



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

***LA PAZ DESPUÉS DEL DOLOR: EL PERDÓN EN EL PROCESO DE
JUSTICIA RESTAURATIVA SUDAFRICANO***

Autor: Luciana C. Tapia Rattaro

Legajo: 29158

Mentor: Julio César Rivera (h.)

Buenos Aires, 27 de julio de 2022

A mis padres, quienes me enseñaron que el mundo solo es posible con bondad;

A mi hermana, por su dualidad y complementariedad, quien reivindica la paz;

A la Universidad de San Andrés, mi alma mater, y a sus profesores, por abrirme las puertas a un hogar y reforzar mi amor por la justicia y el derecho;

A Sergio y Juan Ignacio por confiar y apoyar un sueño;

A Julio, mi mentor, por sus persistentes enseñanzas sobre la libertad;

A mis amigas, por enseñarme el valor del perdón;

A mi ciudad, San Juan, por las raíces que construyen mi pasión por la comunidad; y

Al mundo, que nos permite convertir nuestro dolor en humanidad.



Universidad de
San Andrés

RESUMEN

Tras el dolor de una nación por un Estado de Derecho que permite el ejercicio indiscreto de abusos sobre su población, los Estados persiguen ciertas opciones en busca de frenar con tales sufrimientos. Si bien no existe una respuesta que evoque un camino unívoco a seguir, las opciones de perdón se encuentran a menudo bajo escrutinio estricto. La presente tesis tiene como objeto el desarrollo de una crítica a favor de una órbita de discrecionalidad de los países en los procesos de justicia transicional. En particular, sobre cómo el proceso sudafricano post-apartheid, en el que primó el perdón, y permitió la reconstrucción de la sociedad de forma colectiva. Las comisiones de verdad y las amnistías utilizadas por Sudáfrica son métodos de justicia relacionados entre sí como métodos que promuevan la reconciliación en conjunto. En este sentido, en el caso sudafricano, el perdón en sus diversas formas se constituyó como un elemento vital para la reconstrucción social en el proceso de restablecimiento de verdad.



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

i. Introducción	6
ii. Obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional	8
a) Las obligaciones de los Estados de investigar, perseguir y sancionar.....	8
<i>i. Marco general</i>	8
b) La obligación estatal de no discriminar.....	12
<i>i. Marco general: la protección de los derechos colectivos y de un grupo de individuos</i>	12
<i>ii. Instrumentos de derecho internacional</i>	12
II. Nociones generales sobre la justicia restaurativa	15
a) El perdón: nociones generales	19
<i>I. Dimensión religiosa del perdón</i>	19
<i>ii. Dimensión ética del perdón</i>	20
<i>iii. Dimensión jurídica del perdón</i>	22
iii.1. El perdón en casos de justicia transicional.....	23
iii.1.a. Amnistías.....	25
iii.1.b. Comisiones de verdad	26
b) Críticas al ejercicio del perdón	27
iv. El proceso de justicia restaurativa de Sudáfrica	30
a) Hechos.....	30
b) Reflexiones sobre el proceso sudafricano y el rol del perdón	36
<i>i. El proceso sudafricano y los estándares de derecho internacional</i>	36
<i>ii. El ejercicio del perdón como herramienta de reconstrucción pacífica</i>	40
V. Conclusiones	44
VI. Bibliografía	46

“Nosotros, el pueblo de Sudáfrica,

Reconocemos las injusticias de nuestro pasado;

Honramos a aquellos que sufrieron por la justicia y la libertad en nuestra tierra;

Respetamos a aquellos que trabajaron y desarrollaron nuestra nación; y

Creemos que Sudáfrica le pertenece a todo el que viva en ella, unidos en nuestra diversidad.”

“We, the people of South Africa,

Recognise the injustices of our past;

Honour those who suffered for justice and freedom in our land;

Respect those who have worked to build and develop our country; and

Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity.”

- Preámbulo de la Constitución Sudafricana, 1996.

Universidad de
San Andrés

i. Introducción

El perdón, sagrada herencia judeo cristiana, ciertamente, cautiva la atención y genera perplejidad. Perdonar resulta ser algo que ocurre en una esfera personal, íntima. No obstante ello, son diversos los interrogantes morales y jurídicos sobre su ejercicio, tales como ¿el ejercicio del perdón debe trascender el marco de esfera individual?; ¿las instituciones políticas y sociales de un país deben ser capaces de perdonar?; ¿corresponde promover el perdón entre individuos?; ¿todo crimen o atrocidad debería ser susceptible de ser perdonado? A los efectos de cumplir con los estándares de justicia internacional, ¿deberían las instituciones internacionales tener en consideración las comisiones de verdad, las amnistías y otras alternativas distintas a la persecución penal como respuestas satisfactorias de los crímenes del pasado?

Todas estas preguntas devienen inherentes cuando pensamos en el perdón como una herramienta de construcción social.

Tras una guerra civil, una atrocidad masiva o el regreso a un proceso democrático, las naciones se encuentran ante un momento crítico para reconstruir la verdad y buscar responsabilidad por los crímenes cometidos. Este proceso, que persigue un determinado país, puede estar orientado hacia la búsqueda de la verdad y la justicia, hacia la reconstrucción comunitaria del pasado, o inclusive hasta amnistiar los crimines. Este conjunto de medidas políticas y jurídicas es lo que denominamos hoy como el campo de justicia transicional. No necesariamente todos los procesos de justicia restaurativa contemplan esos fines. Los procesos de justicia son complejos porque no existe una regla universal que se adapte a cada situación. El patrón en común de los procesos de justicia es la violación de derechos humanos y la miseria humana. No obstante, la forma en la que una nación renace luego de este acontecimiento es una experiencia colectiva que depende de la historia de cada una de estas sociedades. En este sentido, las formas de perdonar de cada sociedad también dependen de la estructura identitaria que cada una de ellas posea.

En el siglo XX, los procesos de justicia transicional o restaurativa escalonaron de forma exponencial alrededor del mundo. Desde los gobiernos militares en Latinoamérica, los juicios de Nuremberg y de Tokio post segunda guerra, hasta la (re) construcción de sociedades democráticas en África. Ya veinte años de su comienzo, consideramos de especial interés el estudio de las particularidades del caso de reconstrucción social sudafricano, a través del derecho.

Una vez que Nelson Mandela llega al poder en 1994, establece la Comisión por la Verdad y Reconciliación (TRC por sus siglas en inglés)¹. La TRC fue establecida luego de la abolición del sistema de apartheid, una política social basada en la discriminación y represión racial hacia la población. La Comisión tenía dos objetivos principales: la reconstrucción de los hechos ocurridos, es decir, la verdad, y la reconciliación de la sociedad sudafricana. La relevancia de la investigación de los procesos transicionales y el rol de la figura del perdón en relación con estos constituye un lente diferente a través del cual enfrentar los horrores del pasado. El perdón aparece como una herramienta en estos procesos en búsqueda de un beneficio colectivo. En Sudáfrica, el perdón fue plasmado a través de una comisión de verdad y amnistías en aras del beneficio de la sociedad. Contrario a una idea errónea de que las amnistías perpetúan la impunidad, en el país africano brindaron una oportunidad a una sociedad insurgente.

La comisión creó un ambiente, tanto para las víctimas como para los perpetradores, para compartir su historia en un régimen de sistemáticos abusos a los derechos humanos. Uno de los puntos principales del proceso fue la posibilidad de ejercer el perdón. Debía existir una posibilidad de perdonar y ser perdonado para que existiera una verdadera reconciliación entre victimarios y víctimas. Los líderes del momento compartían una idea de que estas experiencias eran vitales para la reconstrucción de la sociedad sudafricana. Consecuentemente, debían ser contadas y escuchadas, no podían permanecer en la oscuridad del silencio. Ante este panorama, nos confrontamos con un caso que puso en pugna las formas tradicionales de justicia acusatoria, penal y procesal, normalmente adoptadas por tribunales penales internacionales.

En efecto, la relevancia de la investigación de los procesos transicionales y el cómo juega la figura del perdón en relación con estos, constituye un lente diferente a través del cual enfrentar los horrores del pasado. El perdón aparece como una herramienta para estos procesos en búsqueda de un beneficio colectivo. Es en aras del beneficio de la sociedad por la cual las incógnitas sobre estos temas tienen espacio para desarrollarse.

El objetivo de la presente tesis es argumentar que el perdón es una herramienta esencial para la reconstrucción de la sociedad y el derecho, en el plano local como internacional, no debe ser ajeno a ella. En particular, cómo el proceso de justicia restaurativa de Sudáfrica ha logrado soluciones orgánicas a los fines de la reconstrucción social en su caso concreto.

¹ Utilizaremos “TRC” y “Comisión” como sinónimos de “Comisión por la Verdad y Reconciliación”.

