

## **MEMORIA Y DERECHO PARA CONSTRUIR EL FUTURO. UN CONCEPTO HUMANISTA DE LO QUE DEBE SER LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

*Por Juan Antonio Pabón Arrieta  
Profesor de Filosofía del Derecho.  
Universidad Libre de Barranquilla, Colombia*

En estas reflexiones intentaremos establecer algunas formas de evitar la impunidad ante los crímenes por violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos; sin que por otra parte los responsables de los crímenes pierdan definitivamente su dignidad y puedan ser reincorporados a la sociedad y así salga fortalecida la democracia y la cultura humanitaria basada en el respeto y garantía de los derechos humanos. El escenario sobre el cual trabajamos estas reflexiones es el de la República de Colombia, y las relaciones entre la justicia internacional de los derechos humanos y las normas jurídicas que ha expedido el Estado para superar la situación de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en su territorio, y de cómo la memoria del sufrimiento de las víctimas puede permitir construir una justicia apoyada en el derecho internacional de los derechos humanos.

Las reflexiones están guiadas por una fuente de saber, *la memoria*. La lucha entre memoria y olvido (entre justicia e impunidad) ha sido un tema recurrente en las narraciones sobre la violencia y las graves violaciones de los derechos humanos en Colombia. De esta forma, las narraciones en mención se convierten en el punto de apoyo necesario para penetrar en la tradición y, por ejemplo, una lectura de *Cien años de soledad* del nobel Gabriel García Márquez permite descubrir que desde su primera página, el autor presenta la memoria enfrentada al olvido en un escenario tanto de violencia como de enfrentamiento por la justicia en la trágica realidad colombiana. Nuestro autor lo narra de la siguiente manera:

Muchos años después, frente al pelotón de fusilamiento, el coronel Aureliano Buendía había de recordar aquella tarde en que su padre lo llevó a conocer el hielo. Macondo era entonces una aldea de veinte casas de barro (...)¹.

La presencia de la memoria en este contexto cumple una labor de saber o de conocimiento. Si bien se recuerda cómo eran las cosas, ese recuerdo no es una mera evocación ausente de contenido, sino la reconstrucción de un conocimiento, es una forma de saber, es el saber mismo construido sobre la propia tradición. En la misma obra, y en páginas magistrales, el escritor resalta la matanza de las bananeras en Ciénaga (Magdalena en 1928) y cómo las autoridades comprometidas en graves violaciones de los derechos humanos, acuden al olvido como instrumento de la política en aras de la impunidad, es decir, la utilización del olvido para conseguir la impunidad de los victimarios y de sus crímenes. Narra que:

Cuando José Arcadio Segundo despertó estaba bocarriba en las tinieblas. Se dio cuenta de que iba en un tren interminable y silencioso, y de que tenía el cabello apelmazado por la sangre seca y le dolían todos los huesos. Sintió un sueño insoportable. Dispuesto a dormir muchas horas, a salvo del terror y del horror, se acomodó del lado que menos le dolía, y solo entonces descubrió que estaba acostado sobre muertos. (...).

José Arcadio Segundo no habló mientras no terminó de tomar café.

- Debían ser como tres mil- murmuró.
- ¿Qué?-
- Los muertos- aclaró él -. Debían ser todos los que estaban en la estación. La mujer lo midió con una mirada de lástima. <Aquí no ha habido muertos>, dijo. <Desde los tiempos de tu tío, el coronel, no ha pasado nada en Macondo>².

---

¹ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*. Bogotá: Real Academia Española. Asociación de Academias de la Lengua Española, Pág. 9, 2007.

² *Ibíd.*, pp. 348-350.

## 1.- LA JUSTICIA TRANSICIONAL UNA ALTERNATIVA DE JUSTICIA CON LAS VÍCTIMAS

El Estado debe reconocer la justicia *transicional* como el tipo de justicia que debe ofrecerse a las víctimas, para que se puedan garantizar reparaciones imparciales a los derechos materiales, morales y espirituales, así como las rehabilitaciones a la dignidad humana, de los vivos y de los muertos. La justicia *transicional* debe ser concebida bajo la perspectiva de evitar la impunidad de los crímenes graves a los derechos humanos; sólo así sería posible impartir justicia con las víctimas vivas y con las muertas, para saldar las deudas pendientes. La justicia *transicional*, por tanto, no puede ser concebida como un modelo de impunidad, como lo pretenden aquellos que, ubicados en los escenarios del poder y comprometidos en forma parcial o total con las violaciones de los derechos humanos, a cambio de la paz y la democracia (concebidas como cese de las actividades criminales) intentan conceder impunidad a los crímenes por cese de la violencia, desconociendo que *la impunidad es una forma de violencia*.

