

RESEÑA

ELSTER, JON. *RENDICIÓN DE CUENTAS: LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN PERSPECTIVA HISTÓRICA*. BUENOS AIRES: KATZ; 2006.

Holmedo Peláez Grisales

HOLMEDO PELÁEZ GRISALES*
Universidad Pontificia Bolivariana

Los ‘procesos de paz, derechos de las víctimas y deberes de los Estados’ son tres componentes fundamentales en materia de justicia transicional y, para abordar cada uno de estos, es muy recomendable conocer cuáles han sido las experiencias que se han vivido en otros tiempos y contextos, y cómo es que estos han sido tratados.

Los procesos de justicia transicional no son para nada nuevos, han hecho parte de la historia de las distintas sociedades desde la antigüedad y han respondido a las necesidades de cada Estado en un momento determinado de profundas injusticias sociales; no obstante, cuando se llega a la decisión de adoptar este tipo de justicia, se espera que estos procesos generen un punto de quiebre dentro del orden establecido, saldando cuentas con el pasado e implementando cambios trascendentales en la sociedad y el Estado.

Sin embargo, la justicia transicional produce una alta incertidumbre y expectativa entre los actores sociales respecto de la respuesta esperada a sus demandas frente al Estado, esto es, de un lado, están las víctimas exigiendo su derecho a la justicia, verdad y reparación; y, de otro lado, están

* Abogado, Pontificia Universidad Bolivariana; estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia) e investigador de la línea Derecho, Sociedad y Contexto del Grupo de Investigaciones en Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: holmedo.pelaez@upb.edu.co

los criminales negociando perdón y olvido. Por supuesto, la sociedad espera que el Estado responda con su deber de hacer justicia.

En Colombia, nos encontramos en un momento de alta incertidumbre frente al proceso de paz, a los derechos de las víctimas y a las decisiones trascendentales que viene adoptando el Estado, quien tiene el reto de no repetir la historia de otros procesos de justicia transicional que solo han sido apariencia y que, más que justicia, han servido como medio para expiar las culpas de los criminales y denegar los derechos de las víctimas.

El Estado colombiano tiene el deber de hacer justicia, esto es, saldar sus cuentas con el pasado respetando los derechos de las víctimas, garantizando el debido proceso de los criminales y construyendo un proyecto social de largo alcance, que renueve la sociedad y la lleve a no repetir los errores del pasado. La justicia transicional no es menos justicia, al contrario, es más justicia; advierto que esto no está muy claro en el proceso colombiano y es urgente tomar decisiones en este sentido.

Entonces, reitero que la historia en materia de justicia transicional nos debe servir mucho en el Estado colombiano para tomar decisiones acertadas en justicia; las experiencias del pasado nos deben guiar para implementar lo que ha resultado adecuado y exitoso, y desechar lo que ha sido cuestionado y perjudicial para otras sociedades.

En este sentido, opino que uno de los textos que más pueden iluminar este propósito es el libro *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*,¹ del profesor Jon Elster; en él, su autor nos muestra un mapa histórico increíble de cómo ha vivido el mundo la justicia transicional en diferentes épocas y sociedades. De lejos, es una obra iluminadora para nuestros procesos en Colombia, por lo que resulta sumamente útil reseñarlo y tenerlo en cuenta en estos tiempos de incertidumbre dentro de nuestro contexto, como un presagio de lo que puede pasar para bien o para mal, según el punto desde el cual se le mire, pero también como un recurso para tomar decisiones justamente acertadas.

¹ Otro escrito que resulta revelador en materia de justicia transicional en perspectiva histórica es el de la profesora Ruti G. Teitel (2003), *Transitional justice genealogy*. Este lo encuentro muy apropiado para comprender el sentido y el fondo de la justicia transicional y las distintas formas que ha adoptado en diferentes tiempos y contextos. Por lo tanto, enriquece el estudio de la materia y las ideas que Elster nos regala a través del texto que reseño.

Elster, en su libro, se ocupa de dos cuestiones, principalmente, de forma retrospectiva: qué respuestas dan las sociedades a los crímenes y daños, y, fundamentalmente, describe las distintas formas en que las sociedades saldan cuentas pendientes con el pasado; para ello, en primer lugar, describe históricamente los distintos casos de justicia transicional; y, en segundo lugar, propone un marco analítico que ayude a explicar las variaciones entre los casos (Elster, 2006, p. 15).

En la primera parte de la obra, Elster, en “El universo de la justicia transicional”, entra a definir la justicia transicional como aquella que se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro. Así mismo, demuestra que esta justicia no es exclusiva de los regímenes modernos y de los democráticos, y que, a través de ella, las naciones son capaces de aprender de su experiencia (pp. 15-16).

En este primer capítulo, se remonta a Atenas, a los años 411 y 403 a. C., y describe los procesos de justicia transicional que tuvieron lugar tras las sucesivas restauraciones de la democracia ateniense en estos períodos: el derrocamiento de la democracia, el establecimiento de la oligarquía y su derrota, y la restauración de la democracia (pp. 15-17).

Aquí, Elster explica cómo ocurrieron estos sucesos, demostrando que la justicia transicional es casi tan antigua como la democracia. Los atenienses asistieron al nacimiento de la democracia en el año 594 a. C., lo cual implicó una serie de reformas a las leyes, la promulgación de una ley de amnistía que restauró los derechos civiles, cambios en el sistema judicial, el montaje de un gobierno popular sin restricciones y una soberanía popular aun sin Estado de derecho (pp. 17-21).

Esta democracia fue puesta en peligro por el proceso expansionista e imperialista de Atenas, particularmente, cuando la Asamblea popular decidió ir a la guerra contra Sicilia en el año 415, lo que no resultó acertado y generó el surgimiento de una primera oposición oligárquica, que llevó a cabo un golpe de Estado en 411. No obstante, vino la restauración de la democracia, que contempló procesos de justicia transicional y conllevó a un implacable enjuiciamiento de los oligarcas (pp. 22-23).

