

Justícia transaccional i justícia transicional en els processos de pau

Jordi Bonet Pérez, Catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat de Barcelona

1. Introducció: la justícia transicional.

Per tal d'intentar definir en trets generals què és la *justícia transicional* es pot acudir a les pròpies paraules del Secretari General de les Nacions Unides¹, el qual afirma que consisteix en una:

- varietat de processos i mecanismes associats amb els intents d'una societat per resoldre els problemes derivats d'un passat d'abusos a gran escala, a fi que els responsables rendeixin comptes dels seus actes, servir a la justícia i assolir la reconciliació;
- els processos i mecanismes poden ser judicials o extrajudicials i tenir diferents nivells de participació internacional (o mancar per complex d'ella) així com abastar l'enjudiciament de persones, el rescabament, la recerca de la veritat, la reforma institucional, la investigació d'antecedents, la remoció del càrrec o combinacions de tots ells.

De les seves paraules es poden entreveure **quatre característiques definitòries bàsiques**:

Primer, es tracta d'una justícia vinculada a **períodes de canvi polític** associats a situacions que van des de la fi de una dictadura i/o d'un procés de pau després d'un conflicte armat intern², en els quals s'ha de afrontar la herència repressiva del règim anterior i/o les violacions dels drets humans derivades del enfrontament armat i del seu context. En conseqüència, la **justícia transicional forma part d'un procés polític, social i jurídic**, i la seva concreció és, en sí mateixa, un procés -un procés dins dels processos de canvi- que té un **propòsit polític instrumental**; la justícia transicional participa, doncs, de les certeses i incerteses que comporta la consolidació dels canvis institucionals que es projectin, a la vegada que pot contribuir a afermar-los (per exemple, en el que respecte a l'enfortiment de l'Estat de dret i del conjunt de les institucions públiques), o bé, pot generar tensions que facin trontollar el procés de canvi en el seu conjunt.

Segon, l'aplicació de mesures de justícia transicional s'articula, en cada cas, a través d'una **pluralitat de processos i mecanismes** que poden donar al procés un sentit més proper o llunyà al que s'entén per **justícia retributiva** -centrada en la sanció adequada

¹ ONU, *Document S/2004/616*, § 8.

² Sense perjudici d'incloure dins d'aquesta *dinàmica transicional* els supòsits de tornada a la normalitat institucional i social de règims democràtics que han estat sotmesos a períodes de greus tensions polítiques i socials, inclosos aquells on s'ha fet perceptible una divisió social acompanyada d'un nivell significatiu de violència o d'activitat terrorista -les denominades *conflicted democracies* (AOLAIN, F. N. & CAMPBELL, C., "The Paradox of Transition in Conflicted Democracies", *Human Rights Quarterly*, 27, 2005, p. 176)-, moments de transició perquè, tot i que la situació no hagi desembocat en un enfrontament civil, han existit quadres d'ús de la violència greus i/o moviments repressius rellevants.

d'aquelles conductes que es consideren il·lícites-, o bé, a l'anomenada **justícia restaurativa** –en la qual es posa l'accent en la reparació justa dels sofriments de les víctimes i en la reconciliació, sense descuidar però la dimensió política instrumental implícita: reconstrucció relacions socials i esforç preventiu cultural i educatiu-.

Tercer, si com sembla lògic la tipologia de *justícia transicional* assajada té una correlació directa amb els condicionaments polítics rellevants que limiten el procés³, els **models de justícia transicional poden oscil·lar** entre la **imposició** des de la voluntat de les forces socials i dels actors que han consolidat les noves autoritats governamentals –la *justícia dels vencedors*; tot i que no s'ha d'identificar sempre i automàticament amb els termes pejoratius que aquesta denominació, en la pràctica, tendeix a comportar -, i el **pacte** necessari entre forces socials i actors antagònics que han de cercar un compromís sobre el conjunt d'aspectes que conformarien un procés de canvi i/o de pau. El pacte com a fórmula de endegar un procés de transició i/o de pau sembla idoni per assolir un darrer objectiu: la **reconciliació**; pacte i reconciliació, parlant de justícia transicional, ens evoquen la noció de **justícia transaccional**, no solament en la accepció de *transacció* que trasllada la noció d'acord en sentit més estricte, sinó en aquella que implica el fet de consentir en allò que no es creu just, raonable per tal d'arribar a l'acord o d'assolir un objectiu: La necessitat d'arribar a un acord és susceptible de minvar les expectatives de *justícia* particulars de sector socials implicats en el procés, entre els quals podrien trobar-se les pròpies víctimes i/o els grups defensors dels drets humans.

I, quart, que, tot i que en aquest context la noció de *justícia* no té una significació estrictament jurídica sinó que adquireix connotacions ètiques, culturals i polítiques, les **mesures que s'adopten tenen l'ordenament jurídic com a referent estructural**; ens trobem, llavors, que el desenvolupament de la **justícia transicional presenta una triple dimensió *estratègica-política, ètica-cultural i jurídica***, amb interaccions mútues que condicionen el resultat final.

Ens caldria fer, sobre aquesta base, algunes **observacions generals** sobre la pràctica en matèria de justícia transicional partint de la seva inserció dins d'un procés de transició:

➤ Els **períodes transitoris són moments d'incertesa** en els quals els valors, normes i institucions preexistents tendeixen a deixar d'estar vigents sense que, però, els nous valors, normes i institucions s'hagin consolidat totalment; es tracta, doncs, de processos:

⇒ **complexos i, total o parcialment, reversibles**;

⇒ en podem trobar present tant el pacte com la imposició, depenent de la **correlació de forces** i del poder social acumulat;

³ TEITEL, R. G., "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, 16, 2003, p. 69.

