

HACIA UNA DEFENSA DE LA IN-TRANSICIÓN EN COLOMBIA

ASDRÚBAL HERNÁN SERNA URREA¹

La realidad política colombiana es de tal complejidad que la experiencia de cualquier experto sería apenas un abrebocas para iniciar la discusión al respecto de la forma en que debe llevarse a cabo la justicia transicional liderada por el gobierno, bajo la Ley 975 de 2005: Ley de Justicia y Paz. Quizás no seamos expertos en el tema, pero como a aquéllos, nos inquietan estos interrogantes: ¿Qué tan adecuada es a los intereses de los colombianos o no?, ¿Qué cambios deben hacerse para mejorarla?, ¿Cómo podemos contribuir como sociedad al desarrollo de una justicia transicional?, entre muchas otros. Quizás no podamos responder a estas preguntas, pero sí podemos analizar algunos elementos importantes que nos permitan ampliar nuestro horizonte de comprensión. Uprimny cree que en Colombia se está dando una transición sin transición porque en la negociación no están incluidos todos los actores armados del conflicto. A pesar de compartir sus reflexiones, quisiera defender esa in-transición. Para ello, hemos dispuesto inicialmente algunas aclaraciones conceptuales preliminares, haciendo énfasis en la posibilidad de la clemencia. En una segunda sección mostraremos cómo podría garantizarse la no repetición. Posteriormente, diseñaremos una *propuesta* derivada de los presupuestos teóricos; la cual, en otra instancia, sería comparada con la Ley 975 de 2005 con el fin de analizar qué queda aún pendiente para garantizar una transición real en Colombia. Las conclusiones pretenden sintetizar nuestro análisis.

SÍNTESIS DE CONCEPTOS SOBRE TRANSICIÓN Y LUGAR DEL CASO COLOMBIANO

No tenemos un manual prescriptivo que nos diga qué sea la justicia transicional. Su definición ha sido obtenida como síntesis de las experiencias de varios países en los que se

¹ Filósofo. Universidad de Antioquia. Candidato a Magíster en Filosofía. Instituto de filosofía. Universidad de Antioquia. Miembro del grupo de investigación en filosofía política. Universidad de Antioquia. Estudiante instructor. Instituto de filosofía.
Este texto fue presentado en el curso el 27 de junio de 2008.

ha dado un *salto* entre un estado de guerra civil y la paz, o entre una dictadura y la democracia. Hablo de salto, porque en ningún caso se ha tratado de un *paso* sencillo o incluso definitivo; a lo sumo se trata de una serie de pasos hacia delante y hacia atrás en el camino hacia la paz o la democracia o, como dirían algunos, hacia una sociedad mínimamente decente². En este caso, debiéramos agregar que la justicia transicional puede ser concebida igualmente como el paso de una sociedad bárbara a una sociedad mínimamente decente.

Ahora, la forma en que se dé ese paso varía de una experiencia a otra, pero la esencia de la justicia transicional no es otra que ese paso. Sin embargo, lo que se torna problemático son los conceptos que giran alrededor de ese paso: lo que debemos entender por justicia, castigo, compensación, víctima, victimario, clemencia, reconciliación, condiciones mínimas que aseguren la no repetición, entre otros, marcan la diferencia entre los intentos de transición en el mundo. La experiencia colombiana anexaría otros elementos más: la negociación no se hace entre un gobierno dictador y la sociedad, ni entre dos bandos que se enfrentan en una guerra intestina; el caso colombiano mezcla víctimas con victimarios, grupos armados ilegales con legales, políticos con grupos de derecha y de izquierda, y los grupos a negociar son más de dos, incluyendo a la sociedad civil, que es cómplice o activa pero en ningún modo pasiva³. Una situación tan compleja como esta es la que nos permite hablar de una sociedad bárbara que requiere volverse decente. Esto nos exige definir lo que debemos entender por tales elementos. Revisemos, pues, muy brevemente algunos de los conceptos más problemáticos antes de construir teóricamente una propuesta.

CONDICIONES PARA UNA TRANSICIÓN

No solo se debe estar en una situación de guerra interna o bajo una dictadura o en estado de barbarie sino que, una vez superada, debe haberse dado las condiciones para que no se repita. Deberíamos preguntarnos cuál es la situación actual de los países que experimentaron una transición: quizás algunas víctimas sigan aún reclamando, quizás la

² Cfr. Bhargava, Rajeev. **Restoring Decency to Barbaric Societies**, Pp. 45-67, y Cortés, Francisco.

³ Me refiero al papel de ciertos sectores de la sociedad, como a la parcialidad de algunos medios de comunicación y su desinformación, o a los empresarios que con sus contribuciones fortalecieron grupos armados al margen de la ley, etc.

impunidad continúa, pero creo que todos ellos han podido detener la violencia, en todos ellos las víctimas dejaron de crecer y los crímenes dejaron de aumentar. Y aunque aún no se habrían dado las garantías de no repetición si aquéllas fuesen las circunstancias, se ha ganado algo que todos deseáramos en Colombia: el cese de hostilidades. Quizás esa debe ser la primera etapa en una transición que dura décadas, si es que podemos afirmar que haya alguna que haya finalizado.

