

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

DESCENTRALIZACIÓN:
RETOS Y
PERSPECTIVAS



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

CONTENIDO

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Descentralización: retos y perspectivas	19
SAMUEL B. ABAD YUPANQUI <i>¿Puede un Presidente Regional ser Presidente del Consejo de Ministros?</i>	21
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Descentralización y jurisprudencia constitucional</i>	41
ELENA C. ALVITES ALVITES <i>El estado actual del proceso de descentralización. La reforma constitucional incompleta: la reforma descentralista</i>	55
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO / DANTE PAIVA GOYBURU <i>La representación política. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano</i>	79
ERIKA GARCÍA COBIÁN CASTRO <i>Control externo del gasto público y descentralización en el Estado constitucional</i>	95
ÁNGEL DELGADO SILVA <i>Elementos de referencia para un nuevo enfoque sobre la descentralización peruana</i>	117
BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES <i>Descentralización, conflictos territoriales y proceso competencial</i>	133
Entrevista	155
JORGE LEÓN VÁSQUEZ <i>Entrevista al profesor Peter Häberle</i>	157

Tribunal Constitucional	185
ÓSCAR URVIOLA HANI <i>El deber de ingratitud</i>	187
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>Acceso a los jueces y juezas constitucionales y ejercicio de sus competencias en el desarrollo de los procesos constitucionales de la libertad. Por un mejor posicionamiento de las labores propias del Tribunal Constitucional peruano. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso «Francisca Vásquez Romero»</i>	195
JAVIER TAJADURA TEJADA <i>El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès. Un precedente de la Justicia Constitucional en Europa</i>	217
Miscelánea	253
FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA <i>El garante de la voluntad popular expresada en el voto</i>	255
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE <i>Entre la Constitución y la ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia</i>	271
ANTOINE GARAPON <i>Justicia transicional y justicia reconstitutiva</i>	277
RAÚL CHANAMÉ ORBE / SIMÓN ALEJANDRO VERÁSTEGUI GASTELÚ <i>El neoconstitucionalismo en un Estado semiconstitucional</i>	297
Jurisprudencia comentada	313
SUSANA TÁVARA ESPINOZA <i>Los arbitrios como atributo constitucional municipal y como manifestación de la descentralización fiscal. Comentario a la STC 0030-2007-PI/TC, de fecha 12 de marzo de 2009</i>	315
NADIA PAOLA IRIARTE PAMO <i>Sobre la distribución de los recursos en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional. Comentario a la STC N° 0002-2005-PI/TC, de fecha 18 de febrero de 2005</i>	323

KARINA BERENNISE DE LA O TAMEZ <i>Invalidez del artículo 291° de la legislación penal para el Estado de Aguascalientes. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación N° 29/2012</i>	331
SERGIO LEONARDO PEDRAZA SEVERO <i>Principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Comentario a la sentencia C-123, de fecha 5 de marzo de 2014</i>	337
Reseña	343
MANUEL MIRANDA CANALES <i>«Daño a la persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el derecho civil peruano»</i>	345

JUSTICIA TRANSICIONAL Y JUSTICIA RECONSTITUTIVA*

ANTOINE GARAPON**

RESUMEN

El presente trabajo contrapone dos versiones de la justicia transicional: para la primera, minimalista, se trata de una justicia ordinaria que solo es excepcional porque debe ejercerse en condiciones extremas que no afectan sin embargo a su naturaleza. En cambio, en la segunda concepción, la justicia sale profundamente transformada ante el tipo de violencia política que debe afrontar, e inaugura de forma permanente una posición diferente de la justicia en la democracia. El sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, el crimen contra la humanidad, es esta exigencia de repensar el papel de la justicia asignándole la tarea de proteger la política de sus gérmenes totalitarios, inherentes a la política misma. En este sentido, la justicia transicional no debe suprimir todo conflicto, ni desterrar toda vida política *sino civilizarla*, trazando claramente la frontera de lo inaceptable.

277

PALABRAS CLAVES

Justicia transicional, crimen contra la humanidad, enfoque político, arraigo, justicia reconstitutiva.

El término «*justice transitionnelle*» o «justicia transicional» suena mal tanto en francés como en castellano. Quizá porque está formado a partir de una traducción del inglés *transitional justice*. ¿Podemos encontrar uno mejor? ¿Justicia en transición? La expresión es ambigua ya que no es la justicia sino el país el que está en transición; «justicia postconflicto» no es tampoco demasiado afortunado y, además, vacía la dimensión preventiva, que es sin duda esencial. Si no suena del todo bien el término en francés o castellano es por razones de eufonía y también porque parece ligado a una visión pragmá-

* Traducción de Emilia Bea.

** Doctor en Derecho y Secretario General del Instituto de Altos Estudios sobre la Justicia (IHEJ) de París.

tica o técnica de la justicia y de las diferentes modalidades de reconciliación, en detrimento de una concepción más profunda del papel de la justicia en las democracias modernas. Hay que superar la visión puramente instrumental de la justicia transicional, mayoritaria en la actualidad, para restituirle su papel político, al que aquí llamaremos función reconstitutiva de la justicia.

Los crímenes en masa: ¿un *problem* o un derrumbe político?

Todo pensamiento sobre la justicia en transición es tributario de la comprensión de las acciones violentas en sí mismas. ¿Deben ser tratadas como cualquier otro problema de gobernanza, como un cierto desafío técnico, o como un derrumbe político? Influida por la época, un cierto enfoque de la llamada justicia postconflicto traslada al terreno extremo de los crímenes masivos los mismos métodos que se imponen hoy en todos los sectores, esto es, un método cuantitativo y mecanicista: «¿Qué es lo que pasa? ¿Dónde? ¿Y por qué?» La respuesta a estas cuestiones debería poner de manifiesto la o las soluciones más «científicas», que tendrían por tanto mayores posibilidades de ser eficaces en cualquier contexto.