El trabajo se estructurará en tres partes. En primer lugar, desarrollaremos sobre las obligaciones bajo de los Estados el Derecho Internacional en relación con la investigación, persecución y sanción de delitos, como la obligación específica de no discriminar. En segundo lugar, desarrollaremos sobre las nociones generales de justicia transicional,² Dentro de esta sección, profundizaremos sobre las tres dimensiones del ejercicio del perdón: jurídica, religiosa y ética. Luego, en mayor abundamiento, sobre el perdón dentro del marco de los procesos de justicia restaurativa y su ejercicio específico mediante comisiones y amnistías. Por último, sobre las críticas del perdón. En tercer lugar, desarrollaremos el proceso de justicia restaurativa de Sudáfrica, sus hechos y un análisis de los acontecimientos. Así es como el trabajo presentará una reflexión sobre el proceso sudafricano y los estándares de derecho internacional, y por último sobre el perdón como herramienta de reconstrucción pacífica.

ii. Obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional

Ante el desarrollo inminente de crímenes y atrocidades en los Estados perpetrados por estos y sus ciudadanos, existen ciertas obligaciones que la comunidad internacional estableció en miras de su prevención, disuasión y castigo.

En esta sección, desarrollaremos sobre este marco jurídico de las obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional ante la comisión de atrocidades masivas bajo su jurisdicción. Estas obligaciones se dividirán en dos áreas: (i) las obligaciones de los Estados de investigar perseguir y sancionar los crímenes cometidos en sus territorios; y (ii) la obligación de los Estados de no discriminar contemplada en diversos instrumentos internacionales.

a) Las obligaciones de los Estados de investigar, perseguir y sancionar

i. Marco general

Por un lado, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, "CPI") - que posteriormente entró en vigor en 2002- establece como bienes jurídicos protegidos a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. De allí se deriva la obligación de los Estados de poner fin a la impunidad de los crímenes que amenazan estos valores internacionales.

El Estatuto de Roma puede ejercer su jurisdicción sobre individuos (art. 25 (1)) y la competencia de la Corte se limita al genocidio (art. 6), a los crímenes de lesa humanidad- dentro del cual se encuentran el crimen de apartheid- (art. 7), crímenes de

² En el presente trabajo, utilizaremos los términos "justicia transicional" y "justicia restaurativa" indistintamente.

guerra (art. 8), y el crimen de agresión (art. 8 bis). Asimismo, la Corte tiene competencia para los delitos dolosos contra la administración de justicia tipificados en el (art. 70). La competencia de la corte, bajo los principios de territorialidad y nacionalidad activa, tiene competencia sobre los crímenes cometidos por nacionales de un Estado parte (12(2.b)), crímenes cometidos sobre un territorio de un Estado parte e (12(2.a)), Nacionales de un Estado que, aun no siendo Parte, deposita una declaración *ad hoc* de consentimiento para que la Corte conozca de una situación definida en la declaración, y o en una situación se haga referencia a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

No obstante, para ejercer su competencia, deben darse ciertos elementos que habiliten la jurisdicción de la CPI. Puesto que el diseño jurisdiccional se vertebra en dos pilares: las reglas de atribución de competencia y el principio de complementariedad con las jurisdicciones de los Estados Parte.

El principio de complementariedad es la piedra angular de la arquitectura jurisdiccional de la Corte Penal Internacional. Las reglas de atribución de se someten en última instancia a este principio rector y fundamental de la institución. Este principio establece que las jurisdicciones nacionales tienen el derecho y la responsabilidad de investigar y enjuiciar en primer lugar los crímenes internacionales de competencia de la Corte. La CPI sólo podrá ejercer su jurisdicción cuando las jurisdicciones domésticas no ejerzan su jurisdicción, puesto que estas tienen primacía para juzgar. El no ejercicio de la jurisdicción puede ser por no existir intención de hacerlo o imposibilidad fáctica de hacerlo.

Por otro lado, En el plano internacional, los Estados tienen la obligación de respetar proteger los derechos humanos de sus ciudadanos. Las víctimas de violaciones de derechos humanos consagran el derecho a interponer recursos efectivos conforme al artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y diversos instrumentos internacionales. De forma específica, este derecho se encuentra consagrado en:

- a. el artículo 3 del Convenio de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (1907);
- b. el artículo 91 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra el 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I);
- c. el artículo 75 del Estatuto de Roma de la CPI;
- d. el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

- e. el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- f. el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- g. el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y
- h. el artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La obligación de acceso efectivo a la justicia implica diversos elementos: (i) establecer los hechos de las atrocidades ocurridas; (ii) la investigación de las violaciones de derecho cometidas y eventual persecución de los victimarios en caso de reunirse las pruebas suficientes; (iii) la plena y efectiva reparación a las víctimas y/o sus familiares³.

Asimismo, en el año 2005, la Asamblea General de la ONU aprobó la Resolución 60/147 mediante la cual se adoptó y aprobó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (en adelante, los “Principios”). El objeto de aplicación de los Principios es a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y a las graves violaciones del derecho internacional humanitario. La creación de un documento semejante se explica por el avasallante efecto en la dignidad humana que implica una violación de las obligaciones de los Estados hacia sus ciudadanos en la materia.

Los Principios establecen la obligación de respetar, asegurar su respeto y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Esta obligación deriva de (i) los tratados en los que un Estado sea parte; (ii) el derecho internacional consuetudinario; y (iii) el derecho interno de cada Estado. En este sentido, el Principio N°3 remarca que ante:

los casos de violaciones manifiestas (...) que constituy[an] crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Además, en estos casos los Estados deberán, en conformidad con el derecho internacional, cooperar mutuamente y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar tales violaciones y enjuiciar a los responsables (...) Con tal fin, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados incorporarán o aplicarán

³ Amnistía Internacional, *Verdad, Justicia y Reparación: Creación de una comisión de la verdad efectiva* (POL 30/009/2007, 2007), 7, <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/08/pol300092007es.pdf>

de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal. Además, cuando así lo disponga un tratado aplicable o lo exija otra obligación jurídica internacional, los Estados deberán facilitar la extradición o entrega de los culpables a otros Estados y a los órganos judiciales internacionales competentes y prestar asistencia judicial y otras formas de cooperación para la administración de la justicia internacional, en particular asistencia y protección a las víctimas y a los testigos (...).

Por otro lado, el Principio N° 11 remarca el derecho de las víctimas a disponer de recursos judiciales efectivos. En particular, establece el derecho al igual acceso y efectivo a la justicia; reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

Las reparaciones pueden tomar cinco formas distintas. Estas son (i) la restitución; (ii) la rehabilitación; (iii) la indemnización; (iv) la satisfacción; y (v) las garantías de no repetición.

Estas formas, si bien aspiran hacia el mismo fin, presentan diferencias sustanciales. La restitución ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. Sin embargo, no siempre es posible devolver a la víctima a una situación *ex ante* violación.

La restitución, por otro lado, comprende el restablecimiento de la libertad como del disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

La indemnización debe ser otorgada de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y depende de la casuística. A la luz de las particularidades de cada caso, la rehabilitación incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

Por último, la satisfacción es un método de mayor complejidad. Ello en tanto, según el Principio mencionado, ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: a) medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; b) la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad (...); (c) la búsqueda de las personas y niños desaparecidos; d) una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; (e) una disculpa pública (...); f) la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las

violaciones; g) conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas (...).

Por último, el Principio N° 23 establece los requisitos que deben tener las garantías de no repetición que puede incluir desde (a) el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; b) la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; c) el fortalecimiento de la independencia del poder judicial, la educación y la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.⁴

b) La obligación estatal de no discriminar

i. *Marco general: la protección de los derechos colectivos y de un grupo de individuos*

En el plano internacional, desde 1945, la protección individual de los derechos humanos ha sido el foco principal. Un ejemplo de esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos. No obstante, Según Malcolm Shaw, en los últimos años, los derechos colectivos obtuvieron mayor atención. La distinción no siempre es clara, asimismo, dentro del espectro de los derechos colectivo, se encuentra el derecho a la autodeterminación, o la protección física de los grupos como la prohibición del genocidio. Mientras que, por otro lado, hay derechos que son puramente individuales, como el derecho a la vida, o la libertad de expresión⁵.

ii. *Instrumentos de derecho internacional*

Luego de la Segunda Guerra Mundial, son diversos los instrumentos que remarcan las obligaciones de los Estados por el respeto de los derechos colectivos de sus ciudadanos. De forma más particular, la obligación de no discriminar dentro de su jurisdicción.

Para comenzar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 mediante la Resolución 217 A (III). Este documento representa un ideal común para todas las naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo.

En particular, el art. 2 de la Declaración establece:

⁴ Así es estipulado en los Principios N° 19 a 23.

⁵Malcom N. Shaw, *International Law* (Cambridge: Cambridge University Pres, 2017), Eight Edition, 221.

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

En este mismo sentido, el art. 7 de la Declaración reza la igualdad ante la ley, sin distinción; el derecho a igual protección de la ley; y el derecho a igual protección contra toda discriminación.

