no ya del pasado, sino actuales y en marcha, como el que se dirime estos días en Colombia.

Abordar estas cuestiones para debatirlas a partir de los argumentos esgrimidos por Rodolfo Vázquez es el objetivo de mi contribución a su libro-homenaje.

II. ¿POR QUÉ RECURRIR A LA JUSTICIA TRANSICIONAL?

Vivimos tiempos en los que la justicia transicional está de moda. Tanto para referirse a procesos de transición política desde regímenes dictatoriales a otros basados en la democracia y el *rule of law*, como para articular agendas de consolidación de la paz que superen conflictos internos o internacionales, se recurre al concepto de justicia transicional con un doble objetivo. Por un lado, para desarrollar políticas públicas que permitan reparar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, bien por las autoridades de regímenes dictatoriales bien en el marco del conflicto que se pretende superar. Por otro, para diseñar estrategias que permitan consolidar sociedades democráticas basadas en el respeto al *rule of law* y a los derechos humanos. Sólo así podrá alcanzarse la ansiada paz y la reconciliación social.

De acuerdo con Naciones Unidas, la justicia transicional se define como “el conjunto de procesos y mecanismos asociados con el intento de una sociedad de enfrentarse y superar un pasado de abusos a gran escala para

asegurar responsabilidad, obtener justicia y lograr la reconciliación”.³ Entre sus medidas se incluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales para castigar a los culpables de graves violaciones de derechos humanos, sistemas de acceso a la justicia penal para las víctimas, la búsqueda de la verdad, así como un conjunto de medidas dirigidas a conseguir la reparación integral de las víctimas, tanto económicas como morales.⁴

En la actualidad, el concepto de justicia transicional goza de gran predicamento entre sectores académicos y ciudadanos.⁵ Tanto es así que su grado de implantación y desarrollo se configura ya como un auténtico test a la hora de valorar el éxito de los procesos de democratización o de superación de pasados conflictivos y violentos. En este sentido, son dos las variables utilizadas a la hora de calibrar el éxito: por un lado, la satisfacción de los derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado; y, por otro, la consolidación de sociedades democráticas, con respeto al *rule of law* y a la cultura de los derechos humanos.

1. *Los contenidos de la justicia transicional: derechos y políticas públicas*

En cuanto a los contenidos de la justicia transicional, ha devenido un lugar común en la doctrina su clasificación en función de los derechos a que pretenden dar satisfacción. Se habla así de los derechos a la verdad, la justi-

³ Véase el informe del secretario general de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”, 23 de agosto de 2004 (S/2004/616), disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf> (consultada el 25 de julio de 2016).

⁴ Téngase en cuenta el carácter ambiguo del término justicia transicional. En efecto, con el mismo no sólo se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos y políticos, sino también a la disciplina dedicada a su estudio. Además de juristas de diferentes ramas —como internacionalistas, penalistas, constitucionalistas o iusfilósofos—, historiadores, politólogos y filósofos se ocupan de su estudio. Bengoetxea, J., “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013, pp. 30-58.

⁵ El origen del concepto de justicia transicional se sitúa en la década de los noventa del siglo pasado. En concreto, su maternidad suele atribuirse a Teitel. No obstante, con el mismo se hace referencia a un conjunto de instrumentos que ya se venían poniendo en marcha desde finales de la Segunda Guerra Mundial; en concreto, desde los juicios de Nuremberg. Teitel, R., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94.

cia y la reparación, cuya titularidad corresponde las víctimas de esas graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado.⁶

El derecho a la verdad se satisface mediante la adopción de políticas públicas que indaguen en lo sucedido y saquen a la luz todos los aspectos de las violaciones de derechos humanos acaecidas en el pasado. Quiénes son las víctimas y los victimarios, cuál fue la génesis del conflicto o las causas reales de esa victimización, o cuál fue su alcance real, son preguntas ante las que el Estado debe ofrecer una amplia respuesta no sólo a las víctimas, sino incluso al conjunto de la sociedad. Y para ello la medida que hasta la fecha con más éxito se ha implantado consiste en la creación de comisiones de la verdad dirigidas a reconstruir y presentar públicamente el relato de las violaciones de derechos humanos. Desde la base de tratarse de organismos independientes de las instituciones de gobierno del Estado, cuál sea el diseño, organización y forma de funcionamiento de estas comisiones es algo que dependerá del contexto y realidad de cada país.⁷

La satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia requiere la investigación oficial de los hechos violentos, el procesamiento de sus autores y la imposición de la correspondiente sanción, si procede, en el marco de un proceso penal ajustado a los principios del debido proceso y el juicio justo. Es decir, mediante un “castigo garantista”, siguiendo los términos de Rodolfo Vázquez.⁸ Asimismo, la consecución de la justicia incluye el derecho de las víctimas a interponer recursos efectivos para la puesta en marcha de esta investigación de carácter penal; recursos que deben ser articulados en las legislaciones internas como instrumentos de lucha contra la impunidad.