⇒ els **objectius** que legitimen el procés solen ser realistes: assolir la pau / crear un clima de seguretat / consolidar un règim democràtic; la qüestió és el grau de compatibilitat i de tensió amb altres finalitats pròpies d'aquests moments: justícia / reconciliació / memòria i veritat;

⇒ els **processos de pau solen presentar major complexitat** que altres situacions transitòries: primer, perquè és més factible que qualsevol de les parts acumuli abusos significatius, i, segon, perquè amb molta probabilitat s'hauran d'afrontar conseqüències addicionals prou compromeses, per exemple, assumptes com una destrucció material més gran, els desplaçats interns, la resposta a la presència d'una violència de gènere associada al conflicte o la reinserció dels combatents;

⇒ els **elements subjectius** (necessitats, interessos, valors, expectatives i temors) dels actors i forces en presència són importants i, d'alguna manera, poden ésser analitzades des de la *teoria dels jocs*, a la vegada que també marquen la necessitat de tenir molt en compte la *singularitat de cada procés*; igualment,

⇒ resulten molt importants, com a referent contextual, els **aspectes simbòlics de l'exercici del poder** en temps de transició i consolidació d'una nova realitat; no es solament important en nom de qui s'exerceix el poder i quin és el referent del seu exercici -pacte o imposició-, quines són les forces triomfants o quina capacitat de tutela sobre el procés exerceixen les forces presumptament perdedores, sinó s'ha de percebre com es visualitzen en els actes de govern –incloses les decisions sobre justícia transicional- la continuïtat o el trencament, o bé la voluntat real de reconciliació.

➤ La tensió justícia / pau o consolidació del règim democràtic **no pot induir a pensar que la recerca de la justícia en un període de transició és un obstacle per la democràcia i/o la pau**, o una exigència que posi per sí sola en perill el procés transitori; la modulació del seu exercici, dels processos i mecanismes emprats per articular la justícia transicional, són instruments per ponderar i superar el riscs, però un règim democràtic consolidat, i una pau vertadera i estructural, semblen per regla general exigir un cert nivell de justícia en el sentit que s'ha esmentat inicialment. La qual cosa no impedeix que hi hagi excepcions que confirmen la regla, o bé que no són vertaderes excepcions sinó supòsits en que el conflicte de fons resta latent. El mateix es pot dir si el binomi presumptament antagònic es situa en termes de oposició entre **objectius finals del procés transitori i la veritat**. A més, a qualsevol dels dos binomis se li pot afegir un altre nivell de tensió, si es pensa en termes de **reconciliació**.

➤ Els tractament del pretèrit i del futur dels **drets humans** és un aspecte rellevant de tot procés transitori: forma part important de tota agenda de negociació i de tot acord que posi fi a una crisi; això sí, les posicions dels negociadors envers el drets humans no

tenen per què coincidir plenament amb els arguments i reivindicacions dels defensors dels drets humans.

- La necessitat de justícia i de veritat que acompanya en els períodes de transició al objectiu essencial també té una **dimensió internacional**, en un doble sentit:
 - ⇒ *polític*: el procés de transició es tributari del moment històric determinat i d'una conjuntura mundial específica, així com dels seus condicionaments internacionals; la intervenció de tercers en el procés transitori⁴, sigui determinant o no, configura un angle particular de jocs d'interessos, de pressions polítiques i de contribucions; i,
 - ⇒ *jurídic*: el principi jurídic de la continuïtat de l'Estat, no s'ha d'oblidar, comporta que, amb certs matisos, les noves autoritats assumeixin en nom de l'ens territorial la responsabilitat internacional pels fets que varen dur a terme les autoritats governamentals substituïdes i que siguin destinatàries de certes obligacions jurídiques internacionals que afecten a la gestió del procés de transició –incloses les decisions en matèria de justícia transicional.
- Els processos de transició, tot i que siguin fruit d'un pacte, poden dur-se a terme **sense la participació activa de sectors socials rellevants**, i, el que és més greu, sense que les seves necessitats i interessos siguin degudament ponderats en el procés -d'alguna manera, sacrificant-los en pro dels objectius fonamentals de la transició-; aquest oblit és encara més greu, i pot resultar contraproductiu a llarg termini, si un dels col·lectius abandonats és el de les **víctimes** de l'anterior règim o dels conflicte armat; el **pragmatisme** d'un procés transitori és susceptible d'oblidar sense, de vegades, aparents conseqüències un dels elements bàsics de la cerca d'una justícia transicional equilibrada: la reparació i rehabilitació de les víctimes. Per això, cal destacar com, en l'àmbit internacional, s'ha tendit a que “la mirada y la perspectiva de las víctimas se hayan convertido en un elemento esencial a la hora de abordar las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”⁵, i que, per tant, aquesta percepció es procuri estendre de manera progressiva a l'enteniment de la justícia en transició. Així, per exemple, cal entendre l'adopció per l'Assemblea General de les Nacions Unides dels *Principis i directrius bàsics sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de les normes internacionals de drets humans i de violacions greus del dret internacional humanitari a interposar recursos i a obtenir reparacions* (Resolució 60/147, de 16 de desembre de 2005), si el seu contingut s'interpreta, primer, com a un recordatori d'algunes normes jurídiques internacionals, i, segon, com a un instrument programàtic respecte a la

⁴ La pregunta és si institucions internacionals, com per exemple l'Organització de les Nacions Unides, han demostrat en la pràctica una atenció suficient a la defensa dels principis de justícia transicional en la seva intervenció pacificadora.

⁵ GÓMEZ ISA, F., “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, en: GÓMEZ ISA, F. (director), *El derecho a la memoria*, Diputación Foral de Guipuzkoa, Bilbao, 2006, p. 23.

conducta a seguir pels Estats també en períodes transitoris. Fins a cert punt, es pot afirmar la **emergència en l'actual Societat internacional d'un principi d'equitat universal per a les víctimes** de violacions greus de drets humans constitutives de crims de Dret internacional, si es que no es predica del conjunt de les violacions greus drets humans, el contingut genèric del qual dibuixaria la necessitat de fer efectiu el dret a la justícia i el dret a la reparació de les víctimes.