TRANSICIÓN

Nadie puede poner en duda que, dadas las circunstancias actuales de Colombia, no solo estamos en una situación de transición sino que la necesitamos. Ahora, entre las distintas opciones de transición que hoy podemos encontrar en los análisis de los académicos, es preciso definir la más conveniente para el país, lo que se haría más sencillo por descarte: de los cuatro modelos en los que Uprimny clasifica⁴ —según el contenido— la transición no se puede aplicar en Colombia el **perdón amnésico** ni el **perdón compensador**, debido al Derecho Internacional que pronto entrará en vigencia. Tampoco puede aplicarse una **transición punitiva**. De este modo, parece que solo nos queda la propuesta del **perdón responsabilizante**⁵. Pero el Gobierno ya ha optado por el paradigma de la **justicia restaurativa**⁶, el cual es transformado por Uprimny en su perdón responsabilizante, dados los límites —que no analizaremos aquí— a los que aquélla se enfrenta.

La justicia restaurativa pretende concentrar sus esfuerzos en el cuidado y reparación de las víctimas antes que en el castigo o venganza hacia el victimario. Pero Uprimny sugiere que la propuesta gubernamental debe contener elementos retributivos: *Esto nos llevará a concluir que, frente a graves atentados contra los derechos humanos, el enfoque restaurativo no puede ser el imperante y que por ende, los procesos de justicia transicional tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de justicia restaurativa, pero no sustituidos por esta última* (p. 113).

⁴ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. **Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano**. Bogotá, 2006, pp. 17-44, especialmente, p. 23.

⁵ *Ibíd.*, pp. 22 y 23.

⁶ Gaceta del Congreso No. 436 de 2003, en Uprimny, p. 112.

Esta propuesta, similar a la experiencia sudafricana, contiene pues dos elementos esenciales: la retribución y el perdón, éste tan problemático como el concepto de justicia.

JUSTICIA: Quizás sea el término más problemático, pero igualmente el más fácil de resolver, por la misma razón: nos guste o no, la justicia dentro de un período de transición debe estar limitada —si el retributivismo solucionara la situación, no se requeriría transición—. Para forzar la negociación se requiere un debilitamiento del retributivismo. Y como el objetivo inicial de esta medida es el cese de la violencia sistemática, la preocupación de la justicia transicional no debe ser resolver los problemas de justicia social o de otro tipo que se quiera introducir allí. Trataremos, sin embargo, de mostrar que la justicia social sería un elemento importante a incluir posteriormente.

CLEMENCIA: La *clemencia*, por definición, modera el rigor de la justicia. Desde el punto de vista teórico, la clemencia implica cierto olor a impunidad. Intentaremos mostrar que la clemencia puede llegar a ser consecuente con la justicia⁷, lo que haremos en una sección aparte.

LA CLEMENCIA COMO CAMINO Y LA SATISFACCIÓN DE LA SOCIEDAD COMO GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Ante todo, la propuesta de una justicia transicional nunca *debe* ser bien recibida: toda propuesta de este tipo pretende una flexibilización en la aplicación de la ley, y ello puede —para decirlo benévolutamente— *interpretarse* como un recurso a la impunidad con el fin de realizar la transición. Sin embargo, no parece haber otra opción *responsable*⁸ que aceptar a regañadientes este recurso. El asunto es que, para que la aplicación de la justicia transicional tenga éxito, se requiere su libre aceptación de la mayor parte posible de la

⁷ Téngase presente la interesante discusión entre Hampton y Murphy en su libro *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, capítulo 5: **Mercy and legal justice**, desde donde ha partido mi reflexión.

⁸ Porque la opción de dejar el problema para que sea resuelto por las generaciones siguientes, inocentes además, bajo la premisa de que la ley debe primar no sólo es irresponsable sino que revela una incoherencia no desdeñable: si la ley realmente debiera primar, si realmente ha sido, debe ser y será así, nuestra sociedad no hubiera llegado hasta el punto de requerir una justicia transicional. Y recordemos que la propuesta de una justicia transicional sólo se hace cuando la sociedad ya no se cree capaz de detener las injusticias a sus miembros con el sistema punitivo vigente, por lo menos hasta que no se vuelva a la normalidad. No es este un ataque al retributivismo, que sigue siendo para mí la mejor opción de mantener el orden social, sino la indicación de que cuando el retributivismo no ha funcionado para mantener ese orden, no podemos esperar a que logre solucionar el desorden que, quizá por omisión, permitió.

sociedad, y una propuesta que parece ser la única es más una imposición que una elección. Hay una forma de evitar pensar en una imposición, de la que tenemos el derecho a desconfiar: convencernos de que, aún siendo la única alternativa podemos elegir tomarla o no, y esa elección debe estar mediada por una discusión democrática.