278

Un crimen de derecho común puede ser considerado como un *problem* en el sentido de que lo que se juzga es un comportamiento individual, desprovisto *a priori* de toda dimensión política pero que traduce una voluntad antisocial. No ocurre lo mismo con los conflictos de que trata la justicia transicional. La dictadura no es un *problem*, y tampoco lo es el asesinato en masa: son crisis políticas de primer orden que deben ser analizadas y tratadas como tales, pues apelan a soluciones de la misma naturaleza, es decir, políticas y no técnicas. Si la guerra es la continuación de la política por otros medios, el silencio de las armas y el fin temporal de un conflicto sangriento no impiden que la política continúe y que existan pretensiones en pugna por el control de los recursos, pues nuestra condición política es así. Por ello, al reducirse a un simple problema de gobernanza, la justicia transicional solo da cuenta de una parte de la cuestión desechando otra parte tan importante o más: *¿cómo regenerar la política si no podemos escapar de nuestra condición política?*

El imposible abandono de la política

El postulado fundador de toda la justicia penal referida al crimen contra la humanidad consiste en asimilar un acto de naturaleza política –como la definición de un programa o la conducción de la guerra– a la delincuencia de

derecho común. Aunque constituye un avance al aportar una respuesta a comportamientos bárbaros, este postulado borra la dimensión propiamente política de una violencia irreductible a la violencia de derecho común. ¿Por qué? Porque los crímenes no son cometidos necesariamente como una transgresión; ni jurídicamente, porque a veces han sido enmarcados dentro de la ley, ni psicológicamente, porque el móvil puede no ser deshonesto sino referido a la defensa de su comunidad o a la idea del bienestar de todos (o del mayor número). Si bien el acto es el mismo –matar, secuestrar, herir– el móvil no es la apropiación personal, el beneficio fraudulento o el aprovechamiento indebido. Este es el caso del antiguo director del centro S-21 (unidad de servicios de seguridad de los jemeres rojos en Nom Pen), Kaing Guek Eav alias «Duch» (nombre de un personaje de los manuales escolares que simbolizaba al alumno ejemplar), cuya conciencia política y profesional había llegado a suplantar a su propia conciencia; él no sacaba ningún beneficio personal de su función. Ni se excedía en sus atribuciones al servicio del partido ni mostraba ningún sadismo en la ejecución de sus tareas. El personaje¹ no tiene ni el narcisismo de un Eichmann, ni la arrogancia del oficial alemán con el que coincidió Primo Levi en Auschwitz, ni los complejos de un Goebbels. Se trata de una fuerte personalidad pero exenta de todo tipo de perversión según parece (¿no ha llevado una vida tranquila convirtiéndose al cristianismo tras la caída del régimen jemere?). «Una personalidad de tipo obsesivo pero sin neurosis», dicen de él los psicólogos. Duch se consagró por completo a la revolución y a su programa de creación de un hombre nuevo. Durante todo el proceso, mostró un gran dominio de sus emociones, reconoció gran parte de los hechos y presentó sus excusas a las víctimas en numerosas ocasiones.

No es por consiguiente en la personalidad de Duch en la que hay que buscar la explicación del crimen en masa que ha ensangrentado el país, contrariamente a lo que afirma David Chandler²: «Para encontrar la fuente del mal puesto en práctica a diario en S-21, no debemos mirar más allá de nosotros mismos». Esta frase, que resume a la perfección una especie de vulgata de la litera-

¹ Véase a este respecto T. CRUVELIER, *Le Maître des aveux*, Paris, Gallimard, 2011; véase también M. LEMONDE, con colaboración de J. REYNAUD, *Un juge face aux Khmers rouges*, Paris, Le Seuil, 2013.

² D. CHANDLER, *Voices from S-21: Terror and History in Pol Pot's Secret Prison*, University of California Press, 2000.

tura de la justicia transicional, sitúa el crimen en el terreno de la inmoralidad individual, como si el mal de los crímenes masivos naciera de esa ambivalencia que tanto nos vuelve proclives a hacer el bien como nos inclina a cometer actos espantosos. Pero no es al hombre al que hay que mirar sino al régimen político. No es Sigmund Freud quien nos desvelará el secreto que se oculta en Camboya sino más bien Claude Lefort o Myriam Revault d'Allonnes³. ¿Por qué buscar en una psicología particular lo que es materia propia del *mal político*?

El interés del proceso de Nom Pen, en el que la cuestión racial no ocupa el lugar central que tiene en la Shoah o en Ruanda, consiste en volver a poner la dimensión política en el centro del asesinato en masa. Por ello, hay que reinscribir el genocidio en la categoría de los crímenes contra la humanidad y no convertirlo en «el crimen de los crímenes». El escándalo absoluto de la destrucción de un grupo a causa de su religión o de su pertenencia étnica no debe hacer olvidar que es ante todo el fruto de una política. El sufrimiento insostenible de las víctimas se muestra impotente a la hora de fundar por sí mismo la necesidad de una justicia ante el desplome de la política. La realidad abominable del crimen masivo –sobre todo cuando es administrado con tanta conciencia profesional– es el síntoma de un mal; designa el mal político pero no lo cura. Partir de la violencia extrema, de la crueldad inaudita, es quizá un intento errático. «Está a punto de condenar humo», replica un campesino durante una acción de sensibilización (*outreach program*), es decir, de promoción de la Cámara Extraordinaria del Tribunal de Camboya (CETC). «Debemos buscar el origen del incendio. Quiero saber por qué han matado a tanta gente»⁴. ¿Es solo imputable a la adhesión glacial de Duch?

280

El mal político ha ido ligado a una racionalidad que no es reductible a la psique individual. «Racionalidad específica, mal específico», escribe Paul Ricoeur, «hay que mantener esta paradoja: el mal mayor va unido a la racionalidad mayor, hay una alienación política *porque* lo político es relativamente autónomo»⁵. Partiendo de la ciudad se comprende al ciudadano y viceversa. En

³ M. REVAULT D'ALLONNES, *Ce que l'homme fait à l'homme. Essai sur le mal politique*, Paris, Flammarion-Champs essai, reed. 2010, 1^o éd., 1995 (*Lo que el hombre hace al hombre. Ensayo sobre el mal político*, Madrid, Amorrortu, 2010).