La justicia *transicional* pensada en forma correcta como justicia para las víctimas, está en contra de la impunidad y ofrece una alternativa de realización de la justicia material (no sólo como una justicia formal, que es igual de necesaria). La justicia *transicional* se tiene que construir a partir de la memoria, especialmente de la memoria de las víctimas y de su dolor. La justicia *transicional* debe ser concebida como lo que ella es: *una justicia fundada en la memoria del sufrimiento de las víctimas, una fuente que permite realizar el ideal ético de la justicia a partir de la utilización del derecho como instrumento*; justicia en la cual no tiene cabida las caducidades y las prescripciones de los delitos de guerra y de lesa (y en contra) de la humanidad.

La justicia *transicional* edificada como respuesta a la impunidad desde la memoria y en contra del olvido, constituye la más elevada categoría del derecho como derecho justo y garantista de los derechos humanos de todos. Es una justicia que requiere de la participación creadora de la sociedad, principalmente de los jueces que, apuntando hacia lo que debe ser el derecho

correcto y justo, pueden resolver el problema sobre cómo hacer justicia con las víctimas. Ante esta situación, no sólo se hace indispensable el apoyo en la memoria y en la tradición de la sociedad occidental, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos y en los pactos internacionales de lucha contra la impunidad.

Por lo anterior, no puede aceptarse un concepto de justicia transicional como el siguiente:

¿Qué es la justicia transicional? La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas. (<http://www.ictj.org/es/tj/>).

Como bien puede observarse en este punto de vista del Centro Internacional de Justicia Transicional, no existe una identificación de lo que es o debe ser la justicia transicional. En la definición se elude lo que es, en esencia, la justicia transicional.

Igualmente, es inaceptable el criterio de estudiosos colombianos de la justicia transicional, entre otros, el consumado jurista y defensor de los derechos humanos Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon Sanín en el ensayo, *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*, acerca de lo que es la justicia transicional. Los autores expresan:

(...), la justicia transicional hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia. De hecho, por un lado, los procesos de justicia transicional se caracterizan

por implicar en la mayoría de los casos negociaciones políticas entre los diferentes actores, tendientes a lograr acuerdos lo suficientemente satisfactorios para todas las partes como para que éstas decidan aceptar la transición. Pero, por otro lado, los procesos de justicia transicional se ve regidos por la exigencias jurídicas de justicia impuestas desde el plano internacional, que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición<sup>3</sup>.

El profesor Carlos Nasch Rojas, frente a lo que puede ser considerado como justicia transicional cita el punto de vista de André du Toit sobre la justicia como reconocimiento. El texto muestra que:

(...). Debemos distinguir el sentido específico de justicia que es relevante en este contexto, aquel de *justicia como recognition* involucrado en el restablecimiento de la dignidad humana y cívica de las víctimas, distinto tanto de aquel de *justicia penal y retributiva* como de aquel de *justicia social y distributiva*. En la práctica, los sentidos respectivos de verdad y justicia están relacionados de diferentes maneras a través de los procesos y procedimientos específicos (...)<sup>4</sup>.

En el mismo texto citado du Toit agrega:

Nuestra primera aproximación al sentido específico de justicia como *recognition* relevante a la justicia transicional puede ser proporcionado por la doctrina de “Conciencia Negra”, según lo expone Steve Biko en la cúspide del apartheid a fines de la década de los años 60. Moral y políticamente, Conciencia Negra tuvo algunas características paradójicas. Su impulso central, por supuesto, fue la afirmación de la dignidad humana, del valor moral y de la acción política del pueblo negro de Sudáfrica. En su perspectiva moral abstracta, esto puede representar algo

<sup>3</sup> Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación*, Bogotá. Colombia, Pág. 115, 2006.