La discusión de por qué debe recurrirse a la clemencia total o parcial está en el centro de toda propuesta de justicia transicional. Deben encontrarse fundamentos desde los cuales se persuade a las víctimas, a la sociedad y a los defensores del sistema retributivo, de considerar la clemencia. Esto implica varios frentes de trabajo que deben atacarse simultáneamente. Piénsese en todos los actores del problema y en las circunstancias que lo hacen más complejo. El punto inicial, pues, dentro de esta discusión es persuadir —antes que demostrar; la distinción es importante— a todos los actores que la clemencia no siempre significa injusticia, y que allí podría entreabrirse una puerta para avanzar en la solución al problema de la impunidad creciente. Pero el siguiente paso se torna más complejo, y no por ello imposible. Se trata de identificar lo que llamaré molestias o insatisfacciones de varios sectores de la sociedad, con el fin de indicar una posible solución a la mayoría de ellas, de tal modo que todos apoyen la iniciativa por el bien que les representa.

Creo que el ejercicio de conceder la clemencia socava el sistema retributivo antes que la justicia, entendida ésta no como la institucionalización de la venganza sino como una retribución genuina: valor y bienestar del agresor y de la víctima⁹. Parte del problema sería solucionar las siguientes críticas o *molestias*¹⁰:

1. La molestia de los defensores de lo que queda de la institucionalización del odio, al tener no sólo que golpear la estructura del sistema retributivo, sino la convicción de que hacerlo podría tener implicaciones peores que los problemas que se tratan de resolver.

⁹ Hampton ha expuesto interesantes argumentos sobre el valor y la degradación del ofendido por parte del agresor, y del ofensor por parte del castigo. Cfr. capítulo 4: **The retributive idea**, pp. 111-161.

¹⁰ Partamos de la emoción del odio en su más baja intensidad —la molestia—, para no tener que distinguir entre unos y otros actores por cuenta de lo que sienten. Yo puedo estar molesto por la situación actual que las generaciones anteriores le dejaron al país, pero sería absurdo pensar que las odio del mismo modo en que la víctima odia a su agresor, que está enfrente, libre, *encima*.

2. La molestia de la víctima y sus familiares, que tiene que soportar la injusticia: sea porque el estado es incapaz de no castigar o porque el estado decida acoger una propuesta de justicia transicional o por esperar a que en un futuro el estado sí pueda, dejando que la impunidad se riegue por los años futuros indefinidamente, lo que podría generar el deseo de venganza en sus descendientes.
3. La molestia del victimario¹¹ al que se le niega la clemencia, sobre todo en los casos donde se tomó la justicia por su cuenta debido a un estado incapaz de impartirla; esto es, cuando el estado no pudo aplicar la *institucionalización* del odio que lleva a la venganza, y de la que se jacta el sistema retributivo.
4. La molestia de la generación que recibe el problema del pasado, a quien le hubiera interesado que hace treinta años se le hubiera concedido clemencia a un delincuente, o a un grupo, si eso significara detener la violencia que en cadena llegó hasta sus días¹². Esta molestia lo hace desinteresarse por los asuntos políticos, y concentrarse en asuntos económicos.

Ahora bien, el éxito de una política transicional está relacionado en gran medida con la no repetición; razón por la cual debería buscar satisfacer a la mayor parte de la sociedad posible, de tal modo que los inconformes no creen de nuevo una situación inmanejable. Quizás debamos preguntarnos cuál debe ser el mensaje convincente para cada uno de estos sectores de la sociedad, por lo que trazamos aquí un esbozo: **El mensaje hacia el sistema punitivo y sus defensores:** la clemencia no siempre implica injusticia. Murphy nos ha aclarado el sentido de la clemencia y cómo no debemos confundirla con los atenuantes de justicia. Las situaciones expuestas por Hampton pretendiendo no sólo la posibilidad sino la necesidad de clemencia resultan inaceptables¹³: no podemos aceptar que en el derecho

¹¹ Mi intención no es estar a favor del victimario sino indicar que, como ser humano, merece que sus quejas sean escuchadas, e incluirlas junto a las demás si queremos lograr una propuesta comprensiva.

¹² Desde luego, sabemos que la complejidad del caso colombiano es tal que esa no hubiera sido suficiente, y que la formación de grupos al margen de la ley dependió de diversos factores.

¹³ En la discusión entre Murphy y Hampton, él cree que ella confunde la clemencia con los atenuantes de justicia, por lo que se pregunta por la posibilidad de una clemencia real o genuina. Op. cit., capítulo 5: **Mercy and legal justice**, pp. 162-186, especialmente, p. 173.

público un juez sea guiado por su corazón y no por la ley. De este modo, la clemencia genuina sólo tendría lugar dentro del ámbito del derecho privado, aunque sometida a una contradicción debido a que no se puede generalizar —y si no se puede, entonces tampoco se puede aplicar porque no sería justo que el primero o los primeros reciban el beneficio por las mismas causas que el segundo o los segundos no—. Sin embargo, parece que esta incoherencia se puede solucionar —y si Murphy no lo hizo fue porque el horizonte de su discusión no era precisamente la justicia transicional—: sólo puede y debe aplicarse una vez, es decir, durante el período de transición. Y no sería injusto dejarla de aplicar después de la transición porque entonces ya no sería necesaria su aplicación porque la sociedad ya se habría vuelto decente. Sin necesidad de transición, cualquier posibilidad de la clemencia sería inaceptable moral y jurídicamente.