⁴ T. CRUVELLIER, *Le Maître des aveux*, Paris, Gallimard, 2012, p. 91.

⁵ P. RICCEUR, *Historia y verdad*, Madrid, Encuentro, 1990, pp. 230-231 (*Histoire et vérité*, Paris, Le Seuil, 1955, p. 262).

todos los casos, es imposible concebir al individuo *ex nihilo*, como si no tuviera necesidad de lo político para acceder a su identidad individual. La política para Ricœur permite al hombre alcanzar un bien inalcanzable de otro modo, un bien que es una parte de la razón y de su felicidad, pero también de su desgracia.

Una perversión y no una suspensión de la ley

¿Qué se le puede reprochar exactamente a Duch? ¿No haber dimitido? ¿Haber mostrado demasiado celo en sus convicciones comunistas? ¿No haber reaccionado con aquello que sus emociones debieron haberle mostrado, esto es, con piedad ante el sufrimiento extremo de los demás? ¿Pero si era incapaz de experimentarla incluso hacia sí mismo! No era un aprovechado. Todo el trabajo de Duch provenía de la ley o, mejor, de un reglamento que debía aplicar con gran meticulosidad. Duch lo cumplía con la convicción de que también a él lo aplastaría en su momento. Los prisioneros que estaban a su cargo en S-21 eran antiguos dignatarios y responsables del régimen jemer rojo. Era plenamente consciente de que un día también él sería uno de ellos. Pero no se detenía por esto. ¿Por qué? Quien comprenda el absurdo de un crimen cometido bajo la ley y con la conciencia de un funcionario, habrá penetrado en el enigma del totalitarismo.

281

Duch le dice a un alto dirigente del Angkar que se rebela rompiendo una pluma de escribir o un vaso durante el interrogatorio: «No te queda más remedio que confesarte al partido por medio de mí. Y él lo comprende»⁶. La confesión no es una confesión sino un gesto de sumisión al partido, el último acto del hombre totalizado que renuncia a sí mismo definitivamente sacrificándose por el partido. La similitud con los análisis de Claude Lefort en *La Complication* resulta sorprendente⁷. «La ley se plasma en un tejido de reglas que pone a todos bajo su filo; el pensamiento se restringe a un saber sin fisuras; el poder no tolera nada que esté más allá»⁸.

El análisis de este nuevo tipo de crímenes nos conduce al corazón de la naturaleza del totalitarismo, que es «la identificación del cuerpo comunista con

⁶ T. CRUVELLIER, *Le maître des aveux*, op. cit., p. 77.

⁷ C. LEFORT, *La complication. Retour sur le communisme*, Paris, Fayard, 1999 (*La complicación. Retorno sobre el comunismo*, Buenos Aires, Prometeo, 2013).

⁸ *Ibid.*

la ley bajo cuyo efecto cada cual se siente ante la obligación de querer, de pensar y de actuar del mismo modo⁹». Hannah Arendt veía aquí «una separación entre el pensamiento y la experiencia¹⁰», y Lefort analiza sobre todo el mandato inquietante de no pensar. El totalitarismo se caracteriza por tanto por una intrincación entre poder, saber y ley. Los sistemas totalitarios disponen de textos que tienen todas las cualidades formales de la ley, que ejercen el mismo efecto sobre las conciencias pero sin ostentar el lugar que le corresponde a la ley en la democracia: el de una exterioridad que no puede ser objeto de apropiación por nadie.

El mal está en este reglamento demencial de S-21, y no únicamente en la ambivalencia de Duch. El asesinato de escritorio es una responsabilidad criminal compartida por el sujeto y el reglamento administrativo. Invierte la carga moral, que pasa del respeto a la ley al coraje de oponerse a ella. Un coraje realmente peligroso pues se expone al arbitrio del juez individual.

Estamos en presencia de una desnaturalización de la idea de ley, muy diferente de la tiranía que se correspondería con la suspensión de la ley (suspensión a veces habilitada por el Senado durante un tiempo determinado como en Roma). En esta situación, el remedio no se presta a discusión: consiste en *restaurar* la ley. El principio de la restauración resulta evidente, aunque su realización pueda ser difícil. Esta evidencia sirve de base para justificar un determinado pensamiento sobre la justicia transicional que sostiene que el objetivo del proceso no es problemático: es el *rule of law*. Pero esta perspectiva se muestra muy limitada a la hora de reaccionar contra una violencia que no se lleva a cabo *contra* la ley sino *por* la ley. Mientras que la violencia política ha sido entendida hasta la actualidad como una consecuencia de la arbitrariedad, es decir, de la anulación o de la suspensión de la ley, la observación de la violencia totalitaria obliga a definirla como una *perversión* de la ley.

La constatación de una perversión de la ley obliga a superar el simple criterio formal de la ley que se ha hecho insuficiente. Se hace necesario repensar el papel de la justicia: este es el sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, los crímenes contra la humanidad. Estos crímenes son más que una extensión del derecho penal al comportamiento en la guerra o a la elaboración de una política: indican una nueva misión de la justicia que consis-

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

te en proteger la política de sus gérmenes totalitarios, gérmenes agravados al extremo por los regímenes totalitarios pero que están latentes en nuestras democracias, en tanto que son inherentes a la política misma.

¿Abandonar, restaurar o regenerar la política?

El reconocimiento de la naturaleza política de la violencia masiva, más allá de la diversidad de las situaciones, obliga en primer lugar a tomar en consideración la dimensión política de la justicia, lo que raramente se hace, salvo algunas excepciones, por parte de las ONG's. Muchas de ellas, ajenas a los medios de coerción, tratan de limitarse a las instituciones formales. Es probablemente inevitable dado que las ONG's se concentran en un objetivo preciso y claro. Por lo contrario, la política, que es englobante, tiene una vocación universal, es decir, ha de abarcar todos los temas. Ello implica acometer las causas de la violencia y de la degradación del clima que ha justificado los crímenes. El remedio definitivo puede encontrarse en una reforma agraria como en Colombia o en un reparto más justo de las reservas de petróleo como en Nigeria. La justicia transicional debe integrar por tanto una dimensión política pero no importa de qué política se trate.