<sup>4</sup> *Texto de enseñanza sobre Justicia Transicional del programa de Justicia Transicional de la Maestría en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares*. Pág. 23.

consabido. Sin embargo, en el contexto particular de ese tiempo y lugar, ello fue un desafío a las leyes, políticas e ideología del apartheid, que ahora, en retrospectiva, puede ser evaluado como un factor altamente contributivo al proceso de transición en las décadas siguientes.<sup>5</sup>

Como puede observarse, si bien el punto de vista de du Toit es interesante en lo atinente a la justicia transicional tomando como soporte la idea de reconocimiento (el de la rehabilitación cívica y moral de la víctima), no precisa qué es la justicia transicional.

Filósofos del derecho moderno como Gustav Radbruch y Arthur Kaufmann, ofrecen argumentos adecuados para intentar definir qué puede ser la justicia transicional. Gustav Radbruch expresó: “La pauta axiológica del Derecho positivo y meta del legislador es la justicia<sup>6</sup>”. En cuanto al procedimiento para crearse el derecho a partir de la idea de justicia, Radbruch, agregó: “La justicia para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que completarse con otro factor: finalidad o adecuación a un fin<sup>7</sup>”. Por su parte, Arthur Kaufmann acerca de la justicia y el derecho, expresa: “El principio de igualdad es de naturaleza predominantemente formal. Para determinar lo que es justo se requiere de un principio material. Radbruch lo denominó finalidad o idea final del derecho. Concierno a la pregunta sobre aquello que sirve al máximo bienestar común<sup>8</sup>”.

En rigor, la justicia transicional es una nueva versión de lo que es la justicia y se caracteriza porque incorpora en un haz toda la riqueza de lo que ha sido la justicia en Occidente; es más que la justicia punitiva y sus principios, pero los reconoce; es más que la justicia conmutativa, pero no pasa por alto sus aportes; y se apoya en postulados de la justicia distributiva, porque ésta es la justicia del derecho público por excelencia y la que permite distribuir con criterios de equidad derechos, libertades y cargas.

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, Pág. 31, 1978

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p.35

<sup>8</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 309, 2002.

Así las cosas, entonces, tenemos que la justicia transicional permite el surgimiento de la democracia y su afianzamiento, situación que nos permite comprender que la democracia no se encuentra facultada para desconocer los derechos y las libertades; en consecuencia, y porque la democracia tiene límites en los derechos humanos, límites que la justicia transicional respeta y garantiza, en nombre de la democracia no se puede fomentar la impunidad. Por eso, no se admite que justicia transicional e impunidad se confundan. Tal y como lo afirman Arthur Kaufmann, *los derechos humanos son límites a la democracia*, Kaufmann lo sostiene así: “En la democracia rige la ley de la mayoría. La mayoría lo puede todo, a excepción de dos cosas: ella no puede eliminar el propio principio de la democracia, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos y fundamentales, pues éstos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege”<sup>9</sup>.

## **2.- LA VERDAD. SU CONCEPTO Y MISIÓN EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

Lo primero que se debe tener claro es que la justicia transicional, como cualquier otra forma de justicia, no puede resolver en el terreno judicial los problemas de la verdad; sin embargo, la justicia transicional tiende a crear las condiciones que hagan posible que la verdad sea realizada, verdad en terrenos de lo fáctico y de lo realizable. Por tanto, no se puede limitar la verdad en la justicia transicional a aquello que los jueces dicen en sus providencias judiciales cuando resuelven el caso –cualquiera que éste sea- que ha sido puesto bajo la órbita de sus competencias constitucionales o legales. Al juez no se le debe pedir lo imposible, por ende la justicia transicional no le puede pedir o, mejor, no puede esperar que la decisión que adopte el juez sea verdadera. Sin embargo, sí se le puede pedir o exigir al juez que la decisión judicial que adopte sea correcta, y para serlo, la providencia judicial debe crear las condiciones que hagan posible el nacimiento y la consolidación de la verdad.