De forma complementaria, en 1965 se firma la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Mediante este instrumento, se remarca la prohibición de discriminar. Esta constituye un principio relevante tanto para los grupos como sujetos de derecho, como a los individuos miembros de los grupos.

La Convención, en su artículo primero, define la discriminación racial como

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

El art. 3 de la Convención condena, especialmente, la segregación racial y el apartheid. Establece, también, la obligación de los estados a prevenir, prohibir y eliminar todas las practicas semejantes.

Por otro lado, complementario a la Convención, bajo una interpretación *inter alias* del artículo 55⁶ y 56⁷ de la Carta de Naciones Unidas, como el art. 2 y 7 de la Declaración

⁶ En particular, el artículo reza: Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

⁷ El artículo 56, por su parte, sostiene que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

Universal de los Derechos Humanos, fundamentan que la discriminación por razones raciales es violatoria al derecho consuetudinario internacional⁸.

Asimismo, estas obligaciones son recalculadas nuevamente en el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los Estados Parte se comprometen a respetar y garantizar a todas las personas dentro de sus territorios y dentro de sus jurisdicciones los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición. Nuevamente, el artículo 26 establece que todas las personas son iguales ante la ley y, por lo tanto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

De manera más específica, el 30 de noviembre de 1973, la Asamblea General aprobó la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid dispositivo que entró en vigor el 18 de julio de 1976. En este instrumento cataloga al Apartheid como un crimen de lesa humanidad⁹. El fin de esta Convención era el reproche y la sanción por parte de la comunidad internacional al régimen en Sudáfrica. Así es como la Convención, en su artículo 2, define al crimen de apartheid de manera tal que incluye

(...) las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotarán los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona: i) mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales; ii) mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles,

⁸ Shaw, *International Law*, 222.

⁹ Así lo contempla el artículo primero de la Convención en tanto sostiene que Los Estados Partes declaran que el apartheid es un crimen de lesa humanidad y que los actos inhumanos que resultan de las políticas y prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial que se definen en el artículo II de la presente Convención son crímenes que violan los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y que constituyen una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales.

inhumanos o degradantes; iii) mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos (...), el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

d) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

Asimismo, tres años después de la entrada en vigor de la Convención, el Apartheid como crimen fue catalogado en el “Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949” como una infracción grave al protocolo. No obstante, la construcción de la redacción del delito quedo sustancialmente reducida a los conceptos de “prácticas inhumanas” y “discriminación racial”.

En 1998, con la redacción del Estatuto de Roma calificó al delito de apartheid como un crimen lesa humanidad. Mediante dicha redacción, se habilitó la competencia de la CPI en la materia.

El principio de complementariedad de la CPI es pensado bajo una lógica para articular la soberanía estatal y la obligación de poner fin a la impunidad de las violaciones de derechos humanos en resguardo de los valores del Estatuto de Roma: la seguridad, la paz y el bienestar de la humanidad. No obstante, como desarrollaremos en el capítulo “El proceso sudafricano y los estándares de derecho internacional” (iv.b. i.), esta postura no presenta tanto conceso.

II. Nociones generales sobre la justicia restaurativa

Luego de alcanzar la transición hacia un gobierno democrático, las sociedades deben tomar la decisión sobre cómo proceder. La pregunta se dirige hacia cómo lidiar con las

atrocidades del pasado. Los caminos se dispersan en si enjuiciar, castigar, olvidar o perdonar; y un tanto divaga entre si es lo moralmente correcto o, incluso, si es posible jurídicamente.

Perdonar pareciese ser un accionar bíblico. El perdón en casos de crímenes puede trazarse incluso durante los levantamientos en la antigua Atenas. Jon Elster relata sobre juicios dos mil años atrás. Gary Bass, por otro lado, con una visión más moderna habla de tribunales de guerra hace doscientos años.¹⁰ Países tan variados como Argentina, Chile, Corea del Sur, Brasil, Guatemala, Uganda, Filipinas, Polonia y Checoslovaquia, entre otros, se enfrentaron a las mismas preguntas al moverse de un esquema dictatorial.¹¹

En la Alemania de post guerra, los juicios de Nuremberg, y la forma en la cual los países como España, Grecia y Argentina decidieron enfrentarse a sus conflictos internos dieron un paso elemental para la construcción del marco académico de la justicia transicional. Para ese entonces, ya contábamos con la presencia del término “justicia transicional”. No obstante, no existía un marco intelectual previamente presente.¹² Se podría estimar que la Conferencia del *Aspen Institute* de 1988 fue la piedra que permitió unificar contenidos conceptuales en la materia en tanto reunió activistas, filósofos y expertos legales de distintos y diversos países del globo como Argentina, Uganda y Corea del Sur.

En este sentido, el campo de estudio de la justicia restaurativa es relativamente nuevo. El análisis del comportamiento social y de su ordenamiento jurídico tras una atrocidad masiva es identificado por distintos académicos como justicia transicional. Recién a fines de los 80s, mediados de los 90, comenzó el periodo en el cual, el campo empezó a surgir como lo conocemos hoy.¹³ Esto implica que una materia que presenta todavía caminos sin recorrer y cuya critica muchas veces pareciera ser apresurada.

En este sentido, autores como Hazan insisten con la falta de trabajos en la literatura que evalúen empíricamente el *modus operandi* de los casos de justicia transicional, como

¹⁰ Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals* (2000); Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (2004) citados por Arthur Paige, “How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice”, *Human Rights Quarterly, The Johns Hopkins University Press* 31, no. 2 (May 2009): 326.

¹¹ Lawrence Weschler, Afterword, in *State Crimes: Punishment or Pardon*, Justice and Society Program of the Aspen Institute, (1989) citado por Paige, “How “transitions” reshaped,” 322.

¹² Paige, “How “transitions” reshaped,” 328.

¹³ Paige, “How “transitions” reshaped,” 326 – 328.

de sus efectos son escasos.¹⁴ Ello se debe a los obstáculos metodológicos -como la dificultad de aislar variables o la vaguedad de los términos de análisis- y, el hecho que los debates dentro del campo de justicia transicional, en particularidad, sobre la persecución penal internacional, es un debate principalmente político¹⁵.

En esta misma línea, autores coinciden que, en el campo de la justicia transicional, una de las características más usuales del campo es la comparación.¹⁶ En la materia solemos enfrentarnos con una contraposición clásica entre la justicia y la verdad. En diferentes procesos, -a veces incluso de forma erróneo- se presentan como fuerzas opuestas que el precio de una es el costo de la otra. En consecuencia, ¿qué camino corresponde seguir?, ¿cuál es el costo de la decisión?, y ¿existe una única e inequívoca solución?

Minow insiste con que se pueden identificar cinco tipos de formas de llevar a cabo el proceso de justicia. La primera opción que presenta es que las naciones pueden dibujar una línea divisoria con el pasado; como segunda opción las comisiones para la clarificación de los hechos históricos; tercera, la investigación interna por parte de las organizaciones que formaron parte del proceso; cuarta, proyectos comunitarios; y quinta, comisiones para la reconstrucción de la verdad.¹⁷

Por otro lado, Nino establece que, a los efectos de afianzar la justicia y afrontar los delitos, existen en concreto tres diferentes alternativas. Estas son (i) el olvido, mediante una ley de amnistía o a través de la inacción. Es decir, dejar transcurrir el tiempo hasta que el tema se agotará en sí mismo, generalmente el proceso seguido en la mayoría de los países del mundo. (ii) el procesamiento de absolutamente todos los que pudieran resultar imputados. Según el jurista, no existía ni existe ninguna nación donde se haya seguido dicho camino. Y (iii) la condena de los principales actores, por su responsabilidad de mando, para quebrar para siempre la norma no escrita, pero hasta ese momento vigente en nuestro país, de que el crimen de Estado quedara impune o fuera amnistiado.¹⁸

¹⁴ Pierre Hazan, "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice", *International Review of the Red Cross*, 88 no. 851, (March 2006): 22.

¹⁵ Hazan, "Measuring the impact," 22.

¹⁶ Paige, "How "transitions" reshaped," 326 – 328; y Martha Minow, *When Should Law Forgive?* (New York: W. W. Norton Company, 2019).

¹⁷ Minow, *When Should Law*, 11.

¹⁸ Carlos Nino, *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, traducido por Martín Böhmer (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013) 16.