Finalmente, las víctimas son titulares de un derecho a la reparación integral por el daño sufrido, lo que supone no sólo medidas de reparación económica (indemnización, restitución y rehabilitación), sino también medidas de satisfacción o reparación moral (declaraciones de asunción de responsabilidades, peticiones institucionales de perdón, reconocimiento al más alto nivel institucional del daño causado, etcétera). De nuevo, el cariz y extensión de estas políticas de reparación es algo que dependerá de las cir-

⁶ Desde diferentes fuentes (derecho internacional consuetudinario, tratados internacionales o declaraciones de *soft law*), se ha ido construyendo todo ese cuerpo normativo que ha cristalizado en este sector emergente del derecho internacional que resulta ser la justicia transicional.

⁷ Medidas como la apertura de archivos, el acceso a documentos oficiales tanto por víctimas como por especialistas interesados en el estudio del pasado, o el fomento de investigaciones de carácter historiográfico, sociológico o politológico, también se dirigen a satisfacer el derecho a la verdad.

⁸ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 66.

cunstancias concretas de cada país y cada momento, pero sí parece haber cierto consenso en la necesidad de que las víctimas estén presentes desde un primer momento en su diseño e implementación.

El contenido de la justicia transicional se completa con un conjunto de medidas adicionales dirigidas a garantizar la no repetición de las situaciones violentas. Así, junto a políticas educativas, dirigidas a concientizar a la población sobre la necesidad de fortalecer una cultura de los derechos humanos, se reclaman medidas de reforma institucional, dirigidas a erradicar de sus funciones públicas a personas y dirigentes que desde los diferentes poderes del Estado (por ejemplo, ejército, cuerpos de policía o Poder Judicial) participaron y/o colaboraron activamente con la presión y la violencia. El cambio de personas —por supuesto, mediante procesos sancionatorios administrativos donde quede acreditada tal colaboración— resulta decisivo para un cambio de prácticas y de mentalidades, fortaleciendo así la necesaria cultura de los derechos humanos sin la que ninguna sociedad democrática puede desarrollarse plenamente.

2. *Los objetivos de la justicia transicional: individual y colectivo*

De acuerdo con los contenidos señalados con el epígrafe anterior, pueden distinguirse dos objetivos de la justicia transicional. En primer lugar, restablecer la dignidad y reparar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (un objetivo que podría denominarse individual). Éstas son, en este ámbito, las destinatarias de sus medidas, dirigidas pues a repararlas y a castigar a los culpables de tales violaciones. En segundo término, garantizar el *rule of law* y lograr la reconciliación social (un objetivo que podría denominarse colectivo). Las garantías de no repetición pueden encuadrarse bajo este objetivo. En este segundo ámbito las medidas de la justicia transicional no se dirigen tan sólo a las víctimas, sino también a toda la sociedad.

El tránsito de lo individual a lo colectivo ha caracterizado la evolución de la justicia transicional. De un enfoque inicial basado en la justicia retributiva (del cual los juicios de Nuremberg son un buen ejemplo) se evolucionó hacia otro basado en la justicia restaurativa. Así, de los enjuiciamientos penales como elemento central se pasó a las comisiones de la verdad y a las medidas restitutivas. En efecto, los ejercicios de búsqueda de la verdad, memoria histórica y las políticas de retribución integral a las víctimas han sido centrales en el devenir de la justicia transicional y en la forma como ésta se entiende en la actualidad.

La razón de esta evolución se encuentra en la vinculación de la justicia transicional con la consolidación del Estado de derecho y la normalización democrática.⁹ Los procesos transicionales llevados a cabo en Latinoamérica y en la Europa del Este en el último cuarto del siglo pasado son un buen ejemplo de este cambio de perspectiva. En este contexto histórico, la aparición de las amnistías, como instrumento de consecución de la paz, se presenta como el caso paradigmático de la supeditación de la justicia penal en favor de esa reconciliación social que permita construir un futuro en términos democráticos.