Posteriormente, Elster describe que Atenas sufre nuevamente una devastadora derrota en la Batalla de Egospótamos en 405, que marcó el fin del imperio ateniense y la instalación de una segunda oligarquía en 404,

bajo el auspicio de Esparta y el liderazgo de 30 tiranos, que implantaron un régimen de asesinatos, crearon un cuerpo privilegiado de ciudadanos y expulsaron al resto de la ciudad; quienes, luego, a su vez, con el ejército democrático que se encontraba en el exilio, vencieron a los oligarcas y fijaron un tratado de reconciliación entre ellos, el cual traía una amnistía que impedía presentar acusación por las cosas pasadas, con excepción frente a los tiranos y otros de la oligarquía. Esto es, los demócratas estaban dispuestos a limitar la retribución en aras de la paz civil, sin que ello implicara que la amnistía trajera el olvido y el silencio (pp. 24-31).

Elster muestra que el retorno a la democracia siempre trajo medidas retributivas en contra de los oligarcas. En 411 a. C., se adoptaron severas medidas de retribución y se promulgaron nuevas leyes para impedir que futuros oligarcas intentaran llegar al poder; y, en el 403 a. C., los demócratas reaccionaron diferente, introdujeron cambios en la Constitución y se abstuvieron de ser excesivamente severos, prefiriendo mirar hacia el futuro en búsqueda de la reconciliación social (pp. 17-18).

En este sentido, Elster afirma que el caso de Atenas es similar a las transiciones recientes, nos muestra los objetivos de la justicia transicional: la retribución versus la reconciliación; los actores principales: criminales, víctimas,² miembros de la resistencia, los neutrales y los beneficiarios, siendo las dos primeras categorías las más importantes; los problemas en la determinación de los crímenes; las sanciones: la ejecución, la imposición de multas, la prohibición de desempeñar cargos públicos, la pérdida de derechos civiles y políticos, y el exilio. Así mismo, nos enseña que la justicia transicional tuvo lugar en las acciones de particulares; no se utilizó legislación retroactiva; se vio suplementada por reformas jurídicas y constitucionales; se establecieron medidas para la recuperación de bienes confiscados; y, finalmente, las emociones retributivas se vieron atenuadas al ser tenidas en cuenta en el proceso (pp. 38-40).

² Elster nos muestra luego cómo estos objetivos y actores principales de la justicia transicional se encuentran enfrentados en una lucha en donde, por lo general, históricamente, las víctimas han resultado sacrificadas en pos de una 'justicia política pura', que, por supuesto, impiden lograr los objetivos de la tan anhelada justicia. Colombia debe luchar por una 'justicia legal pura', donde haya retribución, reparación y reconciliación, ya que sin las dos primeras no se puede alcanzar la justicia y el perdón. Los acuerdos del proceso de paz no pueden saltarse estas condiciones y la sociedad no puede ceder; en caso de que no sean cumplidas, las demandas de justicia permanecerán y el Estado siempre estará en deuda con las víctimas y la sociedad en general.

En el segundo capítulo, Elster expone el caso de las restauraciones francesas en 1814 y 1815. Allí, estudia la justicia transicional luego de las dos restauraciones de la monarquía francesa. A diferencia de Atenas, en la primera restauración, se tomaron limitadas medidas de reparación, mientras en la segunda se usaron medidas punitivas y reparatorias de largo alcance (p. 41).

Elster expone que, entre 1814 y 1815, se dieron dos episodios de justicia transicional frente al regreso de los Borbones al trono. En ambos casos, los regímenes posnapoleónicos con fuerzas aliadas intervinieron en el proyecto constitucional para imponer limitaciones a lo que pudo ser una justicia transicional altamente vengativa. Así, frente a las retribuciones, en la primera restauración, el nuevo régimen no inició juicios o purgas generalizadas de funcionarios, ni justicia política, sino unas pocas purgas en la administración pública. Por lo tanto, en el primer acuerdo de paz de 1814, Francia no asumió una pesada carga financiera. En cambio, en la segunda restauración, las demandas de castigos solicitadas por aliados y emigrados fueron el objetivo de la transición, estos presentaron una lista de culpables, pero el Parlamento se demoró en tomar una decisión y llevó al uso de la justicia privada³ en contra de los funcionarios napoleónicos; así, también, se llevó a cabo la restitución de los bienes nacionales y grandes purgas en el sector público (pp. 41-52).

Ahora bien, en cuanto a las reparaciones, Elster muestra que el régimen Borbón ofreció reparación por pérdida de bienes y oportunidades laborales, la devolución de los bienes en manos del Estado a sus antiguos propietarios, excepto a la Iglesia, así como limitadas indemnizaciones por los bienes confiscados y que hubiesen sido vendidos, pero el sufrimiento personal a causa del encarcelamiento o el exilio no fue compensado. Este hecho dejó ver que las reparaciones no pueden igualar las destrucciones (pp. 54-60).

En este caso, se muestra que ambas restauraciones fueron negociadas bajo la conducción de los senadores napoleónicos en 1814, quienes actuaron en su propio interés al insistir en una amnistía. Mientras, en 1815, se utilizaron diferentes formas de reparación, se tomaron medidas limitadas de retribución por el Parlamento, se hicieron purgas administrativas y otras

³ Llamo la atención en este punto para señalar que cuando la justicia transicional desemboca en una justicia privada es porque aquella fracasó. El Estado debe evitar que sus decisiones conduzcan a la sociedad hacia este camino de deshumanización.

medidas de venganza que llevaron a que Luis XVIII perdiera el control del país (pp. 63-64).

En el tercer capítulo, Elster amplía su estudio al "Universo de casos". Aborda unos 30 casos de justicia transicional, todos los cuales tuvieron lugar en el marco de una transición a la democracia en el siglo XX, a excepción de tres. Advierte que no se produjeron episodios importantes de justicia transicional en las nuevas democracias entre los episodios de Atenas y mediados del siglo XX (pp. 65-66).

Elster inicia con el caso de la restauración monárquica de Inglaterra en 1660, precedente de la restauración de la monarquía francesa. Allí, la ejecución de Carlos I fue una medida de retribución y reparación, y, luego, con la declaración de Brenda, el futuro Carlos II otorgó garantías y prometió que ningún crimen anterior sería juzgado, presentó ante el Parlamento una Ley de Olvido e Indemnidad con una mínima retribución que establecía algunas excepciones (pp. 67-69).