Negarse a buscar una alternativa más eficaz sería injusto dados los atenuantes. Estos atenuantes deben considerar algo que llamaré la *asimetría* de la justicia, una dimensión de la justicia quizás implícita en las propuestas de justicia transicional: cuando la justicia total y absoluta no es probable, la justicia debe cobijar al mayor número posible de personas a costa de los pocos; de lo contrario sería **injusto** negarse a eso por la terca convicción —cuyo fundamento es un sistema retributivo perfecto en teoría pero imperfecto en la práctica— de que si no hay justicia para todos no debe haber justicia para algunos, que es el mensaje escondido en la negación de la clemencia.

Negarse a una justicia transicional, y por lo tanto a la posibilidad de la clemencia, con base en que la impunidad debe rechazarse supone la creencia, falsa, de que no puede haber impunidad en la propuesta retributiva. Si ha de ponerse en la balanza ambas propuestas con el fin de escoger la de menor impunidad, no veo cómo pueda estar el plato de las víctimas colombianas de cincuenta años más liviano que las víctimas olvidadas por el sistema retributivo, siquiera de nuestra generación¹⁴, y a las que habría que agregar las víctimas de las generaciones futuras.

Una posible mirada que, sin olvidar los atenuantes a que tiene derecho un juez al impartir justicia criminal, nos permitiría conciliar clemencia y justicia surge de considerar esos

¹⁴ Con esto no intento defender una postura utilitarista aunque pueda tener los mismos efectos.

atenuantes a nivel social: cuando se concede clemencia se hace justicia, en virtud de lo que significaría no hacerlo, pero conceder clemencia una y otra vez cuando el estado ya ha logrado un estatus mínimo de decencia no sólo es inaceptable sino injusto. Así pues, se trata de lo siguiente: ceder un poco en la aplicación rigurosa de la ley no necesariamente es actuar injustamente sino precisamente con justicia debido a los atenuantes. Pero en tales casos no se habla nunca de clemencia. La clemencia implica siempre la renuncia a ejercer un derecho privado. La renuncia a un derecho público debe implicar la aquiescencia de toda la sociedad, lo que requiere de todo un proceso previo de persuasión antes de ejercer clemencia si se quiere que tal acto sea legítimo y no injusto.

EL MENSAJE HACIA LAS VÍCTIMAS —y aquí todos somos víctimas, incluso algunos de los victimarios—: Cuando el daño está hecho, hay que evitar que ese daño crezca y tratar de que no afecte a los demás: entiéndase, los demás que están por venir. Si el mensaje a las víctimas es que cuando sus victimarios son castigados —y quizás lo sean tarde o temprano¹⁵, como en el caso de Chile, por ejemplo, y dadas las circunstancias internacionales cada vez más reacias a la impunidad— su venganza es *satisfecha*¹⁶ y por lo tanto se detiene la cadena de acción-reacción, dadas las condiciones de Colombia sería poco probable no solo que se encuentren y capturen a todos los victimarios sino también que se puedan juzgar y castigar. Quizás algunas víctimas puedan quedar satisfechas con el castigo de su victimario, pero ¿qué hay de la satisfacción de las víctimas cuyos ofensores aún no serían juzgados porque no se hayan capturado o por alguna otra razón? Debe concederse que no hay una sola cadena sino una por víctima. Podrán romperse algunas de esas cadenas pero no todas ellas si se da algunas, todas o una mezcla de las siguientes condiciones:

1. La totalidad de los victimarios no es identificada. Lo que no es posible en una situación tan compleja como la nuestra.

¹⁵ El 27 de mayo de 2008 el ministro Víctor Montiglio dio el mayor golpe a la represión de la dictadura de Augusto Pinochet al procesar a 98 ex agentes de las Fuerzas Armadas por 42 víctimas. En el año 2007 ya habían sido encausados 67 ex agentes por cuenta del mismo juez Montiglio. Consúltese: <http://ecuador.indymedia.org/en/2008/05/25354.shtml>

¹⁶ Ahora, debemos distinguir entre la satisfacción porque la venganza se haya llevado a cabo y la satisfacción personal porque se pueda empezar una nueva vida para sí y sus descendientes. Quiero argumentar que en el primer caso no se da una satisfacción real, o suficiente para garantizar la no repetición.

2. La separación de la víctima del victimario en una misma persona.
3. El castigo para todos y cada uno de los victimarios. Lo que no es posible si éstos no son plenamente identificados o el estado es incapaz de juzgarlos: ya sea por falta de tiempo, de pruebas, de testigos, de recursos económicos o por corrupción. Entre otras.

La satisfacción de las víctimas, pues, no puede depender solo del castigo a sus victimarios. El castigo sería la punta del iceberg: elementos como el reconocimiento de su dignidad; el aumento de su valor como persona, rebajado por la ofensa; el acompañamiento y solidaridad del Estado y el resto de la sociedad; su tratamiento psicológico y moral; la reparación y restitución material de lo que le fue arrebatado; la conmemoración de la víctima mediante eventos artísticos o culturales; la reconstrucción de la verdad histórica, entre otros, son los mecanismos mediante los cuales la víctima sería verdaderamente renovada, y estaría más cercana a la satisfacción que con el mero castigo de sus ofensores, en caso de que éstos se pudieran encontrar y juzgar.