Esta evolución permite apreciar con claridad los dos objetivos o fines de la justicia transicional, uno de carácter individual y otro colectivo. Aunque permite apreciar también la interacción que se produce entre ambas dimensiones; garantizar los derechos de las víctimas, por un lado, y alcanzar la reconciliación social desde premisas democráticas, por otro. Pero, como se verá más adelante, la necesidad de satisfacer ambos fines hace que puedan surgir conflictos a la hora de adoptar tal o cual medida. Por citar tan solo un ejemplo, las amnistías pueden contribuir a la paz social colectiva, pero afectar negativamente al derecho de las víctimas a la justicia. Cómo se seleccionen medidas, momentos y fines es algo que dependerá de cada contexto político.

Así, una agenda basada en la justicia transicional sólo tendrá éxito si ambos objetivos son desarrollados conjuntamente, aunque no todas sus medidas sean implementadas con la misma extensión e intensidad. La justicia transicional requiere de un enfoque holístico. La complementariedad a la hora de desarrollar sus medidas resulta decisiva a la hora de lograr una exitosa implementación. No parece que en su conjunto puedan funcionar, alcanzando los objetivos para los que fueron diseñadas, si no es a través de la interrelación entre ellas.¹⁰ En efecto, los juicios penales deberían ir acompañados de políticas de reparación económica y moral a las víctimas, de la misma forma que las comisiones de la verdad deberían complementarse con juicios penales. Por tanto, la forma como una sociedad ponga en marcha y desarrolle políticas públicas de justicia transicional debería ser evaluada de acuerdo con el grado de cumplimiento de estos dos objetivos.

⁹ Teitel, R., “Transitional Justice...”, *cit.*

¹⁰ Así lo entiende el International Center of Transitional Justice de Nueva York. Véase el informe “What is Transitional Justice?”, disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf> (consultada el 25 de julio de 2016).

III. LOS CONFLICTOS A LA HORA DE APLICAR MEDIDAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Quizá sea ésta doble dimensión (individual, destinada a las víctimas, y colectiva, dirigida a toda la comunidad) el elemento que caracteriza a la justicia transicional. En todo caso, sí es uno de sus puntos más conflictivos. Parece claro que las denominadas dimensiones individual y colectiva de la justicia transicional pueden entrar en conflicto entre sí. Satisfacer una puede suponer ignorar o menospreciar la otra. Por un lado, la consecución del objetivo de reparar a las víctimas mediante juicios penales puede hacer peligrar el objetivo de alcanzar la paz social. Por otro lado, la búsqueda de la paz social puede requerir sacrificios —llámense amnistías— en todo lo relativo a la consecución de la justicia penal.

Dada la complejidad que supone poner en marcha a la vez y con similar intensidad todas las medidas que conforman la justicia transicional, dependerá de las particulares circunstancias de cada caso la decisión sobre por cuáles de ellas comenzar y cuáles postergar o, incluso, cuáles no implementar. Recuérdese el contexto en el que estas medidas se van a aplicar: sociedades recién salidas de regímenes dictatoriales o de periodos de conflicto interno. Un contexto que, como parece obvio, no pone nada fácil su implementación.

Las decisiones al respecto son manifiestamente políticas. Pero, ¿sin límites? ¿Todo vale con el objetivo de alcanzar la deseada reconciliación social? O, por el contrario, ¿hay “líneas rojas” que no deben ni pueden ser traspasadas, y que tienen que ver con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado? En suma, ¿debe el derecho establecer un límite a la libre voluntad colectiva de una sociedad a la hora de poner en marcha su proceso de transición política a la democracia?