El olvido, ya sea mediante una ley de amnistía o a través de la inacción, tiende a ser la opción más habitual, como fue el caso de los procesos de España, Chile y Uruguay. En España, con el proceso de negociación de apertura política tras el régimen franquista, Adolfo Suarez prometió no llevar adelante ninguna persecución con funcionarios franquistas acusados de corrupción, ni personal policial o militar.¹⁹ En esta misma línea, el gobierno de Suarez sancionó una amnistía general para los delitos políticos de 1977. Los delitos cubiertos por esta amnistía eran aquellos por los que eran acusados los miembros de la oposición y, a su vez, las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por funcionarios estatales.²⁰ En Uruguay, una semana posterior a asumir el poder, el aquel entonces presidente Sanguinetti otorgó amnistías a todos los presos políticos. No obstante, excluyó a los miembros de las FFAA que hubieran violado derechos humanos. Recién en 1986 fue cuando el partido presidencial propuso amnistías para los militares, pero fracasó. Así fue como en 1989, tras activismo por las víctimas y sus familias, fue que se sometió a plebiscito. El 80% de la población acudió a votar y los resultados eran tales que el 53% de la gente votó en favor de mantener la ley de amnistía, mientras que el 41% votó por derogarla.²¹ Chile, por otro lado, el mismo régimen dictatorial emitió una ley de autoamnistía en 1978. Pinochet, incluso luego de dejar el poder, siguió presionando a favor de las amnistías en general.²²

Otro de los caminos es el perdón a cambio de un elemento como la verdad. Esta es una experiencia compartida tanto en Sudáfrica, como Colombia. En el caso colombiano, entre 2014 y 2016, Colombia negoció acuerdos de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). El acuerdo contemplaba el otorgamiento de amnistías por delitos políticos a los miembros de la FARC y a las tropas del Estado colombiano. Minow remarca que el este proceso optado por el país latinoamericano buscó mover el foco de la visión del pasado hacia el futuro, pero sin intenciones de eliminar el pasado.²³

Ahora, conforme a lo relatado, queda claro que no existe una vía inequívoca para las transiciones de justicia de las diversas sociedades. La alternativa de no recurrir a la persecución penal de los perpetuadores de crímenes es un camino recorrido por diversas naciones. La reconciliación mediante el perdón es una decisión domestica

¹⁹ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 71.

²⁰ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 71.

²¹ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 95-96

²² Nino, *Juicio al mal absoluto*, 99.

²³ Minow, *When Should Law*, 14.

dentro de cada comunidad que puede tomar distintas formas como desarrolláremos a continuación.

a) El perdón: nociones generales

Perdonar no es una situación ni sencilla, ni clara. Precisamente, porque no es posible pretender que el dolor de una nación, como el de sus habitantes, se extinguió cuando cesó el fuego.

El perdón, a su vez, es definido por Minow como una decisión consciente, deliberada, una decisión premeditada de renunciar a los motivos legítimos y agravio contra aquellos que cometieron un mal o daño.²⁴ El perdón, para la autora, en cierto sentido implica algo a cambio: la existencia de remordimiento. Desde una órbita personal el perdón implica dejar ir el resentimiento y la culpa. Es un cambio de actitud y de relación, no meramente renunciar a la autoridad de castigar.²⁵

La mera definición es problemática. Los interrogantes que surgen son diversos, en tanto ¿el perdón se ejerce desde una órbita individual o pueden los grupos o instituciones ser capaces de perdonar? ¿el perdón exige algo a cambio o es incondicionado?

A los fines de entender las incógnitas de la concepción del perdón resulta inminente tener presente las diversas dimensiones que presenta el concepto de perdón. Es decir, su dimensión jurídica, religiosa y ética.

1. Dimensión religiosa del perdón

Figuras como la tolerancia, la piedad y el perdón son conceptos predominantes en la filosofía y las tradiciones religiosas lo largo de la historia y la humanidad. Estos valores se repiten en diversos credos alrededor del mundo, Se encuentran presentes en el cristianismo, judaísmo, islam,²⁶ el budismo, hinduismo, la fe bahá'í, y en prácticas de pueblos nativos en Hawái, Nueva Zelanda, Sierra Leona y Canadá.²⁷

En este sentido, el perdón es parte de la cultura universal en gran parte del mundo, con semejanzas y diferencias. Bajo una lógica cristiana, el perdón debe ser otorgado a aquel arrepentido con sinceridad de su pecado. En el judaísmo, por otro lado, sólo la víctima

²⁴ Martha Minow, "Forgiveness, Law, and Justice," California Law Review 103, no. 6 (December 2015): 1618.

²⁵ Minow, "Forgiveness, Law," 1618.

²⁶ Amir Ali, *Forgiveness: The Importance of Forgiveness in Islam*, INST. ISLAMIC INFO. & EDUC, <http://www.iiie.net/index.php?q=node/52>, citado por Minow, "Forgiveness, Law," 1618.

²⁷ Minow, "Forgiveness, Law," 1620.

es agente suficiente para ejercer el perdón. Wiesenthal, sobre su análisis del perdón y su fe judía, concluye que el perdón se produce dentro del interior de las personas, que “representa despojarse de la sensación de dolor y, lo que es más importante, despojarse del papel de víctima”²⁸.

Las concepciones de perdón y las aproximaciones de los individuos sobre cómo ejercerlo son innatas a la humanidad en sí. Bajo distintos credos, muchas de estas concepciones fueron replicadas en las audiencias de la TRC, dónde al comienzo de las audiencias se procedió a rezar y también se escucharon las palabras que enfatizaban “una comisión o un gobierno no puede perdonar. Solo yo, eventualmente, podría y no estoy lista para hacerlo”²⁹.

ii. *Dimensión ética del perdón*

En segundo lugar, las dimensiones éticas que puede presentar el perdón son extensas, así también, duales. Las virtudes que presenta perdonar o facilitar los espacios de perdón también pueden ser consideradas como desventajas.

El perdón implica liberarnos del sufrimiento. Dejar ir el dolor a los fines de construir el futuro. Ahora, ¿todo mal o crimen debe o puede ser perdonado? ¿cómo construimos el futuro? ¿bajo qué concepciones construimos el pasado y el futuro?

Cierto es que el perdón y la reconciliación tienen límites. Para Kant, existe un imperativo categórico que obliga a todo sistema jurídico, sin importar sus consecuencias a la persecución de los crímenes cometidos. Estos límites, en este sentido, invocan hacia la pregunta de lo imperdonable bajo una lupa de “mal radical”. Para algunos autores, los actos imperdonables, de existir, solo podrían ser perdonados desde una dimensión ética, o religiosa, más no jurídica.³⁰ La existencia de un mecanismo constitucional o jurídico que demande el perdón es inconcebible, bajo esta postura. Asimismo, Minow también destaca que obligar a los ciudadanos a perdonar es tan dañino para la sociedad como contraproducente.³¹

²⁸ Simon Wiesenthal, *Los límites del perdón – dilemas éticos y racionales de una decisión*, traducido por Carlos Ossés Torrón, (Paidós: Barcelona, España, 1998), 135.

²⁹ Claudia Perrone-Moises, “Forgiveness and Crimes Against Humanity: A Dialogue Between Hannah Arendt and Jacques Derrida”, (2006), <http://www.hannaharendt.net/index.php/han/article/view/90/146>, citada por Minow, “Forgiveness, Law,” 1629.

³⁰ Diego Tatán, “¿Fundar una comunidad después del crimen?: Anotaciones a un texto de Claudia Hilb”, *Discusiones XXI*, 12, no.1 (2013), 65. Disponible en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/900>.

³¹ Minow, “Forgiveness, Law,” 1277.

Por otro lado, ejercer el perdón es una decisión unilateral, pero la reconciliación requiere que sea un proceso multilateral que involucre a ambas partes: víctima y perpetrador. De forma ilustrativa, en la experiencia de Sierra Leona, una versión completa de perdón ocurrió cuando los niños soldados, combatientes perpetradores de crímenes, se disculparon en instancias interpersonales.³²

Ahora, una vez que nos apartamos de la idea kantiana de la “imperdonabilidad” de ciertos actos, corresponde evaluar es el procedimiento para fundar la comunidad. Una de las cuestiones más relevantes luego de las tragedias es la reconstrucción de la historia en común, cómo refundar la comunidad. Para la construcción de la memoria, el perdón – desde una postura moralista- es una herramienta política. Ciertamente es que las naciones se fundan bajo un profundo legado de recuerdos.³³ Las sociedades ante cómo confrontarse a los eventos del pasado, también deben decidir sobre las distintas alternativas relativas a cómo construir el pasado, es decir, a cómo constituir retroactivamente la memoria colectiva.

La memoria colectiva es el resultado de la suma entre la conciencia colectiva aplicada a la memoria. La memoria colectiva forja una identidad que moldea a los grupos sociales, a las distintas generación y naciones.

El elemento precursor de la memoria es la verdad. Los proyectos dedicados a la reconstrucción histórica pueden tener como objeto forjarla, mantenerla, ratificarla, cuestionarla, reconstruirla o sustituirla. ¿Pero, de que hablamos cuando hablamos de verdad? Hazan, a través del análisis de diversos procesos de justicia transicional separa entre la verdad fáctica y la verdad dialógica.³⁴

La capacidad de establecer la verdad fáctica dependerá de la cooperación del agente opresor anterior. Tanto el régimen anterior como sus distintos accesorios de perpetuidad de los crímenes. La verdad fáctica brinda información a las víctimas de las familias, completa el relato. Por otro lado, la verdad dialógica, según el autor, es la verdad social. Este es el tipo de verdad que se reconstruye a través de la interacción, la discusión y el debate³⁵. La verdad dialógica tiene como objetivo esclarecer las responsabilidades políticas por los crímenes cometidos. Para el gobierno es un ejercicio político histórico que tiene potencial legitimador. Esta construcción de la verdad logra un nuevo consenso sobre el pasado, ya que es desde el debate social donde se genera un equilibrio político.