283

Partir de la perversión totalitaria de la ley diseña *a contrario* el tipo de política que se espera en adelante de la justicia, incluso más allá de los contextos totalitarios que, salvo Corea del Norte, resultan hoy extraños. La violencia masiva puede tomar actualmente formas muy diferentes. Un análisis del desmoronamiento político, no como suspensión temporal de la ley ni como simple arbitrariedad sino como perversión totalitaria de la ley, de la fuerza uniformizadora y opresiva del Uno, obliga a pensar de forma diferente el papel de la justicia durante la transición. El papel de la ley ya no se restringe meramente a limitar las violencias arbitrarias como ocurre con la ley positiva, sino a colocar en el centro del pacto político la dimensión universal de la ley que impide toda implosión totalitaria y previene o retarda todo ensimismamiento nacionalista. Este es el sentido que hay que dar a la idea de *rule of law* para liberarla de sus ambigüedades neoliberales¹¹ y de la dimensión mágica que ha adquirido en el gospel actual, y llevarla a su más alto nivel como hizo Tom Bingham¹² concepto

¹¹ Sobre el tema véase el libro de R. PLANT, *The Neo-Liberal State and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹² T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londres, Penguin Global, 2010.

expresado en inglés se hace pues plenamente traducible hoy como *esta función regeneradora y estabilizadora del derecho*. La ley regenera lo político, puesto en entredicho por el crimen, al señalar un lugar –lo universal– que le escapará en adelante.

El valor paradójico de la división

Apelando al perdón y a la reconciliación, los procesos de justicia transicional corren el riesgo de rechazar la propia idea de conflicto; la paz duradera solo sería así concebible en la búsqueda de la unidad y del consenso. Pero también aquí las enseñanzas del totalitarismo deben ser meditadas. Una búsqueda de la unidad social y política a cualquier precio, pasando por la eliminación de quienes aparecen como intrusos o traidores, desemboca en una lógica idéntica a la que se quiere combatir. Es el riesgo que acecha en la actualidad a un país como Ruanda. «La apuesta de las políticas de transición debería articularse más bien en torno a la necesidad de romper con esta empresa de unificación a fin de permitir el respeto del pluralismo democrático a la hora de refundar una cierta unidad nacional y el vínculo social que la violencia ha destruido»¹³. Los procesos de justicia transicional contribuyen a una estabilización de las sociedades en conflicto pero a menudo son ellos mismos, en un primer momento, fuente de confusión a la hora de poner en juego la acusación y la redistribución política que entrañan. Estos efectos no deben ser ocultados ni temidos: son el signo de los efectos de ruptura efectivos producidos y sustentados por estos mecanismos.

284

La nueva posición de la ley se alimenta de valores universales de dignidad humana pero reconoce asimismo la presencia indefectible de la división. El objetivo de la justicia transicional no consiste por tanto en suprimir todo conflicto, ni en desterrar toda vida política *sino en civilizarla*, trazando claramente la frontera de lo inaceptable. La ley mantiene a la sociedad civil a la distancia justa previniendo por una parte de la absorción totalitaria del derecho en la política, y por otra, de la ilusión de la entrada en un mundo pospolítico, de un *rule of law* que habría desechado toda política. El derecho debe armar los contrapoderes y al mismo tiempo construir el poder, apuesta fundamental en la reconstrucción de los países destruidos.

¹³ *Ibid.*

Una función reconstitutiva: el nuevo horizonte de la justicia transicional

Para comprender a la vez la sutileza y la profundidad de lo que está en juego, nos proponemos contraponer dos versiones de la justicia transicional: para la primera, minimalista, la justicia transicional es una justicia ordinaria que solo es excepcional porque debe ejercerse en condiciones extremas que no afectan sin embargo a su naturaleza; estas formas pueden ser innovadoras pero su objetivo es desaparecer cuando su misión sea cumplida. Para la otra concepción, por lo contrario, la justicia sale profundamente transformada ante el tipo de violencia política que debe tratar, e inaugura de forma permanente una nueva posición de la justicia en la democracia.

La justicia transicional ya no se define por *condiciones* o *formas* particulares sino como una *categoría* de justicia en el mismo plano que la justicia correctiva o distributiva. La novedad de esta nueva categoría de justicia sería la consecuencia directa de la naturaleza del totalitarismo ligada a la modernidad democrática. La salida del totalitarismo apela a la nueva posición de la justicia en la democracia que la justicia transicional señala. Esta no solo sale momentáneamente reforzada sino también ontológicamente transformada. Intentaremos resumir las diferencias entre estas dos versiones débil y fuerte de la justicia transicional en el cuadro siguiente:

VERSIÓN DÉBIL DE LA JUSTICIA EN TRANSICIÓN	LA JUSTICIA RECONSTITUTIVA: UNA VERSIÓN FUERTE DE LA JUSTICIA EN TRANSICIÓN
Transición-paso de la violencia a la paz	Transición-vínculo entre los crímenes y los derechos
El crimen contra la humanidad entendido como un <i>problem</i>	El crimen contra la humanidad analizado como un derrumbe político (mal político)
Poner garantías cortafuegos	Extraer lecciones para sacar del mal la energía del bien
Tiempo lineal	Tiempo regenerador
La justicia es un instrumento de retorno a la paz	La justicia es una nueva dimensión de la política
Procedimental	Material
Sueño de reencontrar una soberanía intacta	Fragilidad asumida de la política

Una visión instrumental	Un escenario simbólico
Justicia en kit	Búsqueda de una fórmula adaptada
Reconstructiva	Reconstitutiva
Enfoque criminológico	Enfoque político
El crimen contra la humanidad es un mal exterior y una violencia criminal	El crimen contra la humanidad es una violencia política
Desaparición (o suspensión) de la ley	Perversión de la ley
El mal es exorcizado	La posibilidad del mal es interiorizada
Restablecimiento simple de un mecanismo	Sacar enseñanzas para una nueva consideración de las instituciones (una ética de la violencia limitada)
La idea de justicia no cambia, solo las condiciones son excepcionales	La justicia transicional inaugura una nueva categoría de justicia
La justicia en un intervalo temporal	La justicia en una dialéctica de la fundación y del tiempo ordinario
Movimiento	Arraigo

¿Garantizar un paso o tejer un vínculo?