1. *La justicia transicional, ¿frente a la justicia penal garantista?*

Un primer bloque de problemas se plantea con relación a cómo encajar los instrumentos de lucha contra la impunidad con los parámetros propios del derecho penal garantista requeridos en toda sociedad democrática. Se asume por la doctrina —y así lo viene reconociendo el emergente derecho internacional penal— que las graves violaciones de derechos humanos no pueden quedar impunes. Afectan a la conciencia de la humanidad y de aquí que sus víctimas no sean sólo las personas cuyos derechos se ven inmediata

y directamente vulnerados, sino más bien todos nosotros. Son “crímenes contra la humanidad” y como tales deben articularse instrumentos jurídicos para el castigo de sus autores. Como afirma Rodolfo Vázquez, “el reconocimiento de los derechos humanos y su flagrante violación, son un límite al ejercicio de la tolerancia”.¹¹

Su condición de intolerables justifica la inclusión de instrumentos jurídicos para su castigo, sea cual sea el momento y lugar donde se hayan producido. En favor de ello se alega la tesis moral de la universalidad de los derechos humanos. Si las personas nacen y permanecen iguales en derechos, si éstos son previos al Estado y este únicamente reconoce una pretensión moral derivada del principio de dignidad humana, entonces lo coherente es establecer una serie de mecanismos jurídicos que hagan posible su efectividad en todo tiempo y lugar. Instrumentos que protejan estos derechos y que castiguen su violación más allá del momento en que se cometieron (por ejemplo, la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y su carácter de no amniables) o del lugar donde se produjeron (mediante la extensión del principio de jurisdicción universal).

Pero esta lucha contra la impunidad implica excluir categorías propias de un derecho penal garantista como la prescripción de los delitos. Esta exclusión supone sacrificar el principio de seguridad jurídica —un principio clásico del Estado de derecho— en favor de las dimensiones individual y colectiva de la justicia transicional. En efecto, el citado principio cede ante la necesidad de evitar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos que deben ser perseguidas por el nuevo sistema si éste quiere asentarse desde bases democráticas y la cultura de los derechos humanos. Sin duda, es difícil encontrar el equilibrio entre todos estos principios en juego, pero lograrlo es otro de los elementos característicos de esta forma de hacer justicia, que viene a ser la justicia transicional.

En apoyo del argumento moral que acaba de reseñarse, acude también un argumento político. Las medidas de la justicia transicional contribuyen a forjar una democracia de mayor calidad, donde primen el *rule of law* y la cultura de los derechos humanos. Es decir, que son mejores democracias aquellas en las que, tras periodos conflictivos o dictatoriales, se han llevado a cabo políticas de justicia transicional y, especialmente, enjuiciamientos penales a los victimarios. Por ejemplo, la búsqueda de la justicia en la Latinoamérica de los años ochenta del siglo pasado no dificultó la consolidación de la democracia, sino todo lo contrario. Las sociedades que llevaron a cabo esos juicios —como la argentina— se han fortalecido más que aquellas en

¹¹ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 69.

las que no se produjeron, de manera que hoy se encuentran en mejores condiciones para evitar la repetición de hechos violentos en el futuro.¹²

Frente a esta conclusión, se arguye una tesis escéptica,¹³ según la cual no existe prueba empírica veraz sobre los efectos disuasorios y positivos de estas condenas. Dejando al margen las estadísticas, lo relevante en este punto es conectar el castigo no sólo con la clásica función retributiva, sino también con otra de carácter preventivo y socializador. Juicios y penas tienen también un valor educativo, de cara a la comunidad y a construir su relato colectivo;¹⁴ un relato, donde la memoria de las víctimas y su sufrimiento ocupe un lugar central, que contribuya a sentar las bases democráticas y de respeto a los derechos humanos para esa nueva sociedad que está en vías de construcción.

Los enjuiciamientos penales contribuyen a forjar esa memoria colectiva de la que hablaban autores como Walter Benjamin. Sirven para hacer públicas aquellas historias que quedaron al margen de las páginas de los libros de historia. Igualmente son instrumentos que visibilizan a las víctimas, sacándolas del olvido o desamparo en el que pudieran haber quedado tras su victimización (es decir, tratarlas como “ciudadanos de primera”).

No obstante, a la hora de buscar y configurar ese relato colectivo sobre lo sucedido en el pasado, quizá las comisiones de la verdad puedan ser instrumentos más útiles y estratégicamente mejores que los enjuiciamientos y las condenas penales. Suelen alegarse las siguientes razones: descubren el daño causado desde la perspectiva de la víctima; evitan una actuación estratégica del victimario que previsiblemente sí se produciría en un juicio penal; y suponen una opción por la justicia restaurativa frente a la retributiva que fortalece a las víctimas (perspectiva individual) y tiene efectos educativos sobre toda la comunidad (perspectiva colectiva). Además, al promover la rendición de cuentas, pueden servir para preparar el camino útil a una posterior persecución penal de hechos delictivos (aunque ello suponga, de nuevo, cuestionar otro de los tradicionales principios del derecho penal garantista: en este caso, el derecho a no declarar contra sí mismo). Y, sobre todo, se convierten, al trazar la línea de separación entre pasado y futuro, en un instrumento de legitimación del nuevo sistema.