- Les anteriors consideracions ens porten a un darrer comentari: tot i que els objectius essencials d'una transició política o d'un procés de pau siguin perfectament identificables, i comprensibles, existeixen **certes obligacions jurídiques internacionals que haurien de tancar la porta a la discrecionalitat absoluta dels actors del procés i a les decisions polítiques que s'adoptin**. No es poden obviar de manera radical i definitiva les conseqüències jurídiques de les violacions greus dels drets humans ni del Dret internacional humanitari. Per molt que es vegi necessari o realista suavitzar l'interès de la justícia en moments de transició, el que no es pot plantejar es prescindir-ne o posposar significativa i indefinidament l'adopció de mesures al respecte⁶, ja que la pau i la democràcia no poden excloure la justícia, i, per tant, la legitimitat política d'un procés restabliment de la democràcia i/o de pau no hauria de prescindir de cercar solucions per fer efectives les obligacions jurídiques de l'Estat envers les víctimes i l'administració de la justícia. Per això la justícia transicional s'articula a través de processos i mecanismes diversos, no exclusivament basats en la retribució, destinats a assolir un cert equilibri entre les necessitats polítiques del moment i els interessos del dret. Dissortadament, l'experiència demostra que no sempre els Estats, i dins d'ells els que negocien o administren sortides a situacions conflictives o repressives, segueixen aquest model d'actuació.

2. Models, processos i mecanismes de justícia transicional.

Es pot afirmar, en síntesi, que tots els factors que s'han assenyalat anteriorment comporten que cada procés transitori reuneixi unes característiques peculiars i intransferibles, per la qual cosa és **difícil poder realitzar un mapa taxonòmic** que ofereixi models de referència prou perfilats.

Això sí, pràcticament tots ells –per no dir tots- mostren tendències similars, i potser podria dir-se que responen a una mateixa concepció o paradigma del que ha de ser un procés transitori, en el que afecta a la traducció de les demandes de justícia transicional:

- **objectius genèricament compartits** (tot i els accents particulars);

⁶ Hauria que repensar, doncs, l'abast d'expressions com les que assenyala CHINCHÓN ÁLVAREZ: *paz ahora y justicia en el futuro o enfrentar el pasado, sí, pero todavía no* (CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional i transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Parthenon, Madrid, 2007, p. 280).

- interacció i vinculació amb la consolidació de **reformes institucionals** i la construcció de l'**estat de dret**;
- **combinació dels diversos processos i mecanismes de justícia transicional** en funció dels factors concurrents i amb variacions en la configuració específica de cadascun d'ells; i,
- l'acceptació de que la justícia transicional, per les condicions específiques que la condicionen, ha de **suportar una certa dosi d'impunitat**, en termes de l'aplicació dels paràmetres del sistema de justícia i de les exigències ordinàries de l'estat de dret; per això, l'assumpció de que hi ha altres mecanismes alternatius a l'ús estricte de la justícia penal que poden contribuir eficaçment al procés de transició sense trair l'essència de la pròpia idea de justícia transicional.

Els processos i mecanismes de justícia transicional més habituals que la pràctica en mostra són de quatre tipus: la *intervenció judicial*, la *promoció d'iniciatives d'investigació de la veritat*, la *reparació de les víctimes*, i, les *accions vinculades a la reforma institucional que comporten depurar responsabilitats individuals* –investigació d'antecedents, remoció o exclusió de càrrecs oficials i/o de llocs de treball, sobre tot, públics-.

a) La intervenció judicial.

La intervenció dels tribunals penals per dirimir les possibles responsabilitats penals adequades a la gravetat dels fets comesos tant de autoritats i de funcionaris públics, com de persones vinculades a grups enfrontats prèviament amb l'autoritat governamental, és el mecanisme més adient si el que es plantejés fos, en hipòtesi, un model basat en la justícia retributiva en el, per suposat, l'efecte preventiu de dissuasió futura té la seva cabuda. Els processos transitoris no semblen promoure l'ús preferent d'un model exclusivament o significativament retributiu, per la qual cosa es tendeixen a instituir models de justícia transicional que disminueixin la seva incidència; tot i així, ens podem trobar⁷ des **de models de confrontació judicial penal** del passat que es plategen una persecució **penal prou intensiva** com d'altres en que s'ha **renunciat pràcticament a la persecució penal i aquesta no es substituïda alternativament per cap altra mesura de sanció alternativa**, incloses les que es deriven de la interacció amb la reforma institucional projectada -i, entre ambdues opcions, una pluralitat de modalitats híbrides que semblen optar per la visió restaurativa⁸-.

Cal fer respecte a la intervenció judicial els següents comentaris:

⁷ *Ibid.*, pp. 324-330.

⁸ Tot i que, certament, l'exigència de responsabilitat penal *per se* té també una percepció restaurativa des del punt de vista de la víctima o víctimes.

- La modulació de la resposta retributiva no solament pot vincular-se a **consideracions polítiques** (els termes dels compromisos de pau o la voluntat de evitar el fracàs de la transició), sinó també hi poden influir la **absència d'impuls repressiu intern o internacional que acompanyi al procés de transició**, o també les pròpies **mancances del sistema judicial**, que es troba davant de la seva pròpia impossibilitat d'afrontar el judici de un nombre significatiu de persones.
- Les consideracions polítiques, a més de l'ús de altres processos i mecanismes de justícia transicional poden implicar un **perfil retributiu en sentit negatiu** que propicia la impunitat: la decisió d'aplicar l'amnistia als presumptes implicats o una política generalitzada d'indults.
- L'articulació de **mesures alternatives a la justícia penal** quan s'observen mancances en el sistema judicial pot tenir igualment un sentit retributiu menys accentuat, per exemple:
 - ⇒ en el cas de **Rwanda**, on s'articulà una modalitat de justícia tradicional, la *gacaca*, basada en la decisió de jutges triats dins de la pròpia comunitat local per jutjar a persones acusades de delictes de un nivell que es considerà menys greu⁹ i, prèvia confessió, condemnar-los després de la declaració de culpabilitat a penes menys severes, entre les que s'inclou el treball comunitari.
 - ⇒ el cas de **Àfrica del Sud**, on la **Comissió per la Veritat i la Reconciliació** disposà de atribucions per poder atorgar el perdó, i per tant la possibilitat d'eludir qualsevol acció penal, a aquelles persones que es sotmetessin al seu procediment i confessessin els seus crims de manera pública conforme a les seves pautes de funcionament.
- La hipòtesis de la **no actuació** dels tribunals penals estatals, o de l'actuació molt restringida, en períodes de transició pot arribar a propiciar una **intervenció externa**, alternativa o complementària, i, segons el cas, aliena o no a la voluntat de les noves autoritats internes:
 - ⇒ un altre Estat podria optar per exercir la seva competència penal per haver assumit prèviament **jurisdicció universal** respecte dels crims de Dret internacional i de certes violacions greus de drets humans fonamentals –per exemple, la tortura-; les repercussions de supòsits com **l'assumpte Pinochet** poden induir al replantejament de la política i la pràctica jurisdiccional en l'Estat implicat i influir tanmateix en altres Estats en transició;
 - ⇒ des de la Societat internacional, es poden patrocinar iniciatives per l'enjudiciament dels presumptes responsables de crims de Dret internacional davant òrgans jurisdiccional la competència del quals presenta algun tipus de **dimensió internacional**, i que de forma