Luego, el autor trata dos casos de transición hacia la independencia: los Estados Unidos en 1783 y Argelia en 1962. En ellos, Elster sostiene como idea central que cuando países bajo dominio colonial emprenden una guerra por la independencia, y la consiguen, a menudo buscan castigar a los ciudadanos que han colaborado con la potencia colonial. En ambos Estados, a los colaboradores se les garantizó protección en los tratados de paz, pero su observancia fue muy pobre en los Estados Unidos y nula en Argelia. En el tratado angloamericano, se plasmó disponer la restitución de todas las propiedades, derechos y bienes confiscados y pertenecientes a súbditos británicos; no obstante, dadas las habilidades de los colaboradores, revocaron la legislación que les era contraria; de otro lado, la comisión británica reconoció compensaciones a los demandantes exitosos. En el caso de los Acuerdos de Evian de Argelia, si bien establecían amnistía, no incluían garantías para los colaboradores y estos fueron masacrados, frente a lo cual el gobierno francés no hizo nada para evitar estos resultados (pp. 69-73).

Elster pasa después a estudiar cinco grupos geográficos y cronológicos de transición hacia la democracia en el siglo XX: Europa Occidental y Japón luego de 1945, sur de Europa en 1975, América Latina en 1980, Europa del Este luego de 1989 y África de 1979 a 1994. Estos casos los ubica como resultado de la historia moderna de la justicia después de transiciones

hacia la democracia, la cual comienza con la derrota de Alemania, Italia y Japón en 1945 (p. 73).

En Alemania, Elster afirma que los procesos de justicia transicional comenzaron inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y aún continúan en el presente. Frente a las medidas retributivas, se juzgó a los 22 oficiales nazis por un Tribunal Militar Internacional de Núremberg, con penas de prisión y penas de muerte. Así mismo, se juzgaron también otros criminales de guerra alemanes que fueron condenados con pena capital; igualmente, se pretendió un amplio proceso de purga de desnazificación que fue impracticable, lo cual se vio reflejado en la ausencia de purgas en el sistema judicial. De otro lado, se adoptó una legislación para compensar a las víctimas del régimen nazi, la Ley Federal de Restitución de 1956, y se indemnizó por concepto de reparación a Israel. No obstante, el proceso mostró que los alemanes tenían poco interés en ajustar cuentas con su pasado (p. 73).

En Italia, Elster sostiene que la justicia transicional comenzó y terminó antes que en otro país. Luego de la caída de Mussolini en 1943, el gobierno de Badoglio adoptó una primera ley de purga y de amnistía. Sin embargo, se produjeron numerosos episodios de 'justicia salvaje', ejecuciones ilegales (pp. 74-75).

En Japón, señala que se juzgó a 28 oficiales japoneses por el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, quienes fueron condenados por atrocidades individuales contra su personal (p. 75).

Luego, el autor presenta los procesos de justicia transicional de los países que habían estado bajo ocupación alemana durante la guerra (Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda y Noruega), o que, de algún modo, colaboraron con Alemania (Austria, Hungría). En estos casos, hubo variaciones en las modalidades y alcances de la justicia transicional. En ellos, se puede ver medidas retributivas: miembros de organizaciones nazis considerados automáticamente culpables; ejecuciones de sentencias de muerte, una nueva pena denominada la 'indignidad nacional', que significó la pérdida de derechos civiles y políticos, del derecho al voto, a desempeñar cargos públicos y a ejercer y trabajar en ciertas profesiones, pérdida del derecho a poseer bienes inmuebles y, también, la imposición de trabajos forzados, la pérdida de ciudadanía y de sus bienes, y purgas en el sector público. Así mismo, se tomaron medidas de restitución y compensación (pp. 76-79).

En el caso del sur de Europa, Elster muestra que marca una siguiente cadena de transiciones hacia la democracia en 1970 con la caída de las dictaduras de Portugal, Grecia y España. En Portugal, se produjeron purgas, exilios, encarcelamientos en contra de los agentes del régimen fascista y las clases privilegiadas, que luego fueron corregidos; y se aprobó una ley de compensación. En Grecia, se dio un proceso de 'desjuntificación', se hicieron purgas en el ejército, el gobierno local y las organizaciones estatales; se hicieron juicios en contra de los exoficiales, pero no se otorgaron compensaciones, solo se restituyó a empleados estatales y se devolvieron sus pensiones. En España, en cambio, el caso es único en la justicia transicional, ya que hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional, el gobierno declaró una amnistía parcial, puso en libertad a presos políticos, se aprobó un 'punto final' para evitar el procesamiento de los miembros del régimen saliente, se legalizó el partido comunista y se adoptó una nueva Constitución. Sin embargo, en tiempos recientes, se han presentado demandas de reparación (pp. 79-81).

En América Latina,⁴ Elster muestra cómo este proceso de transiciones se vivió en la década de 1980 y, por lo general, fueron negociadas por los regímenes militares salientes, que intentaron con éxito asegurar su inmunidad. Se establecieron comisiones de la verdad para identificar a las víctimas, se hicieron compensaciones, pero en algunos países la situación aparece incierta y es posible que las amnistías fueran anuladas o no tenidas en cuenta. En Argentina, se juzgó a los oficiales y funcionarios de la dictadura, pero la mayoría se benefició del punto final y de la 'Ley de Obediencia Debida', se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, quien investigó los casos y se dio un programa de reparaciones que compensó a los familiares de los desaparecidos. Sin embargo, se han anulado las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y ha resurgido la justicia transicional. En Bolivia, algunos oficiales militares fueron juzgados y, en 1984, dos partidos de izquierda exigieron cuentas a los líderes de los cuatro regímenes militares opresivos. No obstante, la comisión de la verdad que investigaba los procesos fue desmantelada. En Brasil, los generales promulgaron una