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p.517

A la justicia transicional no le interesa la verdad que se constituye desde los centros de poder que, como lo denuncia Foucault, son creadores de verdades oficiales:

Occidente será dominado por el gran mito de que la verdad nunca pertenece al poder político, de que el poder político es ciego, de que el verdadero poder es el que se posee cuando se está en contacto con los dioses o cuando lo recordamos las cosas, cuando miramos hacia el gran sol eterno o abrimos los ojos para ver lo que ha pasado. Con Platón se inicia un gran mito occidental: lo que de antinómico tiene la relación entre el poder y el saber, si se posee el saber es preciso renunciar al poder; allí donde está el saber y la ciencia en su pura verdad jamás puede haber poder político.

Hay que acabar con ese gran mito. Un mito que Nietzsche comenzó a demoler al mostrar en los textos que hemos citado que detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado por este<sup>10</sup>.

El proceso de búsqueda de la verdad en la justicia para las víctimas en la justicia transicional es todo un campo de batalla. La verdad no sólo es un problema de saberes y de los tipos de saberes, se obtiene luego de un enfrentamiento entre las víctimas y los victimarios con sus poderes políticos. Las víctimas se ven en –o tienen- la obligación de no dejarse vencer, ya lo había expuesto Walter Benjamín, cuando expresó:

Ahora bien, quienes dominan una vez se convierten en herederos de todos los que han vencido hasta ahora. La empatía con el vencedor siempre les viene bien a quienes mandan en cada momento. (...). Quien hasta el día de hoy haya conseguido alguna victoria, desfila con el cortejo triunfal en los que los dominadores actuales marchan sobre los que hoy yacen en tierra. Como suele ser habitual, el cortejo triunfal acompaña el botín. Se le nombra con la expresión de bienes culturales. (...). Por eso el

---

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa editorial, Pág. 59, 2000.

materialista histórico toma sus distancias en la medida de lo posible. Considera tarea suya cepillar la historia a contrapelo”<sup>11</sup>.

En la construcción de la verdad en los procesos de justicia transicional, es un imperativo ético tomar partido a favor de los derechos de las víctimas; hay que cepillar la historia a contrapelo, se debe evitar que la verdad que se imponga como la verdad oficial en la historia, sea la verdad de los victimarios. Por ello, los bienes culturales no pueden ser el botín de los victimarios, la democracia no puede ser utilizada como máscara que esconde la justicia de las víctimas o que encubre la verdad para favorecer a los culpables. La verdad de la justicia transicional, teniendo presente que su labor es penetrar en lo que está oculto a favor de los imprescriptibles derechos de las víctimas, bien puede ser entendida con la metáfora de José Saramago, cuando a la pregunta “*¿Algún recuerdo en la memoria que tenga la fuerza de hacerlo adoptar inconscientemente este camino desmistificador en su trabajo creador?*”, del periodista Ángel Darío Carrero del periódico *Nación* de Puerto Rico, le responde:

Yo iba con frecuencia a la ópera en Lisboa, no porque tuviera dinero para comprar el billete, sino porque mi padre era policía y conocía a los que trabajaban en el teatro y me dejaban entrar. Iba al gallinero, por encima del palco real. En lo alto, como tiene que ser, había una corona dorada. Si miras desde el palco la ves en todo su esplendor. Pero curiosamente - y esto sólo puede verlo quien está en el gallinero- la corona en realidad no era completa, sino solo tres cuartos de corona. Desde el gallinero uno veía la otra cara de la corona: la parte vacía, llena de polvo, de telaraña y de alguna colilla republicana. Tal vez de ahí me viene este afán de tratar de ver lo que está oculto. Todas las cosas tienen otro lado. Mientras no lo veamos no tendremos un conocimiento suficiente de la realidad<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> REYES MATE, Manuel. *Tesis VII. Sobre el concepto de historia de Walter benjamín en la Tesis VII. Sobre el concepto de historia*. En: *Medianoche en la historia*. Madrid: Trotta. Págs. 129 y 130, 2006.

<sup>12</sup> SARAMAGO, José. *Un ateo confeso*. En: [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com) Domingo a Domingo. 11 de octubre. Pág. 4.