⁹ Per comparació als que s'havien de jutjar davant la jurisdicció internacional i els tribunals ordinaris: conspiració i complicitat e homicidis, danys corporals greus i danys contra la propietat.

extraordinària poden arribar a no comptar amb el vist-i-plau de les autoritats transitòries estatals:

- els **tribunals internacionals**: la Cort Penal Internacional (CPI), tribunal de caràcter permanent, i els Tribunals penals internacionals *ad hoc* per la ex Iugoslàvia i Rwanda; sobre la CPI, s'ha volgut entreveure la seva projecció com eina de justícia transicional¹⁰, doncs ofereix la possibilitat d'actuar seleccionant les situacions més greus posteriors a 1 de juliol de 2002, abans inclusiu de la fi del propi conflicte armat si els fets es consideren significatius, a més d'aportar una evident dimensió preventiva d'abast universal;
- els **tribunals híbrids o mixtes**, amb naturalesa nacional i internacional, aquesta darrera apreciable en l'acte de creació, la composició jurisdiccional i/o el dret aplicable (tot i que poden jutjar també actes tipificats segons el dret intern), i amb primacia sobre els tribunals interns: per exemple, els **PECG del Tribunal de Districte de Dili** (Timor Est), la **Cort Especial per Sierra Leone**, i les **Sales Especial per l'enjudiciament dels Khmer Rojos** (Cambòdia); i,
- **tribunals interns amb elements internacionalitzats**, però integrats en el sistema judicial intern: per exemple, la **Cambrada de Crims de Guerra de Bòsnia o la Cambrada de Crims de Guerra i Ètnics de Kosovo** -¿també el Tribunal Especial d'Iraq?-.
➤ No hi ha mai que oblidar, finalment, que la justícia penal també contribueix, tot i que parcialment, a la reconstrucció de la veritat històrica: els fets particulars que es jutgen a cada procés i que finalment consten com a provats li fan adquirir un cert caràcter restauratiu; a la qual cosa, hi ha que afegir-l'hi els possibles efectes de reparació implícitament o explícitament derivats de la sentència i de la seva execució.

b) La promoció d'iniciatives d'investigació de la veritat.

Tot i que existeixen opinions que troben un recolzament per afirmar l'existència en l'àmbit jurídic internacional d'un **dret a la veritat**, de caràcter col·lectiu, caldria ser més prudents i assenyalar, d'una banda, que el dret a la veritat és un principi emergent del Dret internacional la construcció del qual com a norma jurídica internacionalment reconeguda no es pot donar encara per feta; i, d'altra banda, que el saber la veritat és un element associat al dret de les víctimes o dels seus familiars –titulars individuals no col·lectius- a obtenir de les autoritats competents l'aclariment dels fets i, si escau, la depuració de les responsabilitats corresponents¹¹.

¹⁰ MORENO OCAMPO, L., "Transitional justice in ongoing conflicts", *International Journal of Transitional Justice*, 1, 2007, 1, p. 8.

¹¹ Així ho ha va entendre, essencialment, la desapareguda Comissió de Drets Humans de Nacions Unides (Resolució 2005/66, de 20 d'abril de 2005), i també l'Oficina de l'Alt Comissionat de Nacions Unides pels Drets Humans, ja que

El que sí és evident, en procés de transició, és la percepció de que l'assoliment de la **justícia, la veritat i la reparació** són fites inseparables i interdependents; de manera que la reedificació social, la reconciliació i l'efecte restauratiu de la justícia transicional passen per un procés dins del qual, conjuntament amb l'efectiu coneixement per les víctimes i els seus familiars de la veritat sobre les seves pròpies i intransferibles històries, suposi la construcció de la **memòria històrica**.

Per aprofundir en aquesta línia d'acció, i disposar d'instruments institucionalitzats adients per realitzar aquesta tasca, s'endegà una pràctica –bàsicament a partir de l'experiència iberoamericana- consistent en la creació de **comissions de la veritat**; denominació que ens serveix per designar amb caràcter genèric aquest tipus d'institucions.

En síntesi, la pràctica de la creació de comissions de la veritat reuneix uns trets comuns:

- Es creen , tot i que poden tenir també el seu origen en una iniciativa directa de la societat civil, **fonamentalment per decisions de caràcter governamental** –la qual cosa sembla reforçar la seva legitimitat com instrument de justícia transicional- i/o **intergovernamental**; en aquest sentit, en trobem d'estrictament nacionals, però també hi ha casos de creacions de comissions de la veritat mixtes (Haití) o internacionals (El Salvador).
- La seva finalitat primordial és **establir els fets succeïts durant un conflicte armat intern o una dictadura objecte posterior d'un procés de canvi polític i/o de pau**; es pretén conèixer el conjunt d'atrocitats i violacions dels drets humans conseqüents que varen succeir en el pretèrit, així com els principals factors desencadenants. És, doncs, una tasca *per se* difícil: l'oferiment d'una resposta política i ètica en forma de veritat històrica s'ha de conjugar amb la necessitat de *passar pàgina* i, encara més, de no obrir la *caixa dels trons*, temptant a grups vinculats als fets anteriors que encara podrien prendre decisions que puguin fer reversible el procés¹².
- Es fan servir **tècniques d'establiment dels fets** que impliquen un procés de reunió de documentació i informació, consulta a les opinions d'experts, entrevistes amb testimonis directes, i, també, si escau, de confrontació de punts de vista entre víctimes i repressors.
- Conjuntament amb les seves conclusions sobre els fets, poden arribar a **identificar i establir les responsabilitats individuals i col·lectives**; és tanmateix habitual que

es considera, en essència, un dret fonamental de la persona, i en particular de víctimes i familiars, tot i el seus *aspectes socials* (ONU, *Documento E/CN.4/2006/91*, §§ 58 i 60).