Si el castigo se ha erigido para institucionalizar el odio o no, en ambos casos se deduce que el estado castigador está interesado en la víctima, le importa su valor como ciudadano y quiere interceder por ella, protegerla; el castigo es un símbolo por el que se expresarían tales deducciones, pero no creo que sea el único ni más eficaz que los mecanismos mencionados. Ahora, y en esto tengo que estar de acuerdo con Uprimny, si ha de faltar alguno de los anteriores mecanismos, que falte cualquiera menos el castigo, por atenuado que esté debido a la transición: sin punta, el iceberg no se percibe.

EL MENSAJE AL VICTIMARIO. Tarde o temprano tendrá que pagar por sus ofensas, incluso si es beneficiario de la clemencia. Y quizás el camino más *fácil* que puede tomar es el de la cooperación en el resarcimiento de las víctimas: contando la verdad, cediendo sus propiedades para la reparación, denunciando a los políticos corruptos con quienes tuvo relación, etc., a cambio de un trato digno y como persona por parte de las autoridades, y de cierta *recuperación* moral. Si el victimario no posee la más mínima *decencia*, el mensaje sólo es uno: será capturado y castigado con el rigor de la ley y sin atenuante alguno a su favor.

EL MENSAJE A LA GENERACIÓN QUE RECIBE EL PROBLEMA DEL PASADO. A pesar de que siempre tengamos problemas por resolver dado que la sociedad es perfectible, la labor de nuestra generación es cultivar la idea de que los problemas no pueden dejarse de enfrentar en el presente, evitando heredárselos a sus descendientes. Yo no soy responsable del conflicto colombiano: sus causas, orígenes, responsables, están en el pasado. Pero soy responsable de hacer parte de la solución. Sujetarse a inamovibles que, como los conflictos, heredamos del pasado sería repetir la historia. Ello no significa que ponga en duda los beneficios heredados, sino los males y formas equivocadas de solucionarlos. Uno de los inconvenientes que percibo en la mayoría de los jóvenes de hoy —vuelto a la tecnología y sus facilidades, al poco esfuerzo y a la carencia de proyectos de vida— es su desdén por los asuntos públicos, y, por ende, de las posibles soluciones a los grandes problemas sociales. Si a esto le sumamos, quizás como causa o no de lo anterior, la deficiencia de la educación en Colombia, el panorama no es muy alentador. Problemas como el de la corrupción estatal requiere no solo de líderes políticos honestos sino también de una sociedad que los apoye tanto como a las instituciones públicas independientes que controlan las acciones gubernamentales. La indiferencia no debe tener lugar, y es un asunto que debe enfrentarse cultivando ciertas actitudes.

Hago referencia a las actitudes cívicas de las que carecemos y que ocasionaron en parte la situación actual: desconocimiento de las leyes y deberes, indiferencia ante el control público, desprecio del ejercicio del voto, no velar por el trabajo de las instituciones públicas independientes, elección irresponsable de funcionarios, entre otras. Una sociedad con este tipo de ciudadanos permite que otros elijan y decidan por él, y en perjuicio de él. Este tipo de ciudadanos permite que la política se convierta en un negocio que beneficia solo a quienes la ejercen, creando injusticia social.

ESBOZO DE UNA PROPUESTA TEÓRICA DE TRANSICIÓN EN COLOMBIA

Las conclusiones de esa discusión democrática deberían generar los presupuestos teóricos para la construcción de los mecanismos de una justicia transicional para Colombia, que podrían ser más o menos los siguientes: las comisiones de verdad y reconciliación, las leyes

favorables a los criminales, el cuidado y compensación de las víctimas, el fortalecimiento posterior del sistema retributivo, y las políticas de transformación educativa para que las generaciones siguientes —por lo menos las inmediatas—no tengan que afrontar una nueva situación que implique transición. Vamos a describir tales presupuestos brevemente.

1. Comisión de verdad y reconciliación. Este podría ser el elemento central de una justicia restaurativa como la que pretende el Gobierno, no sólo por lo ambicioso de las responsabilidades que está llamada a cumplir —una verdad resbaladiza, quizás inhallable, y una reconciliación difícilmente alcanzable—, sino también porque su aplicación busca favorecer a las víctimas.

2. Cuidado y compensación de las víctimas. Este es el elemento central de una justicia restaurativa. Se supone que la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación debe proceder en áreas de trabajo que comprenden: atención y reparación a víctimas; reconciliación; desarme, desmovilización y reintegración; memoria histórica; género y poblaciones específicas, y jurídica. No obstante las críticas hechas y por hacer a esta comisión, los resultados que ha ido obteniendo son importantes y prometedores¹⁷, sobre todo si se tiene en cuenta las dificultades que debe enfrentar: una gran cantidad de víctimas casi analfabetas, especuladores, entre otros.