³² Minow, *When Should Law*, 61.

³³ David Rieff, *Elogio del olvido: las paradojas de la memoria histórica*, traducido por Aurelio Major, (Debate: Barcelona, 2017), 44.

³⁴ Hazan, “Measuring the impact,” 36.

³⁵ Hazan, “Measuring the impact,” 35.

El autor también menciona que existe una tercera verdad, se trata de la verdad personal. Esta permite un efecto catártico para la persona que expresa la realidad o verdad.

Para Rieff, luego de las atrocidades, el perdón es un elemento transitorio, mientras que lo permite verdaderamente la paz es el delicado proceso de la construcción de memoria. El apego a la memoria perpetua y el olvido completo es igual de problemático. La historia de un país debe mantener cohesión y solidaridad mutua entre los ciudadanos. Una memoria histórica colectiva estática, que no permita revisión o que solo sirva a un agente “conduce con demasiada frecuencia a la guerra más que a la paz, al rencor y al resentimiento (...) más que a la reconciliación, y a la determinación de vengarse en lugar de comprometerse con la ardua labor del perdón”.

En este sentido, el autor remarca que

Los que insisten en la centralidad del perdón tienen razón hasta cierto punto. Pero el perdón no es suficiente porque no puede sustraerse de su propia contingencia. “Yo no hablo de venganzas ni perdones -escribió Borges-, el olvido es la única venganza y el único perdón.” Quizá exageró. Aun así, sin la opción al menos del olvido, seríamos monstruos heridos, que no dan ni reciben perdón (...) y, suponiendo que hayamos prestado atención, seríamos inconsolables.

En consecuencia, el perdón presenta desafíos morales en diferentes niveles. Las discusiones relativas a la moralidad de cada individuo, sociedad y estándares morales tienen injerencia en la estructuración de los procesos de perdón. Trazar la línea entre lo individual y lo colectivo se vuelve difuso en temas delicados cuando la sociedad ha sufrido mucho en conjunto y el dolor individual es aún más abrumador. En este contexto, la decisión sobre dónde trazar la línea sobre qué permitir, qué juzgar, no será libre de objeciones morales, religiosas ni jurídicas, pero corresponde a cada sociedad y debe ser de forma voluntaria para un ejercicio genuino de la agencia de cada actor.

iii. Dimensión jurídica del perdón

En tercer lugar, Minow entiende que el derecho tiene distintos escenarios que puede permitir en relación con el perdón. En particular, el derecho puede tomar tres caminos: en primer lugar, los jueces, como los legisladores pueden promulgar un tratamiento categórico de los delitos cometidos. Un ejemplo de ello es cuando la ley permite rescindir su capacidad de sancionar por alguna característica del perpetuador, como su edad o capacidad mental; u otorga amnistías bajo algún criterio.³⁶ En segundo lugar, los sistemas jurídicos pueden permitir y apoyar el ejercicio de la discreción por parte de los funcionarios judiciales hacia la clemencia en lugar de la punición. Específicamente, la autoridad discrecional se concede a la policía, los fiscales, los jueces, los presidentes y

³⁶ Minow, *When should law*, 18.

los gobernadores y otros funcionarios de los sistemas jurídicos, que pueden utilizarla para perdonar las consecuencias legales de las infracciones. Por último, las normas, las instituciones jurídicas y las personas que las aplican, los tribunales y las instituciones legales pueden dar cabida a las expresiones voluntarias de perdón. Pueden promover el perdón a través de premios o incentivos o solamente generar el espacio suficiente para que las personas se disculpen y la víctima perdone, de desearlo.

En el plano de la justicia transicional, después de crímenes aberrantes o una guerra civil, el Estado de derecho es puesto en pugna. Ante estos escenarios, la ley puede, por un lado, construir procesos adversariales que desincentiven a las partes hacia el perdón. Por el otro, puede brindar oportunidades a las personas de crear espacios donde sea posible disculparse y perdonar. Entonces, la ley de un país o el derecho internacional pueden exigir enjuiciamientos penales para aquellos que violaron las “leyes de la guerra”, cometieron crímenes de lesa humanidad o perpetraron el crimen de agresión. En cambio, las instituciones legales podrían recopilar las declaraciones de las víctimas para la construcción de la historia y la memoria. La ley puede conceder ciertos perdones por adelantado condicionada a la investigación de la verdad; o también puede promulgar el perdón renunciando a la persecución.³⁷ Mas allá de los actos individuales, el derecho es una herramienta para enfatizar un mecanismo de pensamiento prospectivo que invite a los ciudadanos a “aprovechar o desarrollar lazos personales y normas sociales en el espíritu del perdón, renunciando a los motivos mismos de agravio, incluso si no implican un cambio en las actitudes”.³⁸ Ahora, si bien la ley puede incentivar e incluso forzar declaraciones de disculpa y perdón, no es posible obligar a las personas a expresar los sentimientos de perdón.³⁹

La posibilidad de perdonar reconoce las imperfecciones potenciales que presenta el derecho. El perdón dentro de la ley, ejercido sabio y justamente, fortalece la ley y la fe de las personas en ella.⁴⁰ El reto es ampliar el apoyo de la ley para el perdón preservando el estado de derecho. La ley necesita demostrar suficiente respeto por aquellos que han sufrido a raíz del mal y respeto por aquellos que han causado daño para la construcción de un pasado y el futuro.

iii. 1. El perdón en casos de justicia transicional

Cuando los infractores individuales ejercen violencia durante el conflicto, las demandas de responsabilidad pueden ser realizadas por una serie de actores. En primer lugar, los

³⁷ Minow, “Forgiveness, Law,” 1620.

³⁸ Minow, “Forgiveness, Law,” 1626.

³⁹ Minow, “Forgiveness, Law,” 1620.

⁴⁰ Minow, *When Should Law*, 143.

funcionarios del Estado pueden estar sujetos a formas horizontales de rendición de cuentas. Por ejemplo, se les puede exigir que respondan por sus acciones ante organismos públicos gubernamentales o independientes, como comisiones parlamentarias, investigaciones públicas, defensores del pueblo y comisiones de derechos humanos. Estos organismos pueden estar facultados para imponer medidas administrativas de ejecución. En segundo lugar, dependiendo de la naturaleza de los delitos, tanto los actores estatales como los no estatales pueden ser responsabilizados por los tribunales nacionales e internacionales. En tercer lugar, la responsabilidad ante la violencia suele ser objeto de escrutinio por parte de los grupos de víctimas, los actores de la sociedad civil y los medios de comunicación.⁴¹

La lógica social bajo la cual nos sometemos como ciudadanos implica derivar capacidad facultades al Estado. Para lograr una vida social pacífica y armónica, delegamos al Estado ciertas capacidades como el castigo y reprimimos la posibilidad del ejercicio de la venganza propia. El derecho se torna la búsqueda de lo correcto y la corrección de los males.⁴² No obstante, no es menor recordar que el derecho es una herramienta. Un mecanismo que sirve a las sociedades, que el derecho puede ser una herramienta para la armonía, la compasión, y el crecimiento humano. En otras palabras, un instrumento que puede permitir convertir tanto sufrimiento en oportunidad.⁴³

Es importante destacar que el perdón está dentro de un marco nuevo de un insurgente Estado de Derecho. El perdón en estos procesos no puede ser librado a la nada. En un punto, hablamos bajo una lógica transaccional, pero con un fin altruista. Es decir, para considerar un lugar válido para el perdón, este accionar exige algo a cambio: remordimiento. La exigencia se sustenta en la necesidad de remarcar que la intención de la sociedad de una reconciliación genuina. El perdón presenta beneficios políticos y sociales porque se vuelve un elemento esencial para la reconstrucción de la sociedad.

El perdón en instancias de procesos de justicia transicional puede tomar la forma primigenia de la construcción de la verdad y un relato en conjunto mediante comisiones de verdad, y amnistías. Estas alternativas de accionar difieren entre los países y sus culturas. Presentan características similares y también existe quienes exigen requisitos a estos mecanismos a los efectos de asegurar la justicia. A continuación, desarrollaremos el marco general de tanto las comisiones como las amnistías.

⁴¹ Louise Mallinder y Kieran McEvoy, "Rethinking amnesties: atrocity, accountability and impunity in post-conflict societies", *Contemporary Social Science*, 6:1 (2011), <https://doi.org/10.1080/17450144.2010.534496>, 114.