⁴ Un excelente complemento a este estudio de Elster pueden ser las *Memorias conference paper - Enfrentando el pasado. El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Puede ser consultado en: http://www.humanitarios.org/reh/IMG/pdf_legado_de_la_verdad.pdf

ley de autoamnistía, sin embargo, la Arquidiócesis de San Pablo realizó un informe secreto de las torturas y publicó la lista de los torturadores, y el Parlamento otorgó una indemnización a las familias y se compensó a las víctimas sobrevivientes, pero no anuló la ley de amnistía. En Chile, la junta militar promulgó también una ley de autoamnistía, se expidió una Constitución que cimentaba las bases de un régimen autoritario, hubo un bloqueo institucional para obstruir las reformas democráticas y la justicia transicional, pero por respuesta se creó una comisión de verdad que llevó al Parlamento a adoptar una legislación de compensación, y los jueces han seguido esta doctrina de indagar crímenes del pasado. En México, no se ha producido una transición política por falta de alternancia del poder concentrado en el PRI, pero se dio un cambio fundamental dentro del régimen, luego de que se estableciera una comisión investigadora que documentó el abuso de los derechos humanos por parte del gobierno y de oficiales involucrados, y, aunque se designó un fiscal especial de crímenes políticos del pasado, no se han iniciado procesos. En Uruguay, precedió un acuerdo secreto entre el régimen militar y el presidente elegido democráticamente de que no habría procesamiento por violaciones de derechos humanos, el Parlamento promulgó una ley de amnistía y otra para la rehabilitación, se conformaron comisiones de verdad oficial y no gubernamental, y se documentaron los abusos frente a los cuales existe el compromiso del gobierno de indemnizarlos (pp. 81-86).

En Europa del Este, en 1989, Elster manifiesta que las Negociaciones de la Mesa Redonda y las elecciones llevaron hacia las transiciones democráticas, en orden cronológico: Polonia, Hungría, Alemania Oriental, Checoslovaquia, Rumania, Bulgaria y la Unión Soviética. En ellos, el alcance de la justicia transicional varía mucho en cada región. En Checoslovaquia y la República Checa, las purgas e indemnizaciones fueron más exhaustivas, y menos considerables en Rumania; así mismo, en todos los países, hubo pocos juicios. De otro lado, se han desarrollado procesos de restitución en todos los países. Se han restituido en especie tierras, se han devuelto a sus antiguos propietarios y se han distribuido vales para la compra de tierras estatales. Así, también, se han compensado a quienes durante el régimen comunista, por otros motivos, sufrieron abusos (pp. 86-90).

En África, Elster estudia los casos de la ex-Rhodesia, Sudáfrica y Etiopía. Expone que en la ex-Rhodesia hubo una decisión consciente de evitar la

justicia transicional y, luego, se trazó una línea divisoria con el pasado para lograr la reconciliación y otorgar confianza a los inversionistas extranjeros. En Sudáfrica, se resalta la Comisión de la Verdad y la Reconciliación como modalidad única de reconciliación con el pasado a través de la identificación de las víctimas y la decisión de casos, pero no ha habido una reforma agraria que repare la desposesión masiva, ni tampoco compensación por el traslado forzoso de población negra bajo El Apartheid, aunque sí ha existido amnistía en algunos casos. En Etiopía, la transición comenzó cuando el régimen dergue cayó en 1991. Aquí, funcionarios dergues fueron arrestados y se iniciaron los juicios, se han hecho purgas administrativas y de los miembros del poder judicial (pp. 90-92).

Elster concluye esta primera parte con algunas ideas que le dejan estos casos sobre la justicia transicional: advierte que un régimen autocrático previo a la transición a la democracia puede haberse originado dentro del país, o haber sido impuesto por una potencia extranjera, así, también, el proceso de justicia transicional puede haber sido iniciado por un nuevo régimen, o ser supervisado por una potencia extranjera. Sostiene, además, que la justicia transicional varía según su dimensión temporal, la justicia transicional inmediata, donde los procedimientos inician poco después de la transición y llegan a su fin dentro de cinco años; la justicia transicional prolongada, donde el proceso comienza de inmediato y continúa por un largo tiempo; la justicia transicional de segunda ola, donde hay un período de latencia en el cual no se toman medidas, hasta que después se inician nuevos procedimientos; y la justicia transicional pospuesta, donde las medidas se toman diez años o más después de la transición (pp. 93-96).

En la segunda parte, Elster se dedica a la "Análisis de la justicia transicional", a partir de la cual busca dar cuenta de las variaciones de dicha justicia a través del tiempo y el espacio, mas no es su objetivo presentar una 'teoría de la justicia transicional'. Para ello, primero, expone un marco conceptual para la idea de justicia transicional; segundo, demuestra que la suerte de los criminales y las víctimas se ve determinada por las prioridades de legislaturas, tribunales y organismos administrativos; tercero, muestra cómo las limitaciones y determinaciones de estas decisiones provienen de fuerzas económicas, políticas y sociales; cuarto, argumenta que las motivaciones emocionales predominan en la justicia transicional; y, quinto, presenta la dimensión política de la justicia transicional (p. 97).

En el desarrollo de esta segunda parte, Elster entra en el capítulo cuarto, donde aborda “La estructura de la justicia transicional”. Allí centra su mirada en definir el rol de la ‘justicia’ en la justicia transicional.

En este sentido, parte de analizar la justicia como motivación, esto es, el deseo de que se haga justicia, y sus complejas relaciones con otras motivaciones. Allí Elster propone estudiar la concepción de la justicia que posee un agente, por un lado, a partir de sus causas, es decir, desde la idea subjetiva de la justicia relacionada con otras motivaciones del individuo, principalmente, con sus intereses o sus emociones; y, de otro lado, desde sus consecuencias, es decir, la concepción de la justicia, según la cual el deseo de que se haga justicia constituye la principal explicación del comportamiento del agente o, mejor, esa concepción subjetiva de la justicia lo induce a la acción. Luego, el autor señala que esas motivaciones que el agente tiene en la justicia transicional son tres: la razón, la emoción y el interés, las cuales son casi de carácter universal en todos estos procesos. Cada una de estas motivaciones es abordada por Elster en sus ideas siguientes: el rol de la razón en la justicia transicional en los capítulos quinto y sexto; el rol de las emociones en el capítulo octavo; y el rol de los diferentes tipos de interés en el capítulo noveno (pp. 99-104).