¹² Sikkink, C., *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2011.

¹³ Forcada, I., *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el derecho se convierte en religión*, Pamplona, Civitas, 2011, pp. 33-36.

¹⁴ Landsman, S., “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 83.

Este alegato final en defensa del papel de las comisiones de la verdad frente a los juicios penales nos pone en situación de abordar el siguiente bloque de conflictos que se presentan a la hora de abordar una agenda de justicia transicional: la posibilidad de dejar a un lado las medidas de justicia retributiva frente a otras de carácter restaurativo que excluyan o limiten drásticamente los juicios penales.

2. *La justicia transicional, ¿frente a los derechos de las víctimas?*

La justicia transicional no sólo puede utilizarse para justificar un alto estándar punitivo, como se ha visto en el epígrafe anterior. También ofrece argumentos para justificar la rebaja de ese estándar punitivo cuando sea necesario para alcanzar los fines colectivos que la caracterizan. Puede suceder que una determinada sociedad tenga que postergar las persecuciones penales por diversos motivos, coyunturales o determinados por las relaciones de poder existentes en ella tras un largo periodo dictatorial o conflictivo. En efecto, la situación política en el momento de la transición puede ser tan frágil que ésta se ponga en peligro si se adoptan drásticas medidas penales sobre los responsables del régimen dictatorial o de las violaciones de derechos humanos cometidas. Lo cierto es que la validez de este argumento —muy usado en los años ochenta del siglo pasado—¹⁵ quedó pronto en entredicho, porque tales predicciones no se cumplieron en los países donde sí se han implementado estas medidas de justicia penal.¹⁶

En todo caso, es cierto que la inestabilidad política afecta y determina las medidas de carácter penal a aplicar. Que éstas no serán las mismas, ni cumplirán igualmente sus objetivos, en todos los casos. El equilibrio de poderes determinará su cariz, grado de implantación y éxito. No es lo mismo aplicar estas medidas penales en un contexto donde la violencia ha terminado que en otro donde el conflicto sigue vivo. Justicia y paz son en este caso elementos en conflicto. Ante esto, lo único que puede afirmarse con carácter general es que el conflicto habrá que resolverlo caso a caso; y probablemente, momento a momento.

¹⁵ Y en el caso español. Véase Escudero, R., “Road to Impunity. The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 1, 2014, pp. 123-146.

¹⁶ Frente a quienes sostienen la tesis escéptica, cabe argüir que del mismo modo que resulta difícil saber si la implementación de políticas de justicia transicional es causa relevante del éxito en la creación de sociedades democráticas, también lo es determinar si el olvido (es decir, la inaplicación de políticas de justicia transicional) es o ha sido la razón del éxito de transiciones como la española basadas en él.

Ello muestra que en ocasiones quizá sea necesario rebajar el tenor punitivo de las medidas a aplicar en los procesos transicionales —y, por tanto, la intensidad de la protección del derecho a la justicia de las víctimas— con el objeto de alcanzar el objetivo colectivo de la paz y reconciliación social. En efecto, es la doble finalidad lo que condiciona toda la aproximación a la justicia transicional. Esto hace que en algunas circunstancias pueda aumentarse la punibilidad, mientras que en otras pueda rebajarse. En ella lo individual (los derechos de las víctimas) no tiene por qué primar siempre frente a lo colectivo (lograr la paz o la reconciliación social). De la misma forma que alcanzar el fin colectivo, no puede implicar dejar a las víctimas en el olvido y los graves crímenes en la impunidad.

Así, el margen de libertad o discrecionalidad que tiene un Estado a la hora de aplicar o inaplicar mecanismos de justicia (especialmente, en el ámbito penal) es mayor en situaciones transicionales que en aquellas que no lo son. No entender esto último implica, en mi opinión, distorsionar lo que significa la justicia transicional. Situados en este punto, la pregunta sería la siguiente: ¿cuáles son los límites que nunca deben traspasarse a la hora de determinar las políticas por parte de los poderes públicos de un Estado en transición?