A tono con el pensamiento de Saramago, la verdad en la justicia transicional no puede equipararse como la realidad que aparece ante nuestros ojos en forma brillante, resplandeciente e inmediata: como algo íntegro y fascinante a los ojos de cualquier espectador. La verdad siempre está oculta a los ojos de todo, y por muy brillante que la realidad aparezca ante nuestros ojos o ante los de cualquier espectador, siempre tiene un lado oculto y oscuro, y es incompleta, por lo cual la gestión de la justicia transicional es **descubrir** y **revelar** lo que está oculto, por tanto, la justicia transicional opera con criterios de verdad, esto es, como búsqueda, como aproximación, como revelación.

Por ello, en la justicia transicional no existen verdades que puedan ser consideradas innombrables. Partir de este supuesto es contradecir un elemento primordial de lo que constituye la justicia transicional, una justicia que *convive* con la democracia y que *fomenta* la democracia. Todas las verdades tienen que ser nombradas porque en un ambiente de tolerancia y pluralismo no es permitido considerar que no pueda ser posible el florecimiento de una multitud de versiones sobre lo que se considera *verdad, por que mediante el pluralismo* es la vía que permite la aproximación a la verdad. En ese sentido, la búsqueda de la verdad es un derecho que nos pertenece a todos, pues no es posible que la verdad le pertenezca a alguien o a algunos en especial. A este respecto, es aconsejable seguir la reflexión de Lessing cuando expresa:

Escena Sexta. Natán a solas.

¡Ejem, ejem! - ¡Curioso! - ¿En qué estoy metido? - ¿Qué quiere el Sultán, qué quiere? – Vengo preparado para una cuestión de dinero y resulta que quiere – verdad. ¡Verdad! Y la quiere tal – tan contante y sonante, tan reluciente- ¡Cómo si la verdad fuera una moneda!- Por supuesto, ¡si fuera una de esas monedas antiguas que se sopesaba a mano!- ¡Aún! Pero una de esas monedas hechas por mera acuñación, que sólo sirven para pagar en mostrador; una moneda así no es la verdad ¡Seguro que no!<sup>13</sup>

De esta manera, en la justicia transicional y en su determinación en cada caso concreto e individual no pueden existir verdades innombrables, todas las

---

<sup>13</sup> LESSING, G. E. *Natán el sabio*. Barcelona: Anthropos, Pág. 52, 2008.

historias de los sufrimientos de las víctimas como formas de verdades, tienen el derecho a ser relatadas, aún más aquellas que reclaman justicia desde el sufrimiento de las víctimas y que están suspendidas en el tiempo porque los reclamos de justicia no han sido satisfechos y aparecen como deudas pendientes de las cuales ninguno quiere darse por enterado y cuyas responsabilidades todos queremos evadir. En este sentido, es relevante poner de presente lo citado por Priscila Hayner:

De hecho, en algunos grupos de activistas internacionales cunde la impresión de que se ha de recomendar la búsqueda de la verdad oficial a los países que dejan atrás un régimen autoritario. En sus propuestas de políticas, tanto Amnistía Internacional como Human Rights Watch, dos de las organizaciones más importantes de defensa de los derechos humanos, exigen la investigación de la verdad cuando se han cometido violaciones graves de los derechos humanos. (...). Algunas de estas posiciones son inflexibles. Wilder Tayler, principal asesor jurídico de Human Rights Watch, señala que no admitir excepciones individuales a la obligación internacional de investigar la verdad es una cuestión de principios<sup>14</sup>.

Más adelante en la misma obra, esta autora sostiene que:

No obstante, puede haber casos en los que recomendar “siempre la verdad” no sea lo adecuado o en los que al menos recomendar un proyecto oficial que establezca la verdad, como una comisión sea inadecuado<sup>15</sup>.

En este aspecto, se debe criticar la postura de Priscila Hayner porque constituye una actitud que, en cierta forma, contribuye a negarles a las víctimas el derecho de acceso a la justicia a la que tienen derecho, tal y como tienen derecho todas y cada una de las personas en virtud del principio de universalidad de los derechos humanos del que nadie puede despojarlos. No

---

<sup>14</sup> HAYNER, Priscilla. *Verdades Innombrables. Dejar el pasado en paz*. México: Fondo de Cultura Económica, Pág. 244, 2008.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 246.

se puede pasar por alto que la justificación de la existencia del Estado moderno en Occidente es la de que éste es un instrumento para garantizar derechos y libertades de todas las personas, sin excepción. Y los compromisos político y ético de las autoridades estatales giran alrededor de diseñar políticas que les garanticen los derechos y las libertades a todas las personas. Privarles del derecho a la verdad a las víctimas constituye un trato discriminatorio no justificado razonablemente y rompe con el principio de isonomía que es constituyente del Estado de derecho moderno.