El adjetivo «transicional» es un neologismo procedente del inglés. La traducción correcta de *transitional* es «transitorio» que significa: «pasajero, temporal, que cubre el intervalo entre un estado de cosas y otro»¹⁴. Esta definición implica dos consecuencias: en primer lugar, supone que los dos términos entre los que se debe producir la transición son fijos y reconocibles. La justicia transitoria debe asegurar el paso entre una ola de masacres y horrores administrativos a la que hay que poner fin, por un lado, y la democracia, por otro lado; entre un *terminus a quo* siempre diferente y un *terminus ad quem* siempre idéntico, que es la democracia parlamentaria. Tal necesidad de la democracia plantea un problema, como si constituyera el término casi ineluctable de todo proceso de

¹⁴ «Qui ne fait que passer, qui ne dure pas; intérimaire, qui remplit l'intervalle d'un état de choses à un autre», en *Dictionnaire de français Littré*, «transitoire», consultado en «<http://littrereverso.net/dictionnairefrancais/definition/transitoire>».

transición. El desenlace consistiría en llevar a un pueblo a aceptar lo que ha sido elegido por otros y que debe ser visto con razón como el mejor régimen posible, el más compatible con el resto del mundo. ¡Cómo nos gustaría creerlo!

¿Construir o (re)constituir?

El término de *restorative justice*, o justicia restaurativa, es igualmente insatisfactorio pues a través de la idea de reconstrucción postula el retorno a lo mismo. Pero no basta con una proclamación, hay que instituir. La idea débil de justicia transicional supone, por una parte, centrarse más en la justicia que en la política y, por otra parte, ver la transición como *movimiento*, cuando el verdadero problema es el *arraigo*.

La justicia reconstitutiva, es decir, la justicia transicional en la versión que defendemos, designa una política (más que una justicia *stricto sensu*) pero que se sitúa en un nivel distinto de lo que se entiende habitualmente por política. La política que hay que promover es fundacional, más propiamente instituyente que constituyente. Exige pensar la fundación, el arte de instituir que excede el *institutional design* al valorar el contexto concreto e invertir la lógica del «one size fits all» (esto es, literalmente: ¡«medir a todos con el mismo rasero»!). Pero se corre un riesgo semejante si se magnifica la «política» sin definirla. ¿Qué significa rehacer la política? Supone tomar en consideración no solo los mecanismos sino también la creencia en las instituciones, no conformarse con un enfoque formal que restablecería la omnipotencia casi mágica de la forma jurídica capaz de realizar inmediatamente lo que anuncia. Todos los países tienen su propia historia que hay que tener en cuenta. Algunos de ellos han tenido un Estado, otros no; en algunos países el ejército juega un papel especial, en otros no.

La tarea de construir una democracia es tanto más delicada cuanto esta forma de gobierno no puede invocar ninguna tradición tras un periodo de violencia masiva, ni ninguna transcendencia puesto que se funda sobre su rechazo: necesita forjarse su propia simbología, fundar nuevas creencias, a menudo al precio de desechar otras; sin embargo, estas pueden parecer muy frágiles comparadas precisamente con la tradición. La fase transicional no conlleva una suspensión de la política, sino que, por lo contrario, al menos una parte sueña a menudo con la revancha; continúa haciendo política cuando los otros quieren reconciliarse. De aquí los malentendidos o incluso los inmensos fracasos.

Nunca la democracia parecería más próxima, aunque tampoco nunca podría ser más frágil y hasta más artificial. Remite a la artificialidad de la política que es una de sus dimensiones. Tiene a favor la indignación ante la injusticia pero en contra, su fragilidad.

La justicia transicional se enfrenta a dos cuestiones esenciales: en primer lugar, ¿qué significa fundar un nuevo régimen?, ¿es únicamente una cuestión de formas constitucionales y jurídicas?, ¿está condenada solo a *refundar*? La segunda es aún más terrible: ¿se puede fundar sin una potente energía, o sea, sin violencia?

Estado de excepción, estado de transición

Se corre siempre el riesgo de una representación ingenua de la democracia como si se pudiera abolir el tiempo y plantear la constitución en un espacio atemporal, aséptico, en ingravidez política: pero hemos visto que el estado de transición es todo lo contrario.

288

Numerosos escenarios de justicia transicional padecen un vicio en cierto modo constitutivo. Pretenden abstraerse de la política en un contexto muy frágil, suspender las relaciones de fuerza en un momento en que las armas todavía están en plena circulación, actuar en derecho, pero ¿a partir de qué? Ocultar este reto es un poco como querer reparar y repintar el casco de un barco en alta mar, sin que se pueda sacar del agua. No es necesario aplazar las reparaciones y tratar de avanzar mal que bien, esperando que el movimiento baste para impedir que el agua penetre (como parece hacer el presidente Ouattara apostando por la economía). Hay que emprender las reparaciones inmediatamente pues va en ello la supervivencia de toda la tripulación, pero hay que pensarlas junto a la manera de hacer avanzar la nave. No se trata de escapar del «sueño legalista» de una justicia pura y autosuficiente para proclamar la superioridad de la política en un «realismo mal entendido», sino de pensar conjuntamente el desafío político y el desafío jurídico que plantea la situación de transición.

Para caracterizar este momento particular de postconflicto, tomaremos el modelo del estado de excepción, del que la justicia transicional es la imagen invertida; más que como justicia transicional, proponemos pensarla como simetría inversa del estado de excepción y llamarla, por tanto, justicia en *estado de transición*. Como el estado de excepción, el estado de transición está motivado

por condiciones políticas excepcionales. Al igual que el estado de excepción procede de una relajación, es decir, de una transgresión de los principios del derecho pero en nombre del derecho y por el derecho, el estado de transición debe sustentar una nueva relación con el derecho en nombre de principios superiores de justicia.