Hay consenso en la doctrina internacionalista sobre los límites fijados por el derecho internacional. No todo vale para garantizar esos objetivos colectivos señalados anteriormente. Su normativa prohíbe las amnistías que anulen por completo el derecho de las víctimas a un recurso efectivo y a conocer la verdad, es decir, que vulneran la correlativa obligación de los Estados de investigar, juzgar y castigar penalmente a quienes sean declarados culpables de graves violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra y de lesa humanidad). Aparece, pues, un claro límite impuesto por normas de derecho internacional: quedan prohibidas las *blanket amnesties*, es decir, aquellas que debido a su carácter absoluto e incondicionado actúan como instrumentos de impunidad, y no como favorecedoras del proceso de paz y reconciliación. Así son las “incondicionadas” (impiden la investigación de lo sucedido), las que amnistían crímenes contra la humanidad (incluidas las desapariciones forzadas, consideradas delito continuado cuyos efectos se producen en tanto no se dé razón del paradero de las víctimas), o las “autoamnistías” (concedidas por las autoridades bajo las que se produjo la violencia). Su prohibición se sustenta en normas de derecho internacional consuetudinario y convencional, de manera que no cabe pacto en contrario, ni tan siquiera alegando una supuesta legitimidad democrática o acuerdo popular sobre la amnistía.

Pero hasta aquí llegan los límites que marca el derecho internacional con relación a las amnistías. Más allá no existe una prohibición legal para amnistías de otro tipo. Por ejemplo, las denominadas “amnistías condicionadas”, es decir, aquellas dirigidas a superar el conflicto y articular las bases del nuevo régimen político. Son en las que la no aplicación efectiva de la condena penal se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos y a la realización de determinadas conductas por parte de los sujetos participantes en el proceso.¹⁷ Su aplicación estaría justificada en la necesidad de responder a ese objetivo colectivo propio de la justicia transicional: favorecer el clima de paz y reconciliación social que haga posible la construcción de un Estado de derecho. Aunque ello suponga, como podría suceder en estos casos, rebajar el nivel de satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas, bien concediendo amnistías bajo estas condiciones bien sustituyendo las penas de prisión por medidas de justicia restaurativa (reconocimiento de responsabilidad, petición de perdón y reparación económica y moral a las víctimas). Así, forma parte del margen de decisión política de un Estado la aplicación de amnistías condicionadas, la postergación del cumplimiento de las penas de prisión a cambio de medidas restaurativas o, en suma, las rebajas de los estándares punitivos típicos de la justicia penal tradicional.¹⁸

En todo caso, la adopción de estas medidas requiere de la participación de víctimas y victimarios en el proceso. En lo que a estos últimos se refiere, favorecerse de una amnistía (o la sustitución de una pena de prisión por otra de justicia restaurativa) exigirá su colaboración activa en el proceso de justicia transicional, tanto en su dimensión individual como en la colectiva. Así, el disvalor para el derecho a la justicia ha de compensarse con una mayor implicación en la satisfacción de los otros dos derechos: verdad y reparación. Los victimarios deben cumplir condiciones de carácter táctico (desmovilizaciones o entrega de armas), resarcitorio (reconocer su responsabilidad, así como el daño causado, e indemnizar a las víctimas), moral (arrepentimiento o perdón público), o educativo (participación en las comisiones de la verdad), entre otras. Solo así podrá llenarse ese vacío en términos de

¹⁷ Desde el ámbito académico se han elaborado construcciones doctrinales sobre los requisitos y límites de estas amnistías condicionadas. Véase “Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad”, elaboradas por un grupo de reconocidos expertos en la materia, disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/331.pdf (consultada el 25 de julio de 2016).

¹⁸ Es sabido que la aplicación de una sanción penal también tiene una dimensión colectiva como es la de reparar el orden social roto por la infracción acaecida, pero en este caso lo notorio es que el restablecimiento del orden social puede requerir no aplicar, sino más bien todo lo contrario: inaplicar una sanción debida y dejar sin efecto una infracción del orden legal.

cumplimiento del fin individual de la justicia transicional en favor de una satisfacción del fin colectivo.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y LA CIUDADANÍA, ¿DERECHO DE VETO?