### 3.- LA REHABILITACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y LAS REPARACIONES

En estos casos, un compromiso de la justicia transicional no sólo tiene que ser **compensar** el daño moral o económico sufridos por las víctimas, sino que la justicia transicional se ocupa de **crear** las condiciones que hagan posible que los proyectos políticos democráticos que sufrieron las víctimas y por los cuales lucharon se realicen y que la sociedad **respete** la memoria de las víctimas, reconociendo que sus proyectos políticos democráticos puedan ser reivindicados en forma democrática por la sociedad. En una palabra, **responderles** a las víctimas que tenían razón en presentar sus proyectos y que, además, debieron respetárselos.

Un elemento central de la justicia transicional es el de la obligación jurídica que tiene el victimario de reparar los daños ocasionados a las víctimas de sus actuaciones. Esta obligación jurídica de reparación de los daños a cargo del responsable de infringir el daño, no es más que la concretización del ideal de justicia que nos dice que *toda víctima tiene el derecho de reclamar y obtener reparación de los daños que ha sufrido*. Al lado de este derecho, otro derecho que le asiste a las víctimas de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos –así como a cualquier otra persona sólo por el hecho de ser un ser humano- es requerirle al Estado que su reclamo sea atendido, en la medida en que uno de los fundamentos ontológicos del Estado Social de Derecho, es la obligación jurídica del Estado con las víctimas de asegurarles que la reparación a los daños sufridos será íntegra, oportuna y justa.

Las reparaciones deben contemplar un amplio espectro que incluya no solamente ingredientes materiales, sino morales, vida en relación, simbólica, político-social, rehabilitaciones políticas y cívicas y, en fin, todo tipo de reparaciones que hagan posible que el ideal de justicia sea realizado. Las reparaciones y su forma tienen un amplio respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, en especial, en tratados públicos de derechos humanos como la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, art. 63-1; los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder adoptado por la Asamblea general de la O.N.U. en 1985; el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad del Relator Especial para la cuestión de la impunidad de 1998, tratados sobre Los derechos de los Niños, el Estatuto de Roma; en fin, un conjunto de normas jurídicas de alcance internacional con aplicación directa en la mayoría de los estados de Iberoamérica, en virtud de que están adoptados en su legislación interna.

#### **4.- LA RECONSTRUCCIÓN DEL TEJIDO SOCIAL MEDIANTE LA RECONCILIACIÓN DE VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS Y EL PAPEL DE LA JUSTA SANCIÓN PENAL AL CRIMEN**

La justicia transicional persigue que la fractura social provocada por las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos a un conjunto de personas, en un determinado territorio, pueda ser recompuesta de tal forma que el castigo que se imponga y las reparaciones que se ordenen cumplan el postulado de que el castigo busca evitar que los crímenes se repitan. El castigo a los crímenes en la justicia transicional se enmarca dentro del criterio del derecho penal de la ilustración que nos dice que la pena tiene un efecto persuasivo en cuanto a que ésta es impuesta en forma efectiva para que no quede en la impunidad el crimen cometido, tal y como lo expresara Cesare Beccaria:

La certeza de un castigo, aunque sea moderado, causará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible, pero unida a la esperanza de su impunidad; pues los males, aunque mínimos, cuando son ciertos, atemorizan siempre el ánimo del hombre, y la esperanza, don

celestial que frecuentemente es lo único que nos queda, aleja siempre la idea de los males mayores, principalmente cuando la impunidad, la avaricia, y la debilidad otorgan a menudo, aumentan su fuerza<sup>16</sup>.

La justicia transicional persigue que la factura social provocada por las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos a un conjunto de personas en un determinado territorio, pueda ser recompuesta de tal forma que el castigo que se imponga y las reparaciones que se ordenen cumplan el postulado de que el castigo busca evitar que los crímenes vuelvan a repetirse.