3. Trato digno y adecuado a los criminales. A pesar de su condición, un trato adecuado a los criminales envía un mensaje a los demás que aún permanecen al margen de la ley: existe con ellos la consideración que no tuvieron con sus víctimas, existe la protección estatal hacia ellos aún cuando el estado no pudo proteger a las víctimas en su momento, existe la posibilidad de una disminución de la pena merecida, existe la posibilidad de una reconciliación con la sociedad y de rehacer una nueva vida.

4. Fortalecimiento del sistema retributivo. Mientras sigamos considerando el sistema punitivo el ideal para regular nuestras acciones en sociedad, es necesario afianzar los

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en el proceso de reconciliación —proyecto piloto— que se lleva a cabo entre víctimas, victimarios y la comunidad en general del municipio de San Carlos, Antioquia; así como el desminado humanitario que la CNRR promueve allí mismo. O la construcción de una biblioteca en Bogotá por parte de ex combatientes. Entre otros, según el Boletín de la CNRR, a la que le quedan siete años de trabajo después de una ardua fase de identificación de las víctimas.

esfuerzos que permitan un buen funcionamiento del sistema retributivo: suministrando los recursos económicos, técnicos y humanos suficientes para que goce de independencia y poder de acción. La clemencia no es un recurso que deba usarse una vez se agote la primera etapa de la transición, que llamé cese de hostilidades. Por lo que, antes que socavado, el sistema retributivo debe ser fortalecido.

5. Políticas de transformación educativa. Debería haber un énfasis en la formación cívica de la sociedad, de tal modo que ésta pueda ejercer un mayor control sobre sus dirigentes. Igualmente, deben aumentarse los esfuerzos por hacer más transparente los procedimientos gubernamentales de todo tipo; lo que generaría confianza, vital para un proceso de transición.

6. Participación de la mayor parte de la sociedad. Sin este elemento, la clemencia no sería posible —si se la considera como la hemos descrito: una especie de ampliación de los atenuantes de justicia desde el derecho privado al público, mediante el apoyo unánime de la sociedad—. Sin una clemencia legítima, la transición no es posible moralmente, y por lo mismo es inaceptable. Y la satisfacción de las víctimas sería nula.

7. Disminución sensible y perceptible de la corrupción estatal. Sin una disminución de la corrupción no sería posible garantizar que los procesos de transición se den bajo condiciones adecuadas y justas. El mismo caso colombiano sirve como ejemplo: la burla que pretendía ser la primera versión de la Ley 975, y que, aunque haya variado, debe seguir puliéndose a medida que se vaya aplicando.

8. Fortalecimiento de las medidas que disminuyan la injusticia social. Diversas son las causas de la formación de grupos armados al margen de la ley o de una dictadura. Quizás el aumento de la pobreza extrema pueda contribuir a fomentar una situación que requiera transición. Se hace necesario, pues —y no sólo como garantía de no repetición— la inversión social sobre todo para las víctimas, como parte de la reparación y el cuidado que el estado muestra para aumentar su valor e importancia dentro de la sociedad.

Si el proceso de transición en Colombia falla en algunos de los anteriores presupuestos, es muy posible que fracase el proceso en cuanto al asunto referente a la no repetición. Si bien,

a una propuesta transicional no debería pedírsele tanto, no veo cómo pueda garantizársele a una sociedad algo si se dejan al azar tales presupuestos. Es evidente que la justicia transicional debe superar gradualmente varias etapas: el cese de hostilidades y la atención a las víctimas sería lo primero, lo otro tendría que buscarse después —todavía hoy se inician juicios contra victimarios chilenos, por ejemplo—.

TRAS LEY DE JUSTICIA Y PAZ: ¿QUÉ QUEDA PENDIENTE?

La pregunta obligada acerca de la conveniencia de la Ley 975 de 2005 ha sido respondida suficientemente por varios organismos internacionales, entre los que se destacan Amnistía Internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Naciones Unidas, y varias ONG's. Todos coinciden que es desafortunada para las víctimas; asunto que no deja de ser asombroso cuando el modelo colombiano se supone ser una justicia restaurativa.

Presento a continuación unas breves críticas de tales organismos, con el fin de indicar el punto de concentración y señalar cómo ese punto no ha sido el de partida de ningún caso de justicia transicional real. Mi interés es concentrarme más en las ventajas que en las desventajas de un proceso como el colombiano.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. John Drury, integrante del grupo de investigación de este organismo, le dijo a la BBC:

La ley no garantiza el derecho de las víctimas de los abusos de derechos humanos a la verdad y la reparación, y además que No hay garantías de un proceso judicial que asegure que las personas acusadas sean traídas ante la justicia, que puedan interrogarlas. Y si no hay garantías para que los ex combatientes se presenten a juicio, entonces no podemos hablar de una desmovilización real¹⁸.