Las víctimas también tienen mucho qué decir en relación con las amnistías y rebajas de los estándares punitivos. Como advierte Rodolfo Vázquez, si no existe reconocimiento del daño por parte del culpable de las violaciones de derechos humanos, “el perdón es gratuito, y exigirlo a una víctima del delito sería imponerle una acción altruista injustificada”.¹⁹ Sin esa aceptación de un perdón sincero, la reconciliación se antoja imposible.

De acuerdo con este principio, la participación de las víctimas es necesaria en el diseño, implementación y control de estas medidas de amnistía, postergación de penas o enjuiciamientos selectivos.²⁰ El proceso no puede desarrollarse sin su participación institucional. Por ejemplo, mediante su presencia en las comisiones de la verdad o su participación en la elaboración de la normativa que regule las políticas públicas a adoptar. Su participación por vía institucional legítima en cierta medida estos procesos políticos.

Pero, ¿hasta dónde alcanza ese deber de dar entrada institucional a las víctimas? ¿Llega, por ejemplo, hasta concederlas una suerte de “derecho de veto” que afecte a la política legislativa que se adopte al respecto? O, ¿tiene su opinión carácter vinculante a la hora de aceptar testimonios y asunción de responsabilidades por victimarios?

Antes de responder a estas preguntas, conviene no perder de vista con carácter previo una cuestión relacionada con los aspectos procedimentales que han de presidir la aprobación del cuerpo normativo en el que se desarrollen estas medidas alternativas a las sanciones penales. Éstas deben ajustarse a los requisitos de publicidad y participación pública y abierta en el debate sobre su aprobación y contenidos. No sólo las víctimas, sino también todos los ciudadanos deben tener la posibilidad real de participar en él, en tanto —recuérdese— sus medidas no afectan única y directamente a aquéllas sino a toda la comunidad. Además, esta participación servirá para dotar a las medidas de justicia transicional de una legitimidad especialmente importante cuando se trata de fortalecer en forma social las medidas que reba-

¹⁹ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 71.

²⁰ Orentlicher, D., “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 10.

jan el estándar de punibilidad. En ámbitos como los delitos a amnistiar, su ámbito temporal o a quiénes afectan las amnistías y quiénes por el contrario quedan excluidos de sus beneficios, la participación pública de víctimas y ciudadanía en general resulta decisiva.

Pero esta participación no puede llevar a conceder a las víctimas un derecho de veto, ni una posición dominante en cuanto al diseño y aprobación de políticas penales o penitenciarias se refiere. Ello supondría hacer predominar tanto el fin individual de la justicia transicional que supondría reducir a su mínima expresión al fin colectivo hasta prácticamente hacerlo desaparecer.

Una conclusión similar puede argüirse frente a los que defienden en este ámbito el argumento democrático.²¹ De acuerdo con él, la decisión de la mayoría libremente expresada a través de cauces democráticos sería soberana a la hora de decidir la política de justicia transicional que más adecuada y conveniente resultara para esa comunidad. No cabría, pues, que esta decisión mayoritaria pudiera ser invalidada por tribunales nacionales o internacionales en aplicación de una supuesta normatividad jerárquicamente superior e inviolable (las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo).

En mi opinión, el cumplimiento de la doble finalidad de la justicia transicional también correría peligro si se aplicara en toda su extensión este argumento democrático. El contrargumento es sobradamente conocido: las mayorías no pueden disponer de los derechos fundamentales.²² Así, una decisión mayoritaria no podría legítimamente alcanzar la solución de excluir del proceso transicional la satisfacción de los derechos de las víctimas. Los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, son “contrapoderes” que se ejercen precisamente frente al poder. En este caso, frente a las instituciones de gobierno o poderes públicos. De ahí que, según mi opinión, una decisión mayoritaria no podría vetar e impedir políticas de justicia transicional que redujeran la punibilidad, siempre y cuando éstas cumplan —claro está— con los requisitos que se han ido desgranando a lo largo de estas páginas.

De permitirlo, se pondría en riesgo la pacificación y reconciliación social, es decir, ese objetivo colectivo que caracteriza a la justicia transicional. Un objetivo que políticamente se articula en la defensa de la democracia,

²¹ Gargarella, R., “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2015, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero2-gargarella/?output=pdf> (consultada el 25 de julio de 2016).