⁴² Minow, "Forgiveness, Law," 1619.

⁴³ Minow, "Forgiveness, Law," 1619.

iii. 1.a. Amnistías

A modo de introducción, existe una visión legalista de las amnistías como equiparación de la impunidad y la retribución como responsabilidad. Esta crítica es inexacta y engañosa.⁴⁴ La noción de responsabilidad dentro del campo de la justicia transicional parece limitarse a las exigencias de persecución penal de quienes han participado en violaciones graves de los derechos humanos. Así es como las amnistías, muchas veces, de forma errónea, son entendidas como la ausencia de castigo por los delitos cometidos.⁴⁵ Suelen descartarse con demasiada facilidad como la ausencia de responsabilidad, la encarnación misma de la impunidad. Los defensores de las críticas de la impunidad sostienen que las leyes de amnistía corren el riesgo de socavar tanto la responsabilidad individual de los violadores de los derechos humanos como el Estado de Derecho.⁴⁶

Hoy en día, son varios los ejemplos donde las leyes de amnistías fueron introducidas dentro de un conjunto de medidas dentro de un proceso de justicia cuyo fin es la reconstrucción social. Este es el caso del Pueblo *Acholi* del norte de Uganda y Sudáfrica⁴⁷. Las comisiones de verdad y las amnistías pueden ser métodos de justicia relacionados entre sí como métodos que promuevan la reconciliación en conjunto.

En efecto, las amnistías son leyes o políticas ejecutivas diseñadas para eliminar las sanciones penales y/o civiles de determinadas categorías de delincuentes o delitos. No obstante, a diferencia de lo sostenido por la crítica, las amnistías no pretenden desconocer el delito, sino, más bien, tomar en cuenta lo acontecido, reconocerlo, y en base a ciertos criterios -ha determinar en cada proceso- y otorgar el perdón de forma tal que elimine la sanción penal. Según la postura de Mallinder, las amnistías pueden contribuir con la reducción de la violencia y la creación de un clima que haga factible la reconciliación.⁴⁸

Según un análisis de la doctrina en la materia, antes de que alguna persona pueda beneficiarse de una ley de amnistía, deben tomarse tres decisiones. En primer lugar, el delincuente debe decidir cometer las acciones delictivas que posteriormente son objeto de la amnistía. En segundo lugar, el gobierno debe decidir introducir y aplicar una política de amnistía que incluya esas mismas acciones delictivas en su ámbito de

⁴⁴ Mallinder y McEvoy, "Rethinking amnesties," 109.

⁴⁵ Mallinder y McEvoy, "Rethinking amnesties," 109.

⁴⁶ Mallinder y McEvoy, "Rethinking amnesties," 109.

⁴⁷ Louise Mallinder, "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?", *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007), doi:10.1093/ijtj/ijm020, 220.

⁴⁸ Mallinder, "Can Amnesties," 208.

aplicación. Por último, la institución encargada de aplicar la amnistía debe determinar si se cumplieron las condiciones determinadas.⁴⁹

Las amnistías pueden ser introducidas en tres momentos: (i) antes de la institución o constitución de una comisión de verdad o de organismo semejante; (ii) luego de la constitución de una comisión; y (iii) en simultaneo. La simultaneidad puede significar que tanto las amnistías como la comisión son organismos distintos que funcionan en simultaneo, o se constituye una comisión que tiene capacidad de otorgar amnistías.

En este sentido -y como venimos desarrollando- existe un dilema moral en el cual las dos medidas, castigar o no, tienen consecuencias morales. Socialmente, existe el riesgo de ampliar un rencor que puede provocar reacciones deletéreas o el riesgo de reincidir en los abusos que fueron dejados impunes.⁵⁰ De todas formas, considerar criterio que el unívoco criterio de justicia es el castigo, denota una impronta de justicia occidental errónea. Las sociedades, sus ciudadanos y sus dirigentes pueden tener razones válidas para optar por caminos distintos hacia la reconciliación mediante amnistías. Algunos de los argumentos son que la democracia se basa en la reconciliación y en dejar atrás divisiones. Las amnistías pueden crear bases sólidas para la democracia y servir a la seguridad y la rehabilitación social en las sociedades de transición.

iii. 1.b. Comisiones de verdad

Con cierta herencia occidental, para que las cortes internacionales consideren a las comisiones de verdad que otorgan amnistías como una alternativa formal a la justicia, estas deben seguir con ciertas formalidades.⁵¹ En primer lugar, las comisiones de verdad deben ser una institución separada y creada por ley, y no establecida por una política dentro de la órbita gubernamental. En segundo lugar, la comisión debe perseguir una concepción de justicia restaurativa que implique revelar la verdad, reparar el daño a las víctimas y el fomento de la reconciliación. Sobre qué tipo de modelo de reparación se pretende, no es del todo claro. En tercer lugar, la comisión no debe ser interpretada como sesgada y sus comisionados deben ser "percibidos como por encima de la política". En cuarto lugar, el mandato de la comisión debe ser lo suficientemente amplio a los efectos de reconstruir una visión más completa de los últimos años.⁵² Por último, las decisiones sobre qué crímenes investigar y qué periodo temporal deben ser principalmente transparentes.⁵³

⁴⁹ Mallinder y McEvoy, "Rethinking amnesties," 113.

⁵⁰ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 346.

⁵¹ Mallinder, "Can Amnesties," 224.

⁵² Mallinder, "Can Amnesties," 224.

⁵³ Mallinder, "Can Amnesties," 225 y 226.

Asimismo, mediante las experiencias de Chile y Argentina, juristas como Nino contemplan más requisitos y/o recomendaciones para las comisiones o los organismos encargados de la investigación de la verdad. En primer lugar, destaca la importancia de escuchar a las víctimas de los abusos, a los efectos de lograr un genuino entendimiento de la tragedia. En segundo lugar, la necesidad de detectar el patrón general que subyace a los daños, y explicar qué tipo de conductas los causaron. En tercer lugar, la necesidad que los encargados de producir la descripción que lleve a una reparación simbólica sean sujetos del mayor prestigio moral e imparcialidad. También destaca la importancia de la involucración de los artistas en el proceso. Por el sufrimiento humano profundo, los conflictos de intereses “tan perturbador, los dilemas tan inquietantes, y la necesidad de generar impacto en la conciencia popular tan apremiante, que sólo ellos - y no los historiadores, sociólogos o abogados- pueden estar a la altura de la tarea”. Como recomendación, remarca la conveniencia de obtener reconocimientos de los daños por las personas quienes los perpetraron y que el informe realice recomendaciones sobre las medidas que deberían tomarse para evitar la repetición de estas aberraciones en el futuro bajo la consideración a los efectos de aliviar el sufrimiento de las víctimas.⁵⁴

En este contexto, el derecho es una herramienta. Un mecanismo que debería servir a las sociedades para lograr armonía, compasión y crecimiento. En otras palabras, una herramienta para convertir tanto sufrimiento en oportunidad.⁵⁵

b) Críticas al ejercicio del perdón

El concepto de perdón es tan antiguo como sus críticas. Ya en el siglo XVI, Martín Lutero funda la iglesia luterana en rebeldía y critica ante la Iglesia Apostólica Romana por la venta de indulgencias hacia los ciudadanos. En otras palabras, por vender el perdón divino.

La puesta en pugna de la legitimidad de perdonar no es ajena a las críticas, ni a los acontecimientos de corrupción de las instituciones a lo largo de la historia. En efecto, el confrontamiento con el pasado no es una decisión libre de prejuicios para un país, ni sus juristas. Sobre la dicotomía entre perdonar o castigar, Huntington enlista argumentos a favor del castigo en contraposición del perdón. En primer lugar, la democracia se basa en la ley, y ningún grupo, incluidos los funcionarios públicos y los miembros de las Fuerzas Armadas debe estar sobre la ley. Permitir amnistías de los

⁵⁴ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 345 y 346.

⁵⁵ Minow, “Forgiveness, Law,”.

crímenes viola la igualdad ante la ley, principio elemental de la democracia. En segundo lugar, los juicios aumentan la viabilidad del sistema democrático. Si los militares o los agentes perpetuadores de crímenes son lo suficientemente poderosos para evitar la persecución penal, la democracia de ese estado es demasiado débil para sobrevivir. En esta misma línea, en tercer lugar, los juicios son necesarios para afirmar la supremacía de los valores democráticos, lograr que la sociedad los comparta y se afiance en ellos. Por último, los juicios son medios para descubrir la verdad.

Es correcto sostener que la decisión por un proceso de justicia restaurativa muchas veces se sustenta en la imposibilidad, parcial o total, de llevar a cabo un proceso de castigo de los abusos del pasado.

La imposibilidad de un castigo justo puede darse por distintos factores: (i) la amenaza a la estabilidad del nuevo régimen democrático de intentar sancionar a todos o algunos de los responsables de violaciones a los ddhh; (ii) la imposibilidad de castigar los abusos del pasado por falta de evidencia apropiada; (iii) factores morales como las discusiones relativas a la retroactividad de la ley por la inexistencia de una ley que establezca un castigo al momento del crimen; o la dificultad ética de establecer la culpabilidad del potencial acusado⁵⁶.