Posteriormente, entra a estudiar la justicia como institución, a través de la cual se dan criterios para diferenciar la justicia legal de la justicia política. En principio, Elster distingue tres formas institucionales de justicia: la justicia legal pura en un extremo; la justicia política pura en el otro; y la justicia administrativa puede ubicarse cerca de uno u otro extremo, dependiendo de hasta qué punto los funcionarios por investigar cuentan o no con el beneficio del debido proceso. Así pues, Elster define la justicia política pura como aquella que tiene lugar cuando el nuevo gobierno, de manera unilateral y sin posibilidad de recurso alguno, señala a los criminales y decide qué hacer con ellos. Esta justicia puede adoptar la forma de un juicio orquestado, en el que la apariencia de legalidad es una ficción, puesto que el resultado está determinado previamente. En cambio, la justicia legal pura se define por cuatro aspectos: las leyes deben estar lo más libres de ambigüedad; el poder judicial debe estar aislado de otras ramas del gobierno; los jueces y los jurados deben ser imparciales; y deben acogerse los principios del debido proceso (audiencias públicas y de oposición, derecho a elegir un abogado

defensor, derecho a apelar y la irretroactividad de la ley).⁵ El autor agrega que estos principios se violan sistemáticamente en la justicia transicional, y que es posible que estas violaciones sean inevitables, deseables, comprensibles y perdonables, o, incluso, que la sumatoria de las violaciones lleve a que la justicia legal sea reemplazada por la justicia política. Lo cierto es que un sistema legal que funcione es una fuente de incertidumbre, ya que la certeza absoluta es propia de los juicios orquestados. Finalmente, indica que la justicia administrativa se acerca a la justicia legal si las sanciones son apelables ante un tribunal y está más cerca de la justicia política si no hay lugar a recurrir a la decisión del gobierno (pp. 104-114).

Del mismo modo, Elster describe los niveles de justicia transicional, que dependen de los agentes involucrados, esto es, individuos, actores corporativos, Estados-nación o entidades supranacionales, y las distintas relaciones que se tejen entre estos actores en medio de las reparaciones que surgen en tales procesos. Aquí Elster aborda principalmente las medidas de justicia transicional que toma un Estado y se dirigen a criminales y víctimas que son ciudadanos de ese Estado; a través de este nivel, los agentes pueden exigir reparaciones a los perdedores o castigarlos, individual o colectivamente. Esas reparaciones pueden ser la retribución o disuasión, y no simplemente la compensación. Ahora bien, en estos niveles, Elster agrega que puede aparecer en dichas relaciones el panorama de la 'justicia privada' que asume un individuo contra otro y que esta puede llegar a sustituir la justicia legal (pp. 114-119).

Luego, Elster identifica ocho agentes involucrados en la justicia transicional: criminales, víctimas, beneficiarios, auxiliares, miembros de la resistencia, los neutrales, organizadores y defensores de la justicia transicional o promotores y saboteadores; así mismo, demuestra que un agente puede pertenecer a más de una categoría sucesiva o simultáneamente. Así, sostiene que es posible hacer once combinaciones: 1) quien ha cometido o se ha beneficiado de un crimen, que luego se convierte en miembro de la resistencia; 2) miembros de la resistencia que después pueden ser considerados criminales; 3) algunas personas pueden ser criminales y víctimas simultáneamente; 4) criminales que pueden ser beneficiarios directos de

⁵ Esta es la vía que debemos adoptar en un proceso de justicia transicional acertado, no hay de otra; las demás vías son mera apariencia e injusticia.

sus crímenes; 5) personas que pueden actuar como neutrales, criminales y miembros de la resistencia; 6) víctimas que pueden ser miembros de la resistencia; 7) víctimas que pueden ser también promotores; 8) miembros de la resistencia que pueden ser promotores; 9) los neutrales, que pueden ser promotores; 10) beneficiarios que, al adoptar la posición de víctimas, pueden actuar como saboteadores; y 11) beneficiarios que pueden actuar como promotores (pp. 121-139).

Seguidamente, Elster cierra este capítulo identificando las decisiones fundamentales de la justicia transicional⁶ que líderes del nuevo gobierno deben tomar, en tanto, el resultado de la justicia transicional es una serie de decisiones legislativas, administrativas y judiciales. Para ello, este plantea los interrogantes sobre los cuales los líderes deben llegar a una decisión: ¿hay o no que ocuparse de los crímenes del pasado? En caso de decidir enfrentarse con el pasado, debe resolver nuevas preguntas, como ¿qué debe primar, justicia o verdad?; así también, si el nuevo régimen decide continuar con la justicia retributiva y reparativa, tendrá que tomar una serie de decisiones que Elster examina: primero, frente a seis tipos de decisiones políticas sustantivas en relación con la definición de criminales y víctimas: 1) qué constituye un crimen y a quién se considera criminal; 2) qué hacer con los criminales; 3) sancionar o no a los funcionarios públicos del régimen anterior que no se han sometido a juicio; 4) las medidas concretas para los funcionarios públicos sancionados; 5) qué formas de daño determinan la condición de víctimas para compensarlas; 6) la modalidad de reparación de las víctimas; y segundo, frente a las decisiones de procedimiento, que se apartan de la 'justicia legal pura', esto es, considerar: 1) reclusiones ilegales; 2) culpabilidad colectiva; 3) presunción de culpabilidad; 4) selección sesgada de jurados y jueces; 5) falta de procedimientos contradictorios; 6) falta de mecanismos de apelación; 7) selección arbitraria de acusados; 8) tribunales especiales; 9) negociación de penas; 10) legislación retroactiva; 11) extensión o derogación de los plazos de prescripción; 12) reducción de los plazos de prescripción; 13) justicia demorada; y 14) justicia acelerada (pp. 140-160).

⁶ Este punto es importante resaltarlo para señalar que estas decisiones deben ser justas, limpias, transparentes y abiertas, sin secretismo y sin ejecuciones extralegales. Un error en la toma de decisiones impide llegar a la justicia y a acuerdos de paz, pero también puede llegar a derrumbar cualquier posible transición o acuerdo logrado. Por eso, las decisiones que se tomen deben ser justas y adecuadas y deben cumplirse.

Consecutivamente, Elster, en el quinto capítulo del texto, aborda específicamente uno de los agentes de la justicia transicional: los criminales. En este punto, primero, estudia los perfiles psicológicos de los criminales, sus tipologías y motivaciones, a partir de ello, distingue siete tipos de criminales: 1) los oportunistas, 2) los perdedores, 3) los maliciosos, 4) los conformistas, 5) los fanáticos, 6) los principistas y 7) los irreflexivos (pp. 161-168).