¹² HERRERA JARAMILLO, C. J. y TORRES PACHECO, S., “Reconciliación y justicia transicional: Opciones de justicia, verdad, reparación y perdón”, Pontificia Universidad Javierana de Bogotá, *Papel Político N° 18 diciembre de 2005*, p. 85.

realitzin **recomanacions** sobre els mètodes per assumir individualment i socialment les violacions de drets humans, el tractament judicial dels presumptes responsables o la manera de fer avançar el procés de reconciliació. Solament en casos excepcionals, com el de l'Àfrica del Sud, poden arribar d'alguna manera a dirimir responsabilitats individuals dels presumptes responsables.

- Són un instrument de prevenció i de restauració més propi de una *justícia restitutiva*, sí, però no van en detriment o han de ser un obstacle a l'exercici de la *justícia retributiva*: reflecteixen una necessitat de la societat en transició i la impossibilitat social d'una opció més retributiva.

c) La reparació de les víctimes.

Ens trobem davant d'un altre element crucial per conduir el més adequadament possible un procés de transició i per fer-ne justícia respecte a les **víctimes dels processos polítics i socials succeïts** –i, en el seu cas, del seus familiars.

La primera qüestió és entendre que no sempre és fàcil determinar clarament **qui és víctima i qui no**, és a dir, decidir quin és el nexa causal entre la conducta violenta i/o repressiva de les autoritats i forces implicades i les lesions de drets i interessos sofertes; com tampoc ho és fins i tot delimitar tota la cadena de responsabilitats individuals i col·lectives que encerclen a les víctimes. Si la justícia transicional es basa quasi en exclusiva en la retribució penal, és molt més senzill l'enquadrament de la noció de víctima, ja que els diferents processos penals arriben a conclusions més clares com a conseqüència de l'aplicació de les normes jurídiques vigents i la creació d'una jurisprudència al respecte. Com ja s'ha vist, però, les opcions de justícia transicional en la pràctica s'aparten d'aquest model, de forma que la definició de qui és víctima i qui és responsable passa finalment per una **decisió política**: aquesta pot respondre a criteris estrictament polítics d'oportunitat, fruit d'un pacte o no, generant o no a un mínim consens social del tot desitjable; o bé, la decisió pot aprofundir en els fets i en la construcció de la memòria per identificar-ne els vertaders actors.

Igualment, cal esmentar la dificultat des d'un principi d'arribar a allò que s'hauria de suposar és l'objecte dels mecanismes de reparació de les víctimes: la **reparació integral**. En un procés de transició difícilment es pot aspirar a ella: primer, perquè es parteix de que un **cert grau d'impunitat** és possible i necessari: i, segon, perquè s'ha d'assumir que la **restitutio in integrum és gaire bé impossible** donades les circumstàncies polítiques i socials, així com pel fet de que, en la majoria de supòsits, s'hauran generat situacions totalment irreversibles.

Els aspectes pràctics de la reparació permeten fer les consideracions generals següents:

- No hi ha processos de reparació perfectes: hauran insuficiències i renúncies.
- La reparació dóna lloc a respostes heterogènies i diferenciades: les decisions adoptades ho són en funció de la realitat social existent i dels mateixos factors que incideixen en el desenvolupament de la pròpia transició¹³.
- La pràctica ens mostra com l'activitat reparadora, en termes generals, es visualitza menys i té un impacte social menor sobre l'opinió pública que altres mecanismes de justícia transicional tot i la seva importància qualitativa com a instrument de dignificació i rehabilitació de les víctimes.
- La reparació pot respondre tant a **danys materials com immaterials** i tenir un sentit **individual i/o col·lectiu**:
 - ⇒ *individual*: entre d'altres, per lesions físiques o psíquiques, o bé per la privació de la propietat o d'altres drets com el d'expressió o de circulació i residència; i,
 - ⇒ *col·lectiva*: ens trobem en situacions en que un grup de persones s'han vist privat de certs drets com a conseqüència de certs lligams comuns –per exemple: els desplaçats interns d'una determinada zona o localitat, membres d'un col·lectiu social o polític o els grups indígenes.
- El **contingut de la reparació**, sense cap voluntat de ser exhaustius, pot abastar un ampli capítol de mesures, i tenir a més un sentit també individual o col·lectiu:
 - ⇒ de sentit essencialment material o econòmic: entre d'altres, les compensacions econòmiques per equivalència o per danys morals, les restitucions de béns i les prestacions per ajudar al retorn dels desplaçats o oferir atenció social, mèdica i psicològica per a la rehabilitació de les víctimes;
 - ⇒ de sentit essencialment immaterial, tot i que puguin tenir les seves repercussions econòmiques: entre d'altres, la rehabilitació individual de persones i de col·lectius socials i polítics (per exemple, d'un partit polític), restituint-los l'efectiu gaudi de certs drets i de la possibilitat de desenvolupar activitats que els hi estaven prohibides; el reconeixement públic, personal i/o col·lectiu, de les responsabilitats, la sol·licitud de perdó i les garanties de no repetició; la revisió de decisions administratives i judicials adoptades durant la dictadura o el conflicte armat que afecten a les víctimes; també actes més estrictament simbòlics com els homenatges, actes públics (per exemple, d'acompanyament al retorn dels desplaçats), l'alçament de monuments, etc.

c) Les accions vinculades a la reforma institucional que comporten depurar responsabilitats individuals.