Sin embargo, no sólo la certeza del castigo contribuye a la persuasión del delito, también lo hace que las penas sean proporcionales a los delitos que se cometan y a los daños ocasionados a las víctimas y a la sociedad, *porque justicia es proporción*. No es concebible la justicia por fuera de la proporción - no matemática-, sino la del logos de lo razonable fundada en la prudencia y que permite que (i) el arrepentimiento del victimario sea una realidad cuando se dispone a cumplir con la pena de manera sincera y con vocación de reintegrarse a la sociedad (ii) y que, por su parte, la víctima y la sociedad queden satisfechas con las rehabilitaciones y las penas, respectivamente. La proporción de las penas conforme a la gravedad de los delitos fue señalada por el mismo Beccaria en la obra ya citada, a saber:

No sólo es el interés común que no se cometan delitos, sino también que sean más raros en proporción al mal que acarrea a la sociedad. Por consiguiente, deben ser más fuertes los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos, a medida que sean más contrarios al bien público y a medida de los estímulos que a ellos los induzcan. Por consiguiente, debe haber una proporción entre los delitos y las penas<sup>17</sup>.

Tenemos entonces que la pena justa no sólo cumple una función persuasiva, y como tal es un freno en sí para que los crímenes no vuelvan a repetirse -lo cual constituye un elemento esencial de la garantía de la no repetición- sino que, además, la pena y su cumplimiento son las que permiten que el tejido de la

---

<sup>16</sup> BECCARIA, Cesare. *Los delitos y las penas*. Bogotá: Temis, Pág. 62, 1998.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 67

sociedad pueda ser reconstruido. Es decir, la pena y su cumplimiento por parte de los responsables de los crímenes, confirman la existencia de una distinción manifiesta entre criminales y víctimas y que a los inocentes que han sufrido por las acciones criminales se les reconozca su valor social y su dignidad; que puedan comprender que su derecho a recibir justicia está más que justificado y que la reconciliación social necesaria para poder vivir en paz no puede descansar sobre el lecho de la injusticia.

En lo correspondiente a la reconciliación, este mismo escritor expresa:

La reconciliación es un acto social y no burocrático, e implica el encuentro de dos movimientos en sentido opuesto: por una parte, el autor del delito de sangre, reconocimiento del daño hecho a las víctimas y demanda de perdón a quienes pueden perdonarle, que son las víctimas y no el Estado, y por parte de las víctimas perdonar si lo estiman oportuno. Tan libre es la solicitud del perdón como su concesión. La escenificación pública de este doble movimiento parece inevitable y deberíamos aplicarnos todos a crear la cultura que lo haga posible<sup>18</sup>.

## 5.- CONCLUSIONES

No existen fundamentos fácticos ni jurídicos que justifiquen que el fenómeno de la impunidad por las violaciones a los derechos humanos se presente, toda vez que en la actualidad existe un orden jurídico universal con sus autoridades correspondientes de protección de los derechos humanos.

La intervención para el castigo de los violadores de los derechos humanos y para garantizar las variadas formas de reparaciones a cargo de los responsables de las violaciones y de los correspondientes perjuicios, en primer lugar, le corresponde la obligación jurídica de intervenir a los estados nacionales; cuando éstos no los protegen y castigan, la justicia internacional por intermedio de sus autoridades con un conjunto de órganos, les asiste la

---

<sup>18</sup>REYES MATE, Manuel. *A contraluz de las ideas políticamente correctas*. Barcelona: Anthropos. Pág. 67, 2005.

competencia jurídica para intervenir y adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos, cuando materialmente es posible, o para castigarlo y ordenar las reparaciones, cuando las violaciones se han consumado.

Los crímenes en contra de los derechos humanos no pueden quedar en la impunidad, sencilla y naturalmente, porque este orden jurídico tiene fuerza normativa de orden supra - constitucional en los estados de Iberoamérica, porque el orden jurídico está instituido mediante un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos que combaten la impunidad.