Elster reagrupa estos perfiles en cuatro categorías: 1) los oportunistas, perdedores y maliciosos se encuentran motivados por el deseo de obtener ventajas; 2) los conformistas están motivados por el temor de sufrir pérdidas materiales; 3) los fanáticos y principistas tienen en común con los otros cuatro que se encuentran motivados por las consecuencias, pero su motivación no viene de las consecuencias para sí; y los principistas se diferencian de los fanáticos en que están dispuestos a cambiar de idea si descubren que la causa es indigna o injusta; y 4) los irreflexivos, quienes no tienen ninguna motivación para inculparlos (pp. 167-168).

Elster luego demuestra que los distintos tipos de criminales producen diferentes reacciones emocionales dependiendo de esta tipología: los conformistas y los irreflexivos producen rabia o indignación; los fanáticos y maliciosos, odio; los oportunistas y perdedores, desprecio. Por lo que concluye que las reacciones legales para cada crimen se corresponden con las reacciones asociadas a las emociones (pp. 168-169).

Enseguida, Elster estudia las justificaciones, excusas y circunstancias atenuantes de los crímenes y las distingue, señala que en las primeras, cuando un crimen está justificado, no se le presenta como crimen; en las segundas, en la medida en que hay una excusa para el actuar dañino, esta exime de responsabilidad; y en las terceras, se reduce la culpabilidad del agente pero no se exime. En desarrollo de estos conceptos, se ocupa de las afirmaciones fácticas y contrafácticas acerca del comportamiento de otros y sostiene que solo las segundas pueden tener relevancia jurídica en cuestiones de culpabilidad, esto es, aquellas contrafácticas tales como la justificación del mal menor, la justificación basada en la instrumentalidad, la excusa de la fungibilidad, la excusa de la coacción, la excusa de la futilidad, la excusa de base temporal, que el autor destaca magistralmente ilustrado en casos concretos (pp. 169-170).

En el capítulo sexto, Elster aborda a las víctimas. Aquí estudia la tensión entre el derecho, los daños sufridos y las necesidades presentes, como justi-

ficciones en pugna de la reparación de los crímenes (p. 98). No obstante, advierte que, en los sistemas jurídicos modernos, el castigo no se justifica por las necesidades de las víctimas y la reparación no está articulada al castigo de los criminales.⁷ En este sentido, su principal propósito es clasificar los tipos de daños y formas de reparación (p. 195).

Así, Elster define que los daños de la víctima se clasifican en: 1) Daños materiales, esto es, la pérdida de bienes inmuebles o muebles; entre estos, muestra las formas de producción del daño: la destrucción de la propiedad, la confiscación de los bienes, los saqueos, bloqueo de cuentas bancarias, expropiaciones de la propiedad privada, y luego, contrasta esto con las medidas de reparación que se extraen de la experiencia de los casos de transiciones pasadas: frente a la destrucción, se da una compensación o indemnización, que suele ser menos generosa que para la confiscación; igualmente, para las cuentas bancarias opera la compensación. En cuanto a la confiscación, se pueden presentar problemas porque el bien se encuentre en manos de otro particular y, en estos casos, se protege el nuevo propietario que adquirió de buena fe y, en otros, se ven enfrentados a la resolución judicial. Cuando las propiedades confiscadas están en manos del Estado o de actores corporativos, no surge este conflicto; en el primer caso, genera la devolución al antiguo propietario; y, en el segundo caso, se presenta una restitución en especie o entrega de una propiedad del mismo valor. 2) Daños personales, es decir, los daños a la vida, el cuerpo o la libertad, estos son producto de que en regímenes autocráticos las víctimas y miembros de la resistencia sufren permanentes acosos y persecuciones, son sometidos a prisión, campos de concentración, a 'trabajos forzados', o 'trabajos esclavos', lo cual genera daños físicos y psíquicos; en estos casos, la forma de reparación es la compensación. Y 3) daños intangibles, es decir, la pérdida o falta de oportunidades, esto es, bajo un régimen autocrático, ciertas oportunidades les son negadas a ciertos grupos o están restringidas a un grupo privilegiado. No obstante, Elster advierte que la mayoría de

⁷ Esta conclusión constituye un cuestionamiento profundo al tipo de 'justicia' que el derecho entraña. En razón de ello, el derecho queda siempre en una deuda irresoluble frente a la justicia esperada por las víctimas. Ahora, la cuestión es, cuando el derecho decide hacer justicia con el pasado, vale preguntarse qué tanta o qué tan poca justicia se propone alcanzar, pues esta al parecer nunca será completa y esto es importante que las víctimas lo tengan presente. Considero que este referente histórico no puede ser el norte del proceso transicional colombiano. En todo caso, la retribución y la reparación deberán acercarse a la naturaleza del daño y a la demanda de las víctimas.

esquemas de reparación no incluyen la compensación por denegación de oportunidades. Ahora bien, lo más complicado en estos distintos tipos de daños es que la víctima tiene la carga de la prueba⁸ para alcanzar su reparación (pp. 195-214).

En el capítulo séptimo, Elster destaca las limitaciones en los procesos de justicia transicional que vienen de las negociaciones y de los distintos tipos de escasez. Revisa las manifestaciones de esas limitaciones en las decisiones que se tienen que tomar en las transiciones tanto en lo sustancial como en lo procedimental (p. 221).