El abandono de la política en las mentes de algunos pensadores de la justicia transicional les permite pretender dar a las fábulas políticas una realidad inmediata: el pacto de ciudadanía, el pacto cívico (se creen en realidad americanos sin historia que quieren dotarse de una Constitución como en 1786). Se representan el nacimiento del Estado bajo la forma de un *covenant* exponiéndose a rechazar el hecho de que son las formas culturales las que tienen a su cargo la construcción de los sujetos.

No es por tanto la ruptura el problema de la justicia transicional, sino la *continuidad*, la necesaria continuidad, la que no pudo ver Núremberg (la que la administración americana ha infravalorado en Irak, por ejemplo). El problema de la transición se encuentra en lo que ella rechaza, en lo que niega incluso: esto es, en la *permanencia del pasado precisamente*.

289

Cuando las instituciones políticas de un régimen se hunden, no hay *nada*; subsiste el sostén antropológico de la sociedad, es decir, los sistemas de parentesco, la religión, y, más en general, la cultura, que son puestos al descubierto¹⁵. Ningún país vuelve al estado de naturaleza tras el derrocamiento de un régimen, por el simple hecho de que el estado de naturaleza nunca ha existido. Es una ficción que permite dar cuenta filosóficamente de la génesis del Estado, y no una realidad. Cuando las instituciones del «antiguo régimen» –llamémosle así– desaparecen o son derribadas, resurgen los antiguos modos de subjetivación, ya sean religiosos (el islam en Túnez o en Egipto), tribales (el tribalismo en

¹⁵ «Lo político [explica Frédéric Brahami] no es el éxito del Estado cuando pone fin a la anarquía de un origen ficticio prepolítico o de una degeneración que no lo es menos, es por lo contrario la reconducción continua de la lucha, no entre individuos o grupos de interés, sino entre lo espiritual y lo temporal, entre la religión y el Estado, o incluso entre el saber (pues la religión, el espíritu, aspiran a ser saberes de la sociedad, como hoy en día las ciencias sociales) y el querer (ya sea despotismo militar, administración burocrática o contrato social)». F. BRAHAMI, «Introduction», en *Incidences. L'énigme du régime: institution et rupture du politique*, núm. 7, Paris, Le Félin, 2011, p. 11.

Libia), locales (el morabritismo en Costa de Marfil) o incluso étnicos (como en el caso de la República Democrática del Congo). La política no está en tensión con la naturaleza y la violencia del no-derecho, sino con las identidades religiosas o los vínculos prepolíticos. Este es el motivo de que sean en realidad estos últimos los que reaparecen.

Conjuro o transformación de la violencia vengadora

La idea de una transformación de la violencia como garantía de la paz está inscrita en la propia arquitectura de la Corte Constitucional de Sudáfrica. Construida bajo la inspiración de Albie Sachs, ha decidido encajar sus muros dentro de los de una prisión; pero no de cualquiera sino de las que encarcelaron a Nelson Mandela o a Gandhi. El recuerdo de esta prisión produce el efecto de un juramento colectivo. El compromiso solemne de no caer en los horrores de la represión colonial o del *apartheid* grabado en piedra.

Mientras todo el mundo esperaba un baño de sangre en Sudáfrica, la sabiduría de un Nelson Mandela consistió en renunciar a las armas y aceptar la negociación. Si bien hubiera podido vengar los malos tratos sufridos en las cárceles del *apartheid*, hizo del penal de Roben Island un lugar de memoria. La violencia a la que hay que poner fin no es de cualquier tipo: se trata de la venganza, es decir, de una réplica que se arriesga a inclinarse a uno u otro lado en una violencia infinita¹⁶. Lo propio de la justicia es cerrar un ciclo, el de los Atridas, es decir, acabar con una espiral infernal a través de la fundación de una nueva institución.

290

La inclusión lleva a considerar la justicia transicional no de manera lineal como una simple *juxtaposición* de la injusticia y de la justicia sino como una *conversión* de una amenaza terrible de venganza en una garantía para los acuerdos civiles.

¿Puede tener relación con el tema de la fragilidad que se instala a inicios del siglo XXI? El peligro de extinción de la tierra, la vulnerabilidad del hombre,

¹⁶ Recuerda a los análisis de R. GIRARD en *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972. (*La violencia y lo sagrado*, Barcelona, Anagrama, 2005).

la fragilidad de las instituciones. Además, en esta corte sudafricana actúa un juez aquejado por el virus del VIH; ciertamente es algo que no se ve pero que expresa bien este mismo espíritu.

Esforzarse en ser justo es librarse de la tentación permanente de sustituir a las víctimas para vengarlas, alimentando así el ciclo de la violencia. Este enfoque permite comprender la justicia transicional como un conjuro permanente que no *replica* sino que *convierte*. Y, al hacerlo, escapa al riesgo de preparar la guerra más que la paz. Se trata de una manera de *ligar* el pasado y el futuro y, por ello, de entrar en la densidad del tiempo político. Es también una manera de abordar la justicia según un esquema temporal, de *temporalizar* la justicia de algún modo.

Albie Sachs ha recordado la lección de Esquilo. La asociación del símbolo de la injusticia en el corazón de la justicia nos lleva a una significación central pero olvidada de la justicia, una significación presente desde el mito fundador de la trilogía de Esquilo. «Las Erinias duermen, el crimen las despierta», dice Hegel. Lo que desvelan las Erinias es que la violencia está siempre presente, que no se puede eliminar, y que hay por tanto que pensar la justicia con la violencia, en relación con la violencia—lo que aquí queremos hacer— y no de manera *divergente*.

El caso de Alemania es ejemplar a este respecto. La monstruosidad de los crímenes del nazismo se tradujo en una Constitución que colocó en lo más alto la dignidad humana. La reunificación fue acompañada de una declaración oficial que reconocía la responsabilidad de todos los alemanes en el nazismo y afirmaba el peso del pasado en la constitución de un futuro nacional común. Se puede decir que aquel horror continúa vigente en positivo y da a este gran país la energía de su renacimiento.