¹³ No cal incidir massa en la percepció, recolzada en la pràctica, del limitat abast per extensió i quantia d'aquelles reparacions que comporten essencialment un lliurament o compensació de tipus econòmic.

Aquest tipus d'accions incideixen en l'establiment de mecanismes que permetin identificar el grau d'**implicació personal** en els abusos comesos amb anterioritat al procés transitori per individus que es troben encara exercint o desenvolupant activitats que tenen una repercussió o funció social. La voluntat de depurar les possibles responsabilitats, conforme a les opcions que expliciten les decisions polítiques de les noves autoritats, es centra en **persones vinculades a les Administracions Públiques** – sense descartar però la seva extensió també a certs tipus d'activitats privades- per ocupar càrrecs, o trobar-se al seu servei com a funcionaris o personal contractat; es pretén, doncs, anar més enllà de la simple lògica substitució de les autoritats públiques de l'antic règim i els seus col·laboradors més directes.

En els darrers anys, aquest tipus d'actuacions s'identifiquen (probablement per l'ús en el món anglosaxó del terme *lustration* aplicat a l'anàlisi dels processos de canvi polític a l'Europa de l'Est) amb la necessitat de **enllustar les institucions polítiques i administratives**¹⁴ i de lliurar-les de persones implicades en les atrocitats pretèrites i les idees que les varen potenciar i/o encobrir.

L'adopció de mesures per enllustar les diverses Administracions Públiques – investigació d'antecedents / remoció o exclusió de càrrecs oficials i/o de llocs de treball- adquireix, com a opció d'exercici de la justícia transicional, un triple sentit en el marc d'un procés de transició: aportar una imatge de **trencament ètic** amb el passat, ja que es pretén una **nova Administració Pública aliena als valors i principis ideològics del règim substituït**; impedir que la conducta de certs elements afectes a les anteriors autoritats puguin **incidir negativament en la reforma institucional**; i, oferir un tipus de **mesura retributiva alternativa** a la via penal. És difícil no sospitar, però, que aquesta darrera és sempre la finalitat essencial i quasi exclusiva d'aquest tipus de mesures.

L'articulació de mesures com les descrites mereixen certs comentaris addicionals:

- La **investigació d'antecedents** implica un procés de recerca en arxius i altres tipus de bases de dades sobre l'individu¹⁵, amb una voluntat concreta de fer públics i accessibles els resultats com a **instrument de socialització dels coneixements adquirits**, i amb independència de les repercussions posteriors sobre les persones el passat de les quals no es consideri finalment *impol·lut*. El respecte dels drets i llibertats de l'individu objecte de la investigació hauria d'ésser un principi obligat en aquests processos.

¹⁴ ¿És un eufemisme per evitar el verb *purgar*?

¹⁵ La denúncia de tercers o l'obligació de declaració del propi afectat són també eines emprades per obrir o consolidar sospites.

- El **vet o la remoció** pot adquirir la forma de **definitiva o temporal**: els elements d'oportunitat política i l'ús de la proporcionalitat com a criteri modulador són elements a tenir en compte a aquests efectes, i semblarien aconsellar una modulació temporal real.
- Es pot establir un vet tant de facto com de dret, tot i que la remoció sembla demandar l'ús de procediments de sanció amb totes les **garanties jurídiques**: la participació en els assumptes públics i l'accés a la funció pública és un dret humà (art. 25 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics), per la qual cosa qualsevol mesura que limita el seu exercici s'ha de contemplar des d'una interpretació restrictiva.
- Tot i que pot ser un tipus d'actuació estesa al conjunt de les Administracions Públiques, hi ha alguns **tipus d'activitats especialment afectades** en la pràctica per les seves connotacions ideològiques i ètiques amb el passat: per exemple, forces de seguretat, ensenyament o justícia.
- Finalment, s'han de ponderar molt bé els efectes d'una política de depuració més o menys extensiva, ja que si s'adopta en un sector o globalment una política molt intensa de separació de membres existirà el risc de paraitzar l'activitat pública i de priva d'eficiència als serveis.

3. La lluita contra la impunitat i les limitacions a la llibertat d'establiment de polítiques pròpies de justícia transicional.

Ja s'ha esmentat que el **Dret internacional públic** demana dels Estats l'acompliment de certes obligacions jurídiques que poden limitar la seva llibertat per dur a terme una política de justícia transicional pròpia, d'acord amb les necessitats polítiques i jurídiques específiques del context i dels possibles pactes entre les forces en presència. En particular, aquestes obligacions jurídiques internacionals podrien repercutir en la **determinació del model de justícia transicional** vinculat en el procés de canvi polític i/o de pau, sobre tot quan es pretén minimitzar el seu vessant retributiu. La raó d'aquesta situació la trobem en una de les orientacions bàsiques del Dret internacional públic des la II Guerra Mundial: la seva humanització i, correlativament, l'esforç per eradicar de la Societat internacional els **abusos i les atrocitats que qüestionen la dignitat humana**.

Si una de les principals línies d'acció ha estat –com ens demostra la més immediata postguerra- la potenciació de l'exigència de **responsabilitat penal internacional** a persones presumptament implicades en fets d'aquesta naturalesa, lògicament, la Societat internacional ha anat progressivament considerant que la **impunitat és un obstacle per fer efectius els principis assenyalats i pels canvis polítics i socials** que són pretesos després d'un període de repressió i de pràctiques aberrants contra els éssers humans.

Sense voluntat alguna de realitzar una exposició completa dels diversos aspectes jurídics que comporta la lluita contra la impunitat, importa ara com ara assenyalar algunes

consideracions sobre la seva incidència en el plantejament i desenvolupament d'un procés de transició.

En primer lloc, els Estats assumeixen l'obligació jurídica internacional de perseguir els presumptes responsables de les conductes considerades com a **crims de Dret internacional**, categoria dins de la qual s'ubiquen i tipifiquen els crims de guerra, el genocidi i els crims de lesa humanitat¹⁶; el compromís jurídic dels Estats es concreta en el principi *au dedere aut judicare (jutjar o extraditar)*, de forma que els Estats es troben obligats a jutjar i castigar a les persones que hagin comés aquests actes, o bé, a endegar una cooperació judicial adient i efectiva amb altres Estats i/o el òrgans jurisdiccionals internacionals que hi puguin tenir competència (com ara, la CPI).