Elster muestra cómo las limitaciones en las transiciones negociadas se presentan cuando, para lograr la transición, ha sido necesario negociar cláusulas de amnistía y perdón⁹ como principal condición de los líderes salientes para abandonar el poder de forma voluntaria, ya que, a través de ello, buscan garantizar su seguridad personal y la de sus bienes, lo que, a su vez, se vuelve en contra de los líderes del régimen entrante, puesto que no pueden implementar la justicia transicional como lo desearían. En este sentido, los casos estudiados por Elster muestran que en estos procesos los líderes entrantes tienen dos objetivos en conflicto: que la transición sea pacífica y que haya justicia transicional.¹⁰ En los casos estudiados por el autor, se expone que los distintos Estados ceden en principio a dicha condición, donde llegan a acuerdos políticos públicos o secretos, implícitos o explícitos de no castigo; no obstante, mantener estas promesas no siempre se logra, ya que los líderes entrantes se las han ingeniado para incumplirlos y, en otras ocasiones, se han encontrado con una oposición tan fuerte por parte de quienes abandonan el poder que se ven obligados a cumplir con los pactos. En todo caso, estas limitaciones impiden perseguir la justicia transicional en gran escala. En estos casos, los procesos negociados le dan

⁸ La carga de la prueba en la víctima, por lo general, genera una revictimización y, aunque esta sea la regla general en justicia transicional, nuestra responsabilidad es no cometer más injusticias y establecer juicios con leyes justas y jueces justos. En Colombia, los jueces y la administración pública tienen la obligación de tratar este asunto de una manera diferente.

⁹ En efecto, las cláusulas de amnistía y perdón son comunes en los procesos de justicia transicional, y Colombia no es ajena a ello, el problema es que esto entraña intereses y deseos contradictorios entre las víctimas y de los criminales, en donde siempre terminan sacrificadas las víctimas. El reto para Colombia es que estas sean la prioridad.

¹⁰ Estos objetivos en conflicto siempre implican concesiones para nada pacíficas, que en ocasiones son vistas, más que como justicia transicional, como una denegación de justicia, lo que impide trascender el pasado y refundar un nuevo Estado hacia la reconciliación.

un tratamiento igualitario a las víctimas y victimarios, al brindarles inmunidad y, en ocasiones, incluso, permitirles aparentar que las violaciones a los derechos humanos cometidas por estos últimos se justificaban, aquí Elster resalta los ejemplos de Argentina, Chile, El Salvador y Guatemala;¹¹ y, luego, pasa a estudiar las limitaciones en el caso de Alemania, que se vio enfrentada a decisiones opuestas, una que apelaba a la benevolencia y la otra que apostaba por la severidad, lo cual se resolvió a favor de la benevolencia, como una estrategia de los países aliados encargados de la transición para no debilitar a Alemania y combatir el comunismo (pp. 221-242).

Así mismo, Elster advierte que pueden existir también limitaciones económicas sobre la justicia transicional, que dificultan los juicios, las purgas y la compensación, como lo destaca en el caso de Sudáfrica. Estas limitaciones recortan el alcance de la reparación viable, en veces, por la falta de fondos, o porque los costos de reparación son demasiado onerosos para el Estado y, en otros casos, porque, ante la necesidad de purgas masivas, estas se hacen inviables por falta de funcionarios con experiencia y cooperación, aunque esto último resulta bastante cuestionado. No obstante, Elster aclara que, en el caso típico, la restitución o compensación integral no es impracticable, pero que, también, se debe considerar que hay casos en donde el total de fondos disponibles y los objetivos en pugna hacen que las autoridades opten por una compensación incompleta¹² (pp. 242-246).

Posteriormente, Elster plantea que las demandas en la justicia transicional suelen ser incompatibles y bastante limitadas comparadas con aquellas de los procesos penales o civiles ordinarios, ya que la retribución y la restitución están determinadas por la escasez y las motivaciones incompatibles. Advierte que esas demandas de la justicia transicional suelen estar motivadas por el deseo de juicios veloces, ágiles, severos, justos, exhaustivos y eficaces, pero el problema es que muchas de estas demandas pueden estar en conflicto entre sí y con los recursos disponibles,¹³ pues puede pasar que

¹¹ Colombia se tiene que apartar de estos referentes, el proceso de paz no puede estar por encima de la justicia transicional, el deber primordial del Estado está con las víctimas, con la justicia, la verdad y la reparación.

¹² Como se ha dejado en claro por Elster, la justicia transicional por lo general está destinada a lograr en el mejor de los casos solo una justicia retributiva incompleta y una justicia compensatoria también incompleta; sin embargo, el Estado tiene el deber de lograr el mayor porcentaje de retribución y compensación, así le tome un largo tiempo, y esto lo deben tener en cuenta las víctimas.

¹³ Sobre este punto, las víctimas tienen el difícil reto de controlar sus emociones y ser pacientes,

el deseo de exhaustividad se imponga al deseo de justicia o que el deseo de agilidad y exhaustividad se excluyan mutuamente; además, puede pasar que exista escasez de jueces confiables, como también falta de evidencia para los juicios, lo cual también constituye límites a la justicia transicional (pp. 247-251).

Seguidamente, Elster entra en el capítulo octavo para tratar las emociones;¹⁴ aquí sostiene los procesos por los cuales estas emociones (enojo, indignación, odio, desprecio, vergüenza, culpa, envidia, temor, amor, compasión) pueden determinar los mecanismos jurídicos de la justicia transicional. Advierte que los principales mecanismos de las emociones son la urgencia, esto es, la preferencia por la acción temprana por sobre la tardía, y la impaciencia, es decir, la preferencia de una recompensa temprana por sobre una tardía; ambos provocan cortocircuito en estos procesos frente a un mecanismo normal de acción prudencial. Así mismo, Elster agrega que estas emociones tienen otras características, esto es, que estas propenden a ser efímeras y que, si bien las emociones tienden a declinar con el tiempo, por lo general no prevemos que sea así; de esta forma, se añade un tercer mecanismo, esto es, la anticipación del declinar de la emoción (pp. 253-257).

Luego, Elster establece la relación entre las emociones y las demandas de retribución; sostiene que las primeras tienen su papel en la determinación de la intensidad de la demanda de retribución, y que esa intensidad depende de una serie de factores de las emociones que determinan esa demanda de medidas punitivas. Entre esos factores, aborda el tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio y el tiempo transcurrido entre la transición y los juicios. Aquí hace un análisis de las relaciones entre el paso del tiempo, la memoria, las emociones y la demanda de retribución, y concluye que la intensidad de la demanda de retribución decrece tanto con el intervalo entre los crímenes y la transición como con el intervalo entre

mientras el Estado y los responsables tienen el deber de responder; la falta de recursos disponibles no puede ser una excusa válida; creo que el Estado debe establecer una estrategia que a largo plazo logre superar su escasez y reparar a las víctimas. El deber del Estado es superar estos límites.