¹⁸ http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_4487000/4487231.stm

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. De un comunicado de prensa del 15 de julio del año 2005 extraigo lo siguiente:

- Entre sus objetivos no se cuenta el establecimiento de la verdad histórica sobre lo sucedido durante las últimas décadas del conflicto ni sobre el fomento del paramilitarismo y el grado de involucramiento de los diversos actores en la comisión de crímenes contra la población civil, ya sea por acción, omisión, colaboración o aquiescencia.
- La norma aprobada se concentra en los mecanismos para establecer lo sucedido en casos particulares, en el marco de la determinación de la responsabilidad penal individual de los desmovilizados que se acojan a los beneficios de la ley. Sin embargo, sus disposiciones no establecen incentivos para que los desmovilizados confiesen en forma exhaustiva la verdad sobre su responsabilidad, a cambio de los importantes beneficios judiciales que recibirán.
- Consecuentemente, el mecanismo establecido no constituye garantía de que los crímenes perpetrados sean debidamente esclarecidos y, por lo tanto, en muchos de ellos no se conocerán los hechos y los autores gozarán de impunidad. La norma, en sus disposiciones, favorecería el ocultamiento de otras conductas que una vez descubiertas podrían ser objeto del mismo beneficio de penas alternativas en el futuro. Es de notar que estos beneficios no sólo acogerían conductas directamente relacionadas con el conflicto armado sino que las medidas de la ley podrían ser aplicadas a la comisión de delitos comunes tales como el narcotráfico.
- Los mecanismos institucionales creados por esta norma a fin de hacer justicia -en particular la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, compuesta por 20 fiscales-- no poseen la fortaleza necesaria para afrontar con perspectivas realistas de efectividad la tarea de esclarecer judicialmente los miles de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones forzadas, secuestros, torturas y graves daños a la integridad personal, desplazamientos forzados y usurpación de tierras, entre otros crímenes, cometidos por varios miles de desmovilizados durante los largos años en que las estructuras paramilitares han mantenido su vigencia en Colombia.
- Asimismo, frente a la gravedad y la complejidad de los crímenes perpetrados, los cortos plazos y etapas procesales previstos en los mecanismos legales para la investigación y el juzgamiento de los desmovilizados que se acojan a los beneficios de la ley, tampoco ofrecen una alternativa realista para establecer las responsabilidades individuales en toda su extensión. Ello, impedirá arrojar luz sobre lo sucedido a las víctimas frustrando el proceso de reparación al que tienen derecho. La investigación de hechos tan graves requiere de procesos con plazos más amplios y de mayor actividad procesal.

- En términos de la reparación del daño causado por quienes han perpetrado crímenes atroces, la CIDH destaca que la norma pone más énfasis en la restitución de bienes adquiridos en forma ilícita que en los mecanismos que faciliten la reparación integral de las víctimas. Particularmente, no se hace referencia específica a los mecanismos de reparación del daño al tejido comunitario de los pueblos indígenas, las comunidades afro descendientes, o a las mujeres desplazadas, cabezas de familia, quienes se destacan entre los grupos más vulnerables al accionar de los grupos armados.
- La norma tampoco prevé como parte de la reparación debida a las víctimas el establecimiento de mecanismos de no repetición tales como la inhabilitación o separación del cargo de agentes del Estado que hayan participado por acción u omisión en la comisión de crímenes.

NACIONES UNIDAS. El 27 de junio de 2005, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos declaró, entre otros puntos, que:

- La Oficina ha brindado asesoría continua y detallada a todos los interesados sobre estos puntos.
- La Oficina observa que ésta [La ley 975] no logra reunir los elementos esenciales aconsejables para establecer una justicia transicional que, en aras de ser un instrumento de paz sostenible, prevea incentivos y ofrezca beneficios para que los grupos armados ilegales se desmovilicen y cesen sus hostilidades, a la vez que garantice adecuadamente los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.
- La ley es muy generosa con los victimarios aún sin una contribución efectiva al esclarecimiento de la verdad y a la reparación.

Debo anotar que estas críticas surgen a mediados del año 2005, es decir, antes de ser sancionada por el presidente de la república. Tengo entendido que ha habido cambios a partir de estas críticas, así como de las discusiones con la Corte y el Congreso colombianos. No abordaré aquí esos cambios ni deseo evaluar si fueron suficientes o aún no lo son, pues para el alcance de esta reflexión me basta con indicar un aspecto importante en la elaboración de todo modelo de justicia transicional.

Las críticas recogidas son justas y necesarias, y responden ineludiblemente a la normativa internacional del respeto a los derechos humanos. Responden a una exigencia del sistema retributivo, en el que deben ser castigados los victimarios, especialmente los que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Y la única opción para estos victimarios es el rigor

de la ley; en otras palabras, para ellos no puede haber, técnicamente hablando, justicia transicional¹⁹. Mi pregunta es: ¿Cómo se supone que Colombia va a negociar con los grupos armados al margen de la ley si no hay para ellos un beneficio atractivo que les facilite la entrega de armas y el cese de hostilidades? ¿Suponemos que ellos negociarían si previamente saben que el rigor de la ley caería sobre sus hombros? ¿No es esta la encrucijada a la que se enfrenta una justicia transicional, que debe abandonar la opción retributiva, así sea parcialmente?