Una refundación en una violencia por procuración

La violencia, invocada para ser conjurada, proporciona la fuerza necesaria a la refundación. Se sabe que no hay fundación sin violencia, pero en el caso de la justicia transicional, es indirecta: no basta la autoridad directamente en una fuerza transformada en autoridad al cabo del tiempo, sino a partir de un rechazo común de los crímenes del pasado. Un desvío de la violencia, si se quiere, o una violencia que no cumple el papel habitual: mientras que en la conquis-

ta produce de modo directo un Estado, en la justicia transicional lo produce *a contrario*, por su rechazo. Con ello, la justicia transicional desempeña una tarea auténticamente política. «El primado de la política –dice en efecto Pierre Hassner–, impugnado por los hechos, no deja de resucitar en particular en relación con la violencia física, económica o ideológica. La esencia de la política no consiste en suprimir la fuerza sino en domesticarla para utilizarla en su propia negación»¹⁷.

Ni inicio absoluto, *ex nihilo*, ni reinicio que reanuda las cosas; la justicia se plantea como una regeneración que pasa por el recuerdo de la injusticia como degeneración. Esta transformación pasa por el recuerdo, pero un recuerdo activo que no es el de la memoria feliz. Es el de la memoria viva, una memoria que no es patológica sino que da profundidad al presente recordando lo que siempre podría volver a ocurrir.

El trabajo de memoria consiste entonces en convertir un acontecimiento en una norma, es decir, un hecho en un valor: es además la mayor apuesta de la justicia transicional. Tal conversión de un hecho en un valor solo puede ser obra de una narración. De ahí el parentesco entre la justicia y la narración: como la justicia transicional, el relato también asegura el vínculo entre el pasado que narra, su presente y el futuro que abre amortiguando el pasado, domesticándolo a través de las palabras. La justicia teje un lazo entre el horror del crimen y el presente; un presente dirigido hacia un futuro mejor, hacia un más allá. El pasado no vuelve a ser un síntoma que nos late en las sienes como en una terrible jaqueca: su poder es desactivado por un relato; más que esconder esta cárcel, signo de la infamia, celebrarla como el templo del nuevo pacto constitucional.

292

¿Un momento *entre la violencia y la paz* o la introyección de la fundación en lo ordinario?

Esta transformación del recuerdo del crimen en garantía de futuro ya no percibe la justicia transicional como una justicia extraordinaria y temporal, sino que considera que su horizonte es la integración en las instituciones habi-

¹⁷ P. HASSNER, «Préface», en *La politique. Les plus grands textes de Xénophon à Machiavel et Rawls*, Paris, CNRS éditions-Le Nouvel Observateur, collection «L'anthologie du savoir», 2012.

tuales y duraderas. Nos hace pasar de la pareja temporal transitorio/estable a una dialéctica *fundación/ordinario*. En un caso, la postransición sustituye definitivamente el estadio transicional, mientras que en el otro, hay una persistencia de la dialéctica *fundación/ejercicio* en el tiempo ordinario y para todas las democracias. Este nivel más profundo conserva los principales fundamentos de una ciudad política y, al hacerlo, asegura la regeneración permanente. La justicia se plantea no solo como un estado –garantizado por ejemplo por un edificio de normas–, sino también como *voluntad*, y como voluntad permanente, continuada, de alejarse de un pasado que siempre puede regresar.

El espacio puesto al descubierto por la justicia transicional marca la diferencia entre la política (el femenino designa un cierto «politiquear») y lo político (el neutro designa un nivel más profundo). La articulación de estos dos niveles no es peculiar de los países en transición y continúa vigente en la vida ordinaria de nuestras democracias aunque no nos demos cuenta. La pirámide normativa sintetizada por Hans Kelsen ha borrado, a causa de su geometría positivista, este espacio en dos dimensiones. La justicia transicional nos informa pues sobre la vida de nuestras democracias: no es un tema para los otros, para quienes salen de un periodo de violencias, sino una *nueva manera de pensar* (de ver, en el sentido más auténtico de la palabra) la democracia. La justicia se convierte en una nueva dimensión –y no un simple atributo– de la soberanía.

293

Esta perspectiva pone de relieve la comunidad de destino de toda democracia, ya sea joven o antigua. El enfoque que se acaba de desarrollar concluye *in fine* en que todas las democracias actuales están siempre un poco en transición, es decir, en un esfuerzo no solo de perfeccionamiento permanente sino también de protección contra una barbarie que algún día puede volver y de la que ninguna democracia puede jactarse de estar definitivamente a salvo¹⁸.

En este nivel más alto, los *transitional studies* dejan de limitarse al simple análisis instrumental de la eficacia de los mecanismos puestos en marcha y contribuyen a una mejor comprensión de nuestras instituciones y de lo político. Estos debates sacan a la luz los fundamentos ocultos por siglos de democracia (y de buena conciencia).

¹⁸ Como atestigua la propuesta de un senador demócrata de instaurar una Comisión de la Verdad y Reconciliación para cerrar el capítulo oscuro de la tortura por parte del ejército americano.

Una puesta en escena del pasado para representar el futuro

La justicia de transición tiende así a ayudar a la creación o al reforzamiento de un Estado y de su sociedad por la adopción de mecanismos, de leyes y de instituciones muy concretas, aunque participa también de fenómenos más inmateriales, de un imaginario de la reconstrucción y de la reconciliación.

Las salas de audiencia y las comisiones ofrecen a la política *otro escenario* que da forma a la discordia, pone en palabras una violencia indecible y confiere un principio de realidad a la esperanza. Una realidad ciertamente imperfecta en cuanto limitada al perímetro de la sala, y sin embargo operante pues hace *imaginable* la justicia. He aquí su virtud. La justicia, por muy imperfecta que sea, franquea una etapa importante de la civilización pues ofrece el espectáculo de un mundo en paz, realiza ese recorrido esencial que traslada el conflicto armado –lo que los griegos llamaban *polemos*– a una disputa de argumentos, a un torneo oratorio: el *agon*. Aunque todavía se trate de un espectáculo, resulta esencial, ya que, al atreverse a dar una primera forma al mundo que sueña, lo hace posible, lo hace llegar y nos requiere en esta tarea. Toda puesta en escena supera la realidad que pretende representar: aquí residen tanto su magia como su fuerza pues deja a los espectadores una misión, la de hacerla realidad.