¹⁴ El centro de la obra de Elster llega a este capítulo de las emociones para sostener la tesis de que estas determinan la sociedad, los criminales y las víctimas, y cómo ellas se ven reflejadas en el derecho. De esta manera, las emociones son centrales en la justicia transicional y los procesos de paz, y, por ello, es un deber primordial del Estado considerarlas y responder a ellas. En armonía con esta idea de las emociones, puede ser de interés el artículo de Arango (2007, pp. 66-81).

la transición y los procesos, pero, pese a ello, pueden haber mecanismos que conserven la memoria y el resentimiento por más de un siglo y la intensidad de la demanda permanezca. En este sentido, el mecanismo de la anticipación del declinar de la emoción puede ser usado para determinar mecanismos jurídicos de justicia transicional, bien para establecer juicios lentos; o, de otro lado, utilizar el mecanismo de la urgencia, para llevar a cabo juicios con procedimientos judiciales simplificados, que respondan a la necesidad de una inmediata satisfacción del deseo de venganza. En tal orden de ideas, Elster manifiesta que, considerando estos factores, las transiciones a menudo se caracterizan por la demanda de juicios que sean veloces y ágiles (pp. 257-259).

Ahora, Elster afirma que esas demandas retributivas se derivan de las emociones retributivas (el odio, el deprecio, la ira, la indignación cartesiana y la indignación aristotélica), que determinan las expresiones jurídicas de la justicia transicional; así, en virtud de satisfacer esas emociones, se produce un conflicto entre el deseo de justicia procedimental y el deseo de justicia sustantiva, en medio de lo cual los nuevos regímenes democráticos pueden resolver el problema de tres maneras: 1) insistir en el respeto por los principios jurídicos fundamentales; 2) aceptar abiertamente la necesidad de violar estos principios; o 3) valerse de un subterfugio (procedimiento más común), esto es, quedarse con los principios pero buscando salidas o recursos para excepcionarlos mediante una actitud evasiva. En estos casos, existe una transmutación de esas emociones en ansias de justicia. No obstante, de cara a los criminales, Elster advierte que la tendencia normal de la culpa es deshacer el mal o, si es imposible, imponerse un castigo comparable al mal efectuado, pero, en la justicia transicional, estas reacciones están en gran medida ausentes¹⁵ (pp. 267-281).

En su último capítulo, Elster se ocupa de la política, advirtiendo que esta puede incidir en la justicia transicional por medio de la 'justicia política pura' y a través de la interferencia política con la justicia legal. Así mismo,

¹⁵ En este sentido, sostengo que en sociedades como Colombia, en donde se clama justicia por todos lados, el proceso de justicia transicional debe ser ejemplificante y optar por el respeto de los principios jurídicos fundamentales; sin embargo, advierto que de forma realista, conforme como se ha manejado el derecho en el país, lo que se esperaría encaja más en el prototipo de los subterfugios y en una pérdida de oportunidad para refundar nuestra sociedad y el Estado hacia valores positivos de justicia que sean el norte de un orden social renovado.

señala que aquí es importante revisar el papel de los partidos políticos, ya que su influencia puede ser decisiva en el diseño de la justicia transicional, aunque también puede verse limitada por otros actores políticos (potencia ocupante o actores del antiguo régimen). Ahora, en vista de que las decisiones políticas vienen del ejecutivo, en algunos contextos, los partidos políticos asumen un segundo plano, mientras el ejecutivo se reserva el primer plano. Por lo tanto, si bien los fines de los partidos son distintos, el objetivo inmediato de todos es ganar las elecciones, entonces, estos salen a la búsqueda de votos y proponen políticas que, en su opinión, resultarán atractivas para los votantes. Así, también, Elster apunta que los líderes entrantes utilizan la justicia transicional para obtener beneficios electorales y los líderes salientes usan la política electoral para protegerse de la retribución, esto lo hacen participando en la política parlamentaria valiéndose de la influencia de sus votantes, siempre que se hayan mantenido en el poder y si se les ha permitido organizarse como partidos políticos o grupos de presión con influencia en los partidos existentes. Así pues, Elster resalta que el principal aspecto de la política de la justicia transicional ha sido la promulgación de leyes de lustración o castigo, frente a lo cual los líderes salientes, los partidos políticos o grupos de presión de apoyo deciden jugar a la doble apuesta o tomar medidas de anticipación a través de proyectos de ley que les sean menos gravosas que las leyes de lustración (pp. 285-300).

Finalmente, Elster concluye que la justicia transicional se ubica en medio de quienes luchan en su contra con base en una concepción ideológica y, del otro lado, quienes la adoptan como un medio para implementar o consolidar un proyecto ideológico de más largo alcance. En este último caso, entre quienes abrazan la justicia transicional, afirma que hay ideologías conservadoras que tienen su mirada puesta en el pasado, aquellas demandas de justicia transicional basadas en el deseo de restaurar el estado preexistente al régimen autocrático; y, de otro lado, hay ideologías cuyas políticas se vinculan con una voluntad de transformar la sociedad, de trascender el viejo orden antes que restablecerlo y de utilizar la justicia transicional, las purgas, los juicios y las confiscaciones para producir un nuevo conjunto de líderes políticos y económicos, 'nuevos hombres' y 'una nueva sociedad'¹⁶ (pp. 302-314).

¹⁶ Esta conclusión debe ser el objetivo hacia el cual tiene el deber nuestro Estado colombiano

Referencias

- Arango, R. (2007). *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Norma.
- Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz.
- Greiff, P., et al. (2007). *Memorias conference paper - Enfrentando el pasado. El legado de la verdad: impacto de la justicia transicional en la construcción de la democracia en América Latina*. Suiza: Mò Bleeker.
- Teitel, R. (2003). Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16.

de guiar la transición, esto es, la justicia transicional y el proceso de paz tienen que generar cambios sustanciales en lo social, lo político, lo jurídico y lo económico. Estoy de acuerdo con Elster, para eso hay que “producir un nuevo conjunto de líderes políticos y económicos, ‘nuevos hombres’ y ‘una nueva sociedad’; si esto no se logra, todo seguirá igual, no habrá transición”. Esto, lamentablemente, todavía no lo avizoro.