No obstante, no debe obviarse que esta objeción con respecto al perdón en estos procesos no es ajena a muchas naciones aun por fuera de un proceso de justicia transicional. Resulta imposible para los Estados la persecución de todo delito bajo una lupa de economía procesal, como de maquinaria estatal en sí. La persecución del delito penal mediante el aparato violento del derecho y el Estado no tiene como fin la reconciliación y muchas veces no logra la reconstrucción satisfactoria de la verdad fáctica. En consecuencia, si bien la crítica cobra mayor relevancia en los procesos de justicia transicional, sería una ficción sostener que fuera de estos procesos, los Estados logran satisfactoriamente la persecución y castigo de todo crimen.

Por otro lado, en los 90, durante el “auge” del campo, las discusiones sobre verdad, justicia, reconciliación y castigo se tornaban más evidentes. Casi en simultáneo con la creación de la TRC, surgía el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. En ambos polos de la materia, en paralelo, surgía la contraposición del perdón o el castigo bajo el lema de la reconciliación.⁵⁷ Este tribunal tenía como finalidad la persecución de

⁵⁶ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 346.

⁵⁷ Hazan, “Measuring the impact,” 20.

los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia 1991.

Asimismo, este no era un caso unívoco. Lo mismo puede replicarse con el caso de Ruanda. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda buscaba perseguir, arrestar, juzgar, condenar y ejecutar a los autores o promotores del genocidio del país africano. A modo de ilustración, la Resolución N° 955 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas recalca que, por las particularidades de Ruanda, el proceso de reconciliación y mantenimiento de la paz se lograría con la persecución de los autores de las violaciones de Derecho Internacional Humanitario.

Si bien hemos desarrollado a lo largo de cada subcapítulo relativo a las dimensiones del perdón, las críticas a este proceso se pueden resumir en (i) imposibilidad de ejercer el perdón en el caso de no ser la víctima directa; (ii) la imposibilidad e inmoralidad del Estado de obligar a sus ciudadanos a perdonar; (iii) perdón es un acto individual; (iv) el perdón es forzado por los grupos antiguos de poder; (v) el perdón surge ante un escenario de imposibilidad total o parcial de un castigo justo, (vi) las amnistías, para algunos, implican la perpetuidad de la violencia y la aceptación de la violación de los derechos humanos, y (vii) las instancias de perdón son incompatibles con los estándares de derecho internacional.

Incentivar el perdón dentro del sistema legal puede poner en peligro la predictibilidad, relatividad y el igual trato bajo el imperio de la ley. Bajo un Estado de derecho, como ciudadanos le cedemos la capacidad de castigar al Estado. Asimismo, también cedemos, indirectamente, el ejercicio de la construcción de nuestras normas. Leyes que determinaran lo permitido de lo no permitido. El fin último, es que todos los ciudadanos, como agentes, conozcan las reglas del juego y que estas, a su vez, sean establecidas entre todos. La transición de estos poderes implica ceder las prerrogativas del ejercicio de la fuerza al aparato estatal para evitar que sean los individuos quienes ejerzan a su propio criterio. Cuando el Estado ordena el perdón, pone en tela de juicio la previsibilidad en el sistema. Incumple con la obligación de la persecución del crimen, en falta con las prerrogativas cedidas. Bajo este criterio, las amnistías o el perdón en el derecho pueden ser interpretado como una amenaza a la confianza de nuestras instituciones y al imperio de la ley en sí mismo.

Si bien estas críticas tienen una injerencia sustancial, al momento de determinar cómo proceder, como también al momento de reflexión. La historia debe ser susceptible de ser revisada, aunque la revisión demasiado constante, como inmediata al

acontecimiento también puede tener efectos contraproducentes.⁵⁸ Los beneficios del perdón potencialmente incluyen la reinserción de aquellos que cometieron crímenes en el pasado, pero también un efecto sanador en la sociedad y las divisiones políticas.⁵⁹

iv. El proceso de justicia restaurativa de Sudáfrica

a) Hechos

Sudáfrica estuvo sometido, durante más de 4 décadas en un régimen de segregación racial y un contexto de deshumanización de sus ciudadanos. Las injusticias cometidas hacia la población se encontraban enmarcadas dentro de un régimen legal. La política de segregación de Apartheid era basada en la "Population Registraron Act" de 1950 que permitió dividir a la población en tres grupos delimitados por el origen étnico, segregarlos y oprimirlos. Para la implementación del sistema, el gobierno africano emitió una batería de normas que restringían la vida de los ciudadanos sudafricanos de origen africano conocidas como "*Petty Apartheid*", "*Grand Apartheid*", "*Prohibition of Mixed Marriages Act*", "*Internal Security Act*" de 1982 y "*Suppression of Communism Act*" de 1950.

Numerosas atrocidades cometidas por los gobiernos entre 1948 hasta 1990 eran legales. El régimen se basaba en la división de la sociedad y supremacía en castas. En primer lugar, las personas blancas, seguido con las personas de ascendencia india, luego por las personas "de color", por último, las personas negras. En criterios de la norma, las distinciones eran basadas en términos de "pureza". Los actos cometidos bajo la ley y el estado vacilaron entre la obligación del grupo de personas de color de utilizar pases, el despojo de la ciudadanía, el encarcelamiento por la falta de acreditación de dichos papeles o por no cumplir con las normas de segregación. La ilegalidad de las relaciones sociales entre personas de distintas castas, relaciones sexuales y matrimonios entre personas de distintas castas.

Como describe, Dugard,⁶⁰ la primera categoría de injusticias, la detención, no eran crímenes bajo la ley nacional, sino mandatos de la ley local, no obstante, a su aclaración de que eran contrarias a la Convención Internacional de Derechos Humanos contenida dentro Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como de otros instrumentos legales. La privación de la libertad no contaba con derecho a defensa o juicios que buscaran conocer la violación de alguna norma, sino que eran sometidos a leyes arbitrarias e privados de su libertad por oponerse al apartheid.

⁵⁸Rieff, *Elogio del olvido*, 77.

⁵⁹ Minow, *When Should Law*, 145.

⁶⁰ John Dugard, "Retrospective Justice; International law and the South African Model", en *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* editado por A. James McAdams (Notre Dame, London: University of Notre Dame Press, 1997), 271.

En este sentido, corresponde recordar que la Constitución de Sudáfrica posee jerarquía suprema, y las demás normas del plano internacional, para ser aplicables, debían seguir los lineamientos de la constitución sudafricana y sus normas. El régimen de segregación no era contrario a la ley sudafricana del momento. Antes de 1994, Sudáfrica seguía el enfoque dualista de incorporación de tratados. Estos debían ser negociados, ratificados y adheridos por el ejecutivo⁶¹. Ello no obsta que diversos crímenes cometidos bajo la órbita y enmarcados dentro del apartheid sí fuesen delitos en contra de la norma local e internacional.

Otros activistas políticos eran sujetos a torturas que podían durar meses o hasta años. Steve Biko, y Mathew Goniwe, activistas anti-apartheid, fueron asesinados por las fuerzas armadas actuando bajo la autoridad de los comandantes a cargo. Otras personas corrieron con el destino de “desaparecer” luego de ser arrestados.

Durante el último año del apartheid, muchas personas fueron asesinadas bajo la investidura de una agencia denominada “la terca fuerza” considerando que eran miembros de las fuerzas armadas ordenados a destruir el African National Congress (“ANC”).

Los crímenes perpetrados bajo este régimen implicaron homicidios, secuestro, tortura, y/o segregación. Asimismo, no había un mandato que obligue la persecución de estos crímenes, y, nuevamente, este régimen se glorificaba de ser uno de carácter legal.⁶² Había un Estado de Emergencia legal bajo el cual el gobierno sudafricano había privado de la libertad a presos políticos y perpetuaba el régimen del terror.

Para 1989 acontecía el comienzo de fin. Frederik de Klerk fue electo presidente ese año y su gobierno derogó parte de las normas que permitían el régimen de apartheid. Mandela relata que en una reunión celebrada en Harara, Zimbawe el 21 de agosto de 1989, la Organización de la Unidad Africana respaldó una declaración del CNA donde se fijaban las condiciones previas para negociar con el gobierno sudafricano. La reunión reafirmó además la preferencia del CNA por llegar a un acuerdo a través de medios políticos. En palabras de Mandela, la CNA como movimiento buscaba la democracia, la paz y la justicia por todos⁶³.

⁶¹ John Dugard, “International Law and the South African Constitution”, *European Journal of International Law* 8, Issue 1 (enero 1997), 81, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a015563>.

⁶² Dugard, “Retrospective Justice”, 270.