Es pretén, doncs, evitar qualsevol esclatxa que proporcioni àmbits d'impunitat respecte a aquestes conductes que des de la fi de la II Guerra Mundial se'n anat consolidat com un referent de la lluita contra la barbàrie, amb independència de què, actes de aquesta naturalesa, hagin estat a l'ordre del dia en la Societat internacional: exemples de producció massiva d'actes inhumans (tortura, desaparicions forçades i execucions extrajudicials) constitutius a la vista del context en que es produeixen de crims de lesa humanitat o d'actes inspirats en intencions genocides no es gaire difícil de trobar-los en les últimes dècades del segle XX.

Els que se'ls hi demana essencialment als Estats, doncs, és que davant la producció de fets tipificats com a crims de Dret internacional **reaccionin exigint ells mateixos responsabilitat penal al presumptes responsables** –quan els actes s'hagin comés en el seu propi territori o inclús en altres Estats, si existeix un punt de connexió (exemple: nacionalitat de la víctima o de l'autor) o si l'Estat ha decidit assumir la **jurisdicció universal-**, o bé que, si no es troben en situació de fer-ho, que al menys permetin que un òrgan jurisdiccional aliè ho pugui fer –col·laborant amb ell per que pugui exercir les seves competències judicials.

Sobre aquest compromís jurídic internacional, cal fer dos comentaris finals: primer, que el plantejament que es deriva del **Dret internacional públic és inicial i essencialment retributiu**, tot i que cada vegada més els aspectes restauratius envers les víctimes tendeixin a assumir un cert protagonisme¹⁷, ja que s'està davant de conductes que afecten a un dels interessos essencials de la Societat internacional contemporània; i, segon, que l'existència d'òrgans jurisdiccionals internacionals com la CPI o la possibilitat de creació d'un **òrgan jurisdiccional internacional o híbrid ad hoc** –menys, l'actuació de un altre Estat exercint la seva jurisdicció universal- pot ser vista com **un instrument**

¹⁶ L'*apartheid* no es considera un crim de Dret internacional autònom sinó que constitueix un *acte inhumà* dins del que inclouen en el tipus penal de crim de lesa humanitat (art. 7,1, j) de l'Estatut del CPI.

¹⁷ Per exemple, l'art. 75 de l'Estatut del CPI es dedica a la qüestió de la reparació a les víctimes.

alternatiu per potenciar la justícia retributiva dins d'un procés de transició si les dificultats de funcionament dels òrgans judicials interns són, per raons jurídiques o per raons polítiques relacionades amb el transcurs de la transició, suficientment rellevants qualitativament o quantitativament.

En segon lloc, de les normes jurídiques del **Dret internacional dels drets humans** – siguin convencionals (tractats internacionals) o consuetudinàries (costum internacional)– sembla igualment derivar-se l'obligació jurídica d'**investigar, perseguir, enjudiciar i condemnar** als presumptes responsables d'actes que constitueixen un atemptat a la vida i la integritat física i psíquica de les persones, i, per tant, contràries a normes imperatives del propi Dret internacional públic que obliguen als Estats en el seu conjunt. Així, ens trobaríem davant d'una obligació d'aquesta mena respecte pràctiques tals com la tortura, les desaparicions forçades o les execucions extrajudicials.

Tenint en compte aquestes obligacions jurídiques internacionals, es perceptible que qualsevol mesura interna dins d'un procés de transició que tingués com a objectiu sostroure total o parcialment a persones presumptament responsables dels actes com els descrits durant el conflicte armat o l'anterior règim de l'acció jurisdiccional penal podria ésser contemplada com una decisió que crea espais d'impunitat i, per tant, que va en detriment d'aquests compromisos però, també, com una vulneració del dret a la justícia del que, en definitiva, són titulars les víctimes de les violacions dels drets humans. Per això, els termes d'un pacte de transició vinculat a un procés de canvi de règim polític o de pau podrien entrar en contradicció amb el Dret internacional públic en funció de que, com sembla lògic, poguessin introduir mesures alternatives a la preferència generalitzada de la justícia retributiva com a model de justícia transicional.

En termes molt generals de discussió, sembla prou clar, primer, que les mesures d'acció judicial que poden incidir en consolidar una impunitat *de facto* –manca de funcionament adequat del sistema judicial– no són compatibles amb aquestes exigències; i, segon, que institucions jurídiques com l'**amnistia**, l'ús de la **prescripció** o l'**establiment de circumstàncies que exclouen la responsabilitat penal** (potser també el *non bis in idem*) tampoc semblen ajustar-se a la necessitat de jutjar i en el seu cas condemnar a responsables de crims de Dret internacional –inclusiu en el supòsit de violacions manifestes de drets humans no derogables en cap circumstància–. En aquest sentit, si ens centrem en l'assumpte de l'**amnistia vinculada a processos de pau**, queda clar que el Protocol II als Convenis de Ginebra de Dret internacional, aplicable als conflictes armats de caràcter no internacional, no exclou el recurs a l'amnistia com a instrument de la política general de reconciliació post-conflicte, tal i com es dedueix de la redacció del seu

art. 6,5¹⁸; però aquesta facultat atorgada als Estats no suposa, en principi, que s'accepti – l'amnistia serà el més àmplia que sigui possible segons l'article 6,5 esmentat- que els Estats puguin dur a terme amnisties que incloguin a persones presumptament implicades en actes constitutius de crims de lesa humanitat o violacions greus de certs drets humans, la qual cosa no exclou el seu ús en relació amb altres tipus d'abusos comesos. Tot i això és cert que moltes de les amnisties, considerades necessàries per consolidar la pau dins d'una transició¹⁹, no acomplirien els esmentats paràmetres de legalitat.