Aceptar que los crímenes queden en la impunidad, es decir, que no sean castigados los responsables y reparados las víctimas en proporción a los perjuicios ocasionados, y que los derechos humanos de las víctimas que han padecido las violaciones graves o gravísimas puedan ser intercambiados en el mundo de la política por la “democracia”, constituye una aberración y abjuración de orden ético, jurídico y político. Aberración y abjuración de orden ético, porque la justicia es fundamento para la vida social, y es inconcebible que los seres humanos puedan convivir en sociedad sin reglas de lo bueno y de lo correcto, sin modelos de comportamientos y sin castigos a los responsables de los delitos cometidos; tal sociedad, no podrá vivir en paz y respeto al otro, sería el retorno al estado de naturaleza, y la sociedad no debe renunciar al crecimiento ético alcanzado.

Aberración y renuncia de orden jurídico, porque en las democracias occidentales modernas y contemporáneas, el derecho como ordenamiento jurídico coactivo y como instrumento de control social y de realización del ideal ético de la justicia, está diseñado para la protección y la garantía de los derechos y libertades de todas las personas, con fundamento en la idea de que todos los seres somos diferentes, por lo que el derecho tiene el deber de ofrecer un tratamiento semejante en casos semejantes respetando la dignidad de todos los seres humanos, y sin que el derecho pueda establecer odiosas discriminaciones en el tratamiento de las personas, y dejar en la impunidad los crímenes en contra de los derechos humanos como una política de justicia y paz, sencillamente no es razonable y está en contra de los derechos de las víctimas, lo que es en sí una violencia brutal del Estado en contra del principio de igualdad, ya que existirían seres humanos desiguales en el tratamiento

jurídico, con ello, se atentaría en contra de una de las bases de la democracia, la igualdad formal. El derecho no puede renunciar a su misión de ofrecer seguridad jurídica a los derechos y a las libertades de todas las personas, si renunciare dejaría de ser derecho, ya que sería extremadamente inmoral, y lo extremadamente inmoral no constituye derecho, como lo enseña Gustav Radbruch.

Aberración de orden político, en la medida en que se desdibuja el concepto y los límites de la democracia, ya que la democracia en sus aspectos esenciales, son reglas de procedimiento que respetan unos determinados contenidos, y es limitada por esos contenidos y uno de los contenidos esenciales de la democracia es, que el ejercicio de la política y del poder, está limitado por los derechos y las libertades ciudadanas, en especial, por los derechos humanos, su respeto, protección y garantía; luego, en nombre de la democracia no se pueden dejar de castigar las violaciones a los derechos humanos. La democracia no puede renunciar a su condición, que es la de que como reglas de juego, como procedimiento formal, respete y garantice unos contenidos esenciales, los derechos humanos, entre éstos.

En resumen, el derecho internacional y nacional de los derechos humanos, les ofrece a las víctimas la garantía a la protección de sus derechos y normas de impunidad tratan de desconocerles. El derecho de los derechos humanos es la alternativa; conocerlo y dominarlo es una obligación profesional y moral de los juristas y de los operadores jurídicos.

Ein definitiva, sin derecho y sin su respeto no haabra justica y paz en la sociedad

## REFERENCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Los delitos y las penas*. Bogotá: Temis, Pág. 62, 1998.
- Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación*, Bogotá. Colombia, Pág. 115, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa editorial, Pág. 59, 2000.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*. Bogotá: Real Academia Española. Asociación de Academias de la Lengua Española, Pág. 9, 2007.
- HAYNER, Priscilla. *Verdades Innombrables. Dejar el pasado en paz*. México: Fondo de Cultura Económica, Pág. 244, 2008.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 309, 2002.
- LESSING, G. E. *Natán el sabio*. Barcelona: Anthropos, Pág. 52, 2008.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, Pág. 31, 1978
- REYES MATE, Manuel. *Tesis VII. Sobre el concepto de historia de Walter benjamín en la Tesis VII. Sobre el concepto de historia*. En: *Medianoche en la historia*. Madrid: Trotta. Págs. 129 y 130, 2006.
- *Justicia para las víctimas*. Barcelona: Anthropos. Pág. 103, 2008.
- *A contraluz de las ideas políticamente correctas*. Barcelona: Anthropos. Pág. 67, 2005.
- SARAMAGO, José. *Un ateo confeso*. En: [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com) Domingo a Domingo. 11 de octubre. Pág. 4.
- *Texto de enseñanza sobre Justicia Transicional del programa de Justicia Transicional de la Maestría en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares*.

Zaragoza, 9 de noviembre de 2009