294

Durante las «Jornadas de consenso nacional», la Convención de la Sociedad Civil de Costa de Marfil (CSCI), a pesar de las tensiones, consiguió alumbrar un «consenso» sobre una lista de recomendaciones relativas a la reconstrucción y el «renacimiento» del país. Pero más allá del contenido de estas recomendaciones, el diálogo y el proceso de toma de decisiones es el que marca el éxito de las jornadas¹⁹. Fundamentan la creación de un espacio público abierto, de un diálogo democrático más sosegado y constructivo, que, al negociar la «reconciliación», se interrogó sobre la identidad costamarfileña, sobre la relación con la tierra y con lo sagrado, y, de hecho, discutió sobre los fundamentos de un nuevo pacto político y de un nuevo «contrato social». No se trata de alentar una visión apacible del cuerpo social ocultando la verdad de las divisiones y los rencores, sino de crear vínculos cuya expresión pública es enmarcada y temporalizada.

¹⁹ Véase a este propósito K. ANDRIEU, «La société civile ivoirienne sur la voie du dialogue», nota consultable en la página web del IHEJ («www.ijeh.org»).

La comparación entre Colombia y la República Democrática del Congo²⁰ es ilustrativa. En el primer caso, la ley, aunque imperfecta, es ampliamente reconocida como legítima. Colombia se presenta como un país muy formalista. Muchas de las expropiaciones forzosas han tomado la forma de transacciones inscritas con vicios de consentimiento, uso de testafierros, incumplimiento de obligaciones fiscales o contratos artificiales que encubren verdaderos contratos ocultos. Esta fuerte institucionalización se proyecta en la movilización de la sociedad civil que se organiza reivindicando derechos que a veces conoce mejor que los funcionarios poco formados. En la República Democrática del Congo, como en otros países africanos, las prerrogativas territoriales entre Estado, comunas, provincias, etc., están muy embrolladas. No es fácil saber quién define la norma. Además, la legitimidad del legislador, del Parlamento, está muy deteriorada. Los contactos con los agentes del Estado son infrecuentes o incluso inexistentes en algunas regiones alejadas de la capital. Por ello, en los procesos de justicia de transición habría que contribuir al reforzamiento del Estado, aunque sin convertirlo en el único garante del proceso, con apoyo al entretejimiento de «contratos sociales» no solo a nivel micro o a través de proyectos a pequeña escala.

Este carácter temporal y excepcional permite a la justicia de transición desmarcarse tomando de los usos antiguos y tradicionales las soluciones a las insuficiencias de la justicia ordinaria. Uno de estos casos es Ruanda con la puesta en marcha de los *Gacaca*, los «tribunales de la hierba». Si hubiera que valorar esta forma de justicia únicamente sobre la base de los criterios habituales de la justicia ordinaria, parecería fuertemente insatisfactoria puesto que recurre a otros medios. Pero este enfoque sería erróneo ya que los *Gacaca* han sido creados porque la justicia ordinaria estaba desbordada y no era apta para juzgar un gran número de supuestos. No puede ser la causa, por sus deficiencias, de la creación de una forma parajudicial y, a la vez, el único juez, salvo si consideramos el proceso como una simple «subjusticia» o una «justicia en rebeldía», cosa que no es. La dimensión participativa de los *Gacaca* resulta particularmente adaptable a la dimensión «participativa» del genocidio, que se desarrolló a la luz del día y con la adhesión de la mayor parte de la población. En muchos aspectos el proceso es criticable y no ha alcanzado forzosamente todos sus objetivos de

²⁰ Sesión del 24 de septiembre de 2012 («*Justice transitionnelle et aide au développement*»).

partida. Pero teniendo en cuenta la solución ruandesa, sería vano ver en los *Gacaca* un modelo de justicia de transición trasladable a otros lugares. La justicia de transición es la justicia de un tiempo y de una situación particular *que debe estar abierta a experimentaciones y no asfixiada por los modelos*.

Por tanto, estas formas parajudiciales no deben representar una alternativa duradera ni pasar por la prueba de la «inconsistencia» de la justicia ordinaria. Tampoco deben captar toda la atención a costa de la reconstrucción de las instituciones judiciales nacionales. Incluso cuando la justicia de transición crea formas extraordinarias de jurisdicción, a fin de cuentas prepara la adopción o la vuelta a una justicia ordinaria.

Esta reorganización, esta puesta en escena de un nuevo pacto político a través de los mecanismos de la justicia transicional, participa de la reconstrucción interna del Estado, mientras que la colaboración con jurisdicciones internacionales, mediante el principio de complementariedad, como en el caso del Tribunal Penal Internacional, contribuye a la rehabilitación exterior del Estado a nivel internacional.

La concepción de la justicia reconstitutiva hace palidecer, según vemos, una distinción demasiado tajante entre ellos y nosotros, entre los países que salen de un periodo de violencias masivas y los otros, pues casi todos han de enfrentarse a esta dimensión que puede ser más o menos rechazada. También se supera así la separación entre tiempos ordinarios y tiempos extraordinarios en la vida democrática. Por ello debe ser pensada como tal. Si bien se distingue tradicionalmente, siguiendo a Aristóteles, entre justicia distributiva y justicia correctiva, nuestra modernidad, expresada negativamente por esta nueva forma de violencia que pone de manifiesto un derrumbe político, invita quizá a añadir una tercera categoría, cuya tarea no consiste en repartir equitativamente las riquezas, los estatus y los honores, ni en corregir los desórdenes y las infracciones, sino en reconstituir una ciudad política herida por los crímenes masivos.