Una visión de justicia transicional como la propuesta y definida por el Centro Internacional para la Justicia Transicional²⁰ está enmarcada dentro del paradigma de Núremberg. Se basa en un sistema retributivo, tal como lo permite deducir un análisis de las siguientes funciones adjudicadas a la justicia transicional:

- Abrir procesos judiciales domésticos, híbridos e internacionales contra los perpetradores de abusos de derechos humanos.
- Determinar el alcance total y la naturaleza de los abusos pasados por medio de iniciativas de conocimiento de la verdad, en los que se incluyan las comisiones nacionales e internacionales.
- Proveer reparación a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, incluyendo la reparación compensatoria, restitutoria, de rehabilitación y simbólica.
- Impulsar la reforma institucional para lograr la exclusión de oficiales abusivos, corruptos o incompetentes de la policía y de los servicios de seguridad, las fuerzas militares y otras instituciones públicas incluida la rama judicial. Generar un proceso en el que se excluyan del servicio público a quienes se les compruebe que han cometido abusos de derechos humanos o que han estado involucrados en prácticas corruptas.
- Promover la reconciliación al interior de las comunidades divididas, e incluir el trabajo con las víctimas en mecanismos de Justicia Tradicional y reconstrucción social.
- Impulsar la construcción de monumentos y museos para preservar la memoria del pasado.

¹⁹ Si recordamos la clasificación hecha por Uprimny sobre el contenido de los modelos de justicia transicional, el primero es el paradigma de Núremberg, el cual presupone un poderoso sistema judicial que, en ese caso, ya no requeriría la negociación propia de la justicia transicional.

²⁰ <http://www.ictj.org/es/index.html>

- Tomar en consideración los patrones de abuso con enfoque de género para fortalecer la justicia en comunidades donde las mujeres han sido víctimas.

Como puede observarse, los elementos que tienen que ver propiamente con la justicia transicional son los referentes al cuidado de las víctimas, pero en lo que corresponde a lo jurídico y penal sigue rigiendo la retribución. Una retribución que exige un proceso amplio de búsqueda de la verdad —a partir de comités y comisiones, dada la magnitud— con el fin de aclarar los hechos que permitan la judicialización del criminal, y que se concentra en crímenes de lesa humanidad. La justicia para la víctima consiste aquí en que no haya impunidad. La justicia en un modelo transicional desborda la justicia derivada del castigo, por lo que éste no es el único mecanismo, y si fuera el único no sería suficiente.

Ahora, la propuesta del Centro Internacional para la Justicia Transicional no está muy alejada del perdón responsabilizante de Uprimny: una especie de justicia restaurativa con elementos retributivos. ¿No estaremos cayendo indefectiblemente a este interrogante: qué cantidad de castigo?

CONCLUSIONES. ¿QUÉ DEBEMOS HACER?

No podemos estar destruyendo toda propuesta si no tenemos alternativas qué proponer. La Ley 975 de 2005 es insuficiente pero unos ajustes harían del caso colombiano algo excepcional no solo por su complejidad sino también por los éxitos que podría alcanzar. Quizás sea el tiempo en que los académicos empiecen a pensar más en cómo contribuir a las modificaciones que dicha ley debe recibir con el fin de mejorar nuestro modelo transicional. La propuesta del GIFP de la Universidad de Antioquia (Grupo de Investigación en Filosofía Política) de ofrecer seminarios al respecto a funcionarios públicos se puede convertir en parte de una estrategia encaminada por este rumbo. Igualmente, el acercamiento —por lo demás sencillo, dada la posibilidad de comunicarnos vía e-mail con cada uno de los integrantes de la CNRR, por ejemplo— a instancias gubernamentales creadas para llevar el proceso de la transición se puede constituir en la generación de un espacio de escucha que permita las transformaciones sugeridas.

Hemos intentado comprender los presupuestos teóricos de la justicia transicional de acuerdo a las experiencias reales sufridas por diversos países, experiencias que se pueden clasificar en cuatro grandes grupos. La propuesta actual de los organismos internacionales defensores de los derechos humanos se sitúa dentro de la primera clasificación, dada la imposibilidad de evadir el elemento retributivo. La propuesta del gobierno colombiano no responde a un tratamiento retributivo suficiente, y de ahí las críticas. La tensión parte, entonces, de la cantidad de castigo que debe suministrarse para que un modelo de justicia transicional se acepte o no. Los clamores por la verdad, la reparación y lo relacionado con las víctimas son el resultado del éxito retributivo: la verdad sólo se obtiene cuando hay garantías, y estas garantías sólo se dan cuando al victimario no le queda otra opción que someterse a la justicia.

La sociedad colombiana debe decidir entre dos opciones. Debemos someternos a continuar la lucha contra los alzados en armas, con una política corrupta —porque la comunidad internacional no apoya nuestro modelo de justicia transicional—, y continuar así décadas más. O debemos dar el paso, hacer la transición —quizás imperfecta pero corregible— incluso con impunidad parcial, salir de la confrontación armada y confiar en que, con las leyes internacionales, cada uno de nuestros criminales sea perseguido, atrapado, juzgado y condenado, tarde o temprano, como ocurre hoy en día en otros países.

BIBLIOGRAFÍA

MURPHY, Jeffrie. Forgiveness and Mercy, Cambridge, Cambridge University Press, 1988

<http://www.ictj.org/es/index.html>

http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_4487000/4487231.stm