²² Ferrajoli, L., “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, pp. 146-161.

entendida ésta no sólo en un sentido formal (procedimiento de toma de decisiones basado en el principio de las mayorías) sino también material (protección de los derechos fundamentales), y que jurídicamente en algunos sistemas (como el colombiano) se articula en el derecho fundamental a la paz. Un derecho “contramayoritario” que no puede ser sometido a una consulta ciudadana que llegara como resultado a “vetar” políticas y normas transicionales dirigidas a hacerlo efectivo (o la solución negociada de un conflicto). Participación ciudadana y de las víctimas, sí, pero sin que ello incluya ni derecho de veto ni capacidad unilateral de dirección de las políticas públicas.

En definitiva, la paz, la reconciliación social y el compromiso con la democracia constitucional son objetivos políticos y obligaciones jurídicas prioritarias y previas para cuya satisfacción se articulan (y justifican) estas medidas de justicia transicional diferentes a las típicas de la justicia penal ordinaria.²³ Trasladar el terreno de juego de ésta a aquélla es, en definitiva, la mejor opción para hacer viable la satisfacción conjunta de las dimensiones invidual y colectiva de la justicia transicional.

V. RECAPITULACIÓN: CUESTIONES PARA EL DEBATE

Enjuiciamientos por graves violaciones de derechos humanos, comisiones de la verdad y políticas públicas de reparaciones a las víctimas de tales violaciones se han extendido por el planeta desde mediados del siglo XX hasta la fecha. Y no hay visos de que la situación pueda variar en un futuro, sino más bien todo lo contrario. El cariz de los conflictos armados que se producen hoy en el mundo hace que aumenten las posibilidades de violaciones de derechos humanos y, por ende, el número de personas susceptibles de convertirse en víctimas. Así, la extensión de los conflictos ha provocado una suerte de “normalización” de los mecanismos de justicia transicional, entendidos como instrumentos diseñados y puestos en marcha para evitar que dichas violaciones de derechos humanos queden impunes.

La justicia transicional incorpora dimensiones que la diferencian de los mecanismos clásicos de la justicia, especialmente en lo que se refiere a la justicia penal. Solo así, gracias a estas diferencias, podrá alcanzar ese doble objetivo de reparar a las víctimas, por un lado, y consolidar la reconciliación social, el Estado de derecho y la cultura de los derechos humanos, por otro.

²³ *Ibidem*, pp. 148 y 161.

Pero son precisamente esas particularidades las que plantean serios interrogantes. Al ya clásico dilema entre juicios penales (garantistas, por supuesto) o comisiones de la verdad, que sitúa el foco de atención en la cuestión de los límites de las políticas de reconciliación, se han venido a sumar otros problemas como el de las amnistías, dado que éstas pueden ser vistas bien como negación de la memoria o bien como instrumentos que generan el clima necesario para la reconciliación. Además, no sólo está en debate la aplicación de amnistías o de medidas de postergación o suspensión del castigo penal, sino su sustitución por instrumentos de justicia restaurativa en favor de las víctimas. En este punto el debate abierto es el siguiente: ¿basta una petición de perdón, una asunción sincera de responsabilidades por el victimario y una reparación económica a sus víctimas para evitar una pena de prisión, aun cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos?

Finalmente, las dudas alcanzan al papel que las víctimas, en particular, y la ciudadanía, en general, han de desempeñar a la hora de validar o legitimar los procesos de justicia transicional. Es claro que las víctimas deben participar institucionalmente en el diseño, puesta en marcha y evaluación de las políticas públicas relacionadas con el proceso transicional, pero no lo es tanto que deban tener una posición privilegiada que les permita “vetar” medidas o políticas públicas. Y algo similar podría alegarse con relación al argumento democrático: la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación no puede quedar al azar de decisiones mayoritarias. Su carácter de “contrapoderes” así lo impediría.

En definitiva, todas estas cuestiones están presentes en el trabajo de Rodolfo Vázquez al que se hace referencia en estas páginas. Espero que mi aportación contribuya a incentivar el debate sobre su teoría.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BENGOETXEA, J., “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013.
- ESCUADERO, R., “Road to Impunity. The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 1, 2014.
- FERRAJOLI, L., “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016.

- FORCADA, I., *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el derecho se convierte en religión*, Pamplona, Civitas, 2011.
- GARGARELLA, R., “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2015, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero2-gargarella/?output=pdf>.
- LANDSMAN, S., “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996.
- ORENTLICHER, D., “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007.
- SIKKINK, C., *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2011.
- VÁZQUEZ, R., “Memoria, perdón y castigo”, en *id.*, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009.