Més dificultós resulta abordar l'assumpte de la col·lisió entre les obligacions jurídiques estatals i altres instruments de justícia transicional com la selectivitat de l'ús de la justícia retributiva o els indults; sigui forçada per les capacitats del sistema judicial o una decisió política conscient, solament la selectivitat de la justícia podria *per se* apreciar-se com una renúncia a l'exercici de la justícia penal estatal sobre els presumptes responsables d'aquests tipus d'actes.

Tot i que a priori és un tipus d'actuació oposada a la literalitat de la norma jurídica internacional, la **selectivitat de la justícia penal en temps de transició** podria recolzar-se en diversos arguments, entre d'altres: l'art. 53,1 c) de l'Estatut del CPI²⁰, la **pràctica internacional** –la qual ens demostra la presència de selectivitat generalitzada en relació amb aquests processos-, o bé, la pròpia **selectivitat intrínseca a tot sistema jurídic penal** –en funció dels criteris que s'exigeixin per endegar la acció penal, sempre que siguin condicions no desproporcionades, o de les pròpies consideracions sobre quan una causa ha de ser seguida o arxivada-; això suposaria que si aquesta selectivitat és transparent i va acompanyada d'una diligència jurisdiccional suficient en les causes que efectivament es tramitin, podria arribar-se a considerar la seva conformitat amb el Dret internacional sempre que, això sí, **no s'imposessin limitacions irraonables a les víctimes i/o els seus familiars per exercir per la seva banda el seu dret a la justícia.**

Respecte els **indults totals** o els **indults parcials** -els quals comporten una reducció de penes-, a diferència de l'amnistia, impliquen que l'acció jurisdiccional penal ha condemnat al responsable dels fets, per la qual cosa no hi ha una apriorística absència de actuació retributiva; ambdós tipus d'indult afecten a l'execució de pena i a l'obligació de que la mateixa sigui adequada a les conductes incriminades. No estant prohibits, en

¹⁸ “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

¹⁹ El Secretari General de les Nacions Unides, de fet, ha assenyalat que s'ha de rebutjar que els acords de pau, i particular en els vinculats a processos tutelats per les Nacions Unides, i les decisions del Consell de Seguretat de l'organització, permetin “la amnistia en casos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, incluidos los delitos internacionales relacionados con la etnia, el género y el sexo, y se garantice que ninguna amnistia concedida con anterioridad constituya un obstáculo para el enjuiciamiento ante cualquier tribunal creado o asistido por las Naciones Unidas” (ONU, *Documento S/2004/616*, § 64 c).

²⁰ Per vincular l'obertura d'una a investigació a un presumpte *interès o no de la justícia*, tenint en compte entre altres factors, l'edat, infermetat o la participació de l'autor dels presumptes fets -concordant amb l'art. art. 53,2 c)-

termes generals els indults, sembla possible apreciar la seva **legalitat si no constitueixen una amnistia encoberta**, prenent en consideració a continuació els elements següents: **no abús o generalització** del seu ús; **no respongui l'ús a pressions o exigències** de persones o de grups que tinguin capacitat d fer-ho (per exemple, l'estament militar); respongui a paràmetres personals relacionats amb la **conducta de l'individu i de caràcter excepcional**; i, finalment, que l'individu **hagi col·laborat amb la justícia i mostrat públicament el seu penediment**.

Finalment, hi ha que afegir, en termes generals, que els instruments de justícia transicional que s'han esmentat –i, en particular, aquells que semblen a priori menys oposats a les normes jurídiques internacionals esmentades– podrien trobar un acomodatament en el Dret internacional:

- L'Experta independent del Secretari General de les Nacions Unides en matèria d'impunitat, Sra. Orentlicher, ha plantejat reiteradament que ens trobem en un supòsit d'**estat de necessitat** –es pretén salvaguardar un interès per l'Estat davant d'un perill greu i imminent–, la qual cosa exclouria el caràcter il·lícit de l'actuació estatal; són moltes les dificultats jurídiques conforme al costum internacional que reflecteix l'art. 25 del *Projecte d'articles sobre la responsabilitat de l'Estat per fet il·lícits* per arribar a aquesta conclusió en el cas que ens ocupa, ja que s'hauria de demostrar que les mesures adoptades són l'única forma de salvaguardar l'interès essencial en risc i que no afecten greument a un altre interès essencial de la Societat internacional en el seu conjunt, i, a més, provar que el propi Estat no ha contribuït a crear l'estat de necessitat.
- Alternativament, es pot plantejar el problema des de la **col·lisió entre dos principis** igualment estructurals del Dret internacional: la igualtat sobirania entre els Estats, de la que es deriva la necessitat de salvaguardar l'existència i la seguretat de l'Estat, i el principi de respecte de la dignitat humana que exigeix la responsabilitat de l'individu per atemptats als seus elements essencials. La cerca d'una **interpretació de conformitat** entre ambdós principis, d'un cert equilibri dels interessos d'estabilitat i de justícia, sembla la millor opció en front de la cerca d'una primacia entre ells –ja que plantejada la qüestió en termes de primacia, potser, la balança seria favorable als interessos essencials de l'Estat: supervivència, seguretat i estabilitat–.

En tot cas, el contrari podria resultar paradoxal si la justícia transicional s'ha plantejat en termes d'equilibri: resultaria molt difícil entendre que els Estats haguessin creat normes jurídiques tan taxatives i rígides que els impedeixen una certa flexibilitat en supòsits de transició.

4. Consideracions finals.

Molt succintament assenyalar les dificultats que tot procés de pau o de canvi de règim polític suposa abordar els abusos comesos prèviament a la transició i de crear un procés de justícia transicional capaç de respondre a les expectatives i necessitats polítiques, incloses les seves contradiccions, de garantir la justícia, la veritat i la reparació en pro d'una efectiva reconciliació, a més de satisfer les exigències jurídiques internacionals. Les diverses tensions dialèctiques en presència, i les prioritats electives que s'han de fer, plantegen un panorama complex i costós en que les víctimes no haurien de ser de bell nou sacrificades però tampoc els seus anhels l'únic nord d'un procés que té uns objectius més amplis.