⁶³ Nelson Mandela, *Cartas desde la prisión*, traducido por Júlía Ibaraz, (Barcelona: Malpaso Ediciones S.L.U. 2018).

En el ocaso del Apartheid, comenzaron negociaciones en 1991 en la Convención para una Sudáfrica Democrática (“CODESA”) para la redacción de una Constitución que represente valores democráticos.⁶⁴ Finalmente, en 1993, en el Proceso de Negociación Multipartidista (“MPNP”) se dictó una Constitución provisional para regir el periodo de transición.⁶⁵ En esta carta se introdujo el sufragio universal, la supremacía constitucional y una declaración de derechos.

Después de 1994 se vio la transición de la política, religión y la vida social de todos los sudafricanos. Fue el atardecer de Sudáfrica y el nacimiento de una nueva nación que resurgía por el sueño de Mandela y sus pares. Un ideal de que todas las personas son iguales ante la ley.⁶⁶ Precisamente, en 1994, el apartheid fue llevado a su fin de forma constitucional. Sudáfrica incorporó y reguló una constitución interina desde 1994 hasta 1997. La conformación de la constitución fue un proceso largo y que necesariamente requirió de la participación del parlamento entero. Esta fue redactada por representantes de 26 mayores agrupaciones políticas. La Constitución Provisional representaba un compromiso político entre grupos rivales, el Partido Nacional (y el Congreso Nacional Africano. El primero de ellos se había perpetuado en el poder desde 1948 y el otro había sido proscrito durante treinta años, desde 1960 y 1990. La Constitución Provisional contemplaba 34 principios constitucionales que, luego, la Constitución "definitiva" debería ajustarse a dichos principios y el Tribunal Constitucional creado por la Constitución Provisional de 1993 estaría facultado para pronunciarse sobre su cumplimiento.⁶⁷ Esta primera edición de la Constitución no contenía provisiones sobre amnistías alguna, pero las negociaciones sobre ello estaban en la mesa.⁶⁸

Con posterioridad, la Constitución Provisional, aprobada en Kempton Park, fue refrendada por el Parlamento del Apartheid y se convirtió en la Constitución de la República de Sudáfrica, mediante el “Act 200” de 1993⁶⁹. Finalmente, el 27 de abril de

⁶⁴ Catherine Barnes (ed.) *Owning the process: public participation in peacemaking, Accord 13* (Londres, Conciliation Resources 2002), disponible en https://www.researchgate.net/publication/315816690_Owning_the_Process_Public_Participation_in_Peacemaking.

⁶⁵ Richard Goldstone, “The South African Bill of Rights”, *Texas International Law Journal* 32, (1997).

⁶⁶ Phemelo O. Marumo, “Reconciliation in South Africa in light of the imago Dei and koinonia”, *Verbum et Ecclesia* 40 no. 1 (2019). Disponible en <https://doi.org/10.4102/ve.v40i1.1905>

⁶⁷ Dugard, “International Law,” 78.

⁶⁸ Dugard, “Retrospective Justice”, 276 y 277.

⁶⁹ Dugard, “International Law,” 78.

1994, la Constitución provisional entró en vigor. Asimismo, la nueva Constitución aclamó su hito histórico en el pasado sombrío de Sudáfrica al ser legitimada electoralmente.

En 1995, el parlamento sancionó la ley de promoción de la Unidad Nacional y la famosa reconciliación ACT No. 34 de 1995 que le dio nacimiento a la Comisión de Verdad y Reconciliación (TRC por sus siglas en inglés). Esta norma estableció los puntos cardinales del proceso de justicia sudafricano “reconciliación, amnistía, reparación y la búsqueda de la verdad”. La Comisión estaría conformada por 17 miembros a los efectos de esclarecer lo acontecido desde los eventos de marzo de 1960, la masacre de Sharpeville,⁷⁰ a 1993. La TRC fue establecida luego de la abolición del sistema de apartheid y tenía dos objetivos principales: la reconstrucción de los hechos ocurridos, es decir, la verdad; y la reconciliación de la sociedad sudafricana. La Comisión creó un ambiente, tanto para las víctimas como para los perpetradores, capaz de compartir su historia en un régimen de sistemáticos abusos a los derechos humanos. Uno de los puntos principales del proceso sudafricano fue el perdón. Debía existir una posibilidad de perdonar y ser perdonado para que existiera una verdadera reconciliación entre victimarios y víctimas. Los líderes del momento compartían una idea de que estas experiencias eran vitales para la reconstrucción de la sociedad sudafricana. Consecuentemente, debían ser contadas y escuchadas, no podían permanecer en la oscuridad del silencio.

La Comisión estuvo constituida por 17 comisionados de origen sudafricano, 350 miembros. Asimismo, estaba precedida por Desmond Tutu, arzobispo de Cape Town y Premio Nobel de la Paz. La TRC contó con la asistencia de un Comité de Violaciones de los Derechos Humanos, responsable de investigar graves violaciones de los derechos humanos.⁷¹ El periodo de actividad de la comisión fue desde 1995 hasta 2002. La TRC se dedicó a descubrir y guardar registro de lo acontecido por ambos bandos desde 1960 a 1993 (esta fecha fue luego extendida hasta el 10 de mayo de 1994). La TRC garantizaba la amnistía a los perpetradores bajo la condición de admitir los abusos

⁷⁰ La matanza de Sharpeville tuvo lugar el 21 de marzo de 1960, en la localidad de Sharpeville, Transvaal, actual provincia de Gauteng, Sudáfrica; a unos 8 km de la ciudad de Vereeniging, cuando la policía abrió fuego contra una manifestación pacífica que protestaba contra el apartheid. A la luz de ello, el 26 de octubre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2142 (XXI) proclamó el 21 de marzo Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial.

⁷¹ Dugard, “Retrospective Justice”.

y ofrezcan compensación a las víctimas. El lema de la comisión era la promoción de la unidad nacional y la reconciliación.⁷²

El fin de la comisión era, también, la redacción de un reporte con recomendaciones de medidas para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Los creadores de la TRC pusieron su fe en que la Comisión evitaría los ciclos de venganza al reconocer públicamente los errores del pasado e investigar las violaciones de la dignidad humana tanto por parte del gobierno anterior como de los que lucharon contra él.⁷³

Sobre la conformación de la TRC, la comisión estaría dividida en tres comités: (i) Comité de Violaciones a los Derechos Humanos una encargada de escuchar la verdad de lo acontecido, establecer los hechos, la extensión de los crímenes y su naturaleza; (ii) un Comité de Reparación y Rehabilitación cuyo fin era restaurar su dignidad y reparar el daño de lo sufrido; y (iii) un Comité de Amnistías cuya orbita de acción se basaba en examinar las solicitudes de amnistías para su debido otorgamiento, de corresponder, conforme a la ley. Los requisitos de las amnistías era la divulgación por completo todos los hechos relevantes relacionados a actos asociados con un objetivo político y que cumplieran con los requerimientos de esta ley.

El marco de acción de la TRC la habilitaba a garantizar amnistías, registrar edificios y recolectar evidencias, citar testigos y llevar adelante un programa de protección para testigos. Conforme a documentos de la TRC, un estudio indica que, de los 429 participantes en el proceso de Sudáfrica, sólo setenta y dos hablaron de perdón; sólo el 10% estaba dispuesto a perdonar si los infractores asumían la responsabilidad de sus actos; y sólo siete personas encuestadas estaban dispuestas a perdonar sin condiciones.⁷⁴ Otros estudios indican que la TRC tomó el testimonio de 21.000 víctimas, solo 2.000 de estos testimonios tuvieron espacios en las audiencias públicas, la comisión recibió un total de 7.112 solicitudes de amnistías, pero solo fueron otorgadas 849, habiéndose rechazado las solicitudes en 5.392 casos y 871 solicitudes fueron retiradas⁷⁵.

Este proceso no fue libre de objeciones dado que no existen concepciones únicas de verdad, de justicia o de reconciliación. Una de las principales críticas hacia la comisión

⁷² Denise Bontrovato y Johan Wassermann, "Mediating transitional justice: South Africa's TRC in history textbooks and the implications for peace" *Global Change, Peace & Security*, 30 no. 3 (2018) 337.

⁷³ Minow, "Forgiveness, Law," 1622.

⁷⁴ Minow, "Forgiveness, Law," 1623.

⁷⁵ Información disponible en "United States Institute of Peace" <https://www.usip.org/publications/1995/12/truth-commission-south-africa>.

era la expectativa sobre la investigación de las consecuencias socioeconómicas del apartheid desde el ámbito laboral y educativo, entre otros⁷⁶. Si bien la TRC

*reconoció la naturaleza estructural del apartheid y organizó una audiencia temática sobre el rol de los empresarios, pero su mandato y su enfoque se limitaron a aquellos actos que eran ilegales en ese momento bajo el derecho de Sudáfrica.*⁷⁷

A la luz de ello – y diversas críticas- la TRC dejó en descubierto las ambigüedades y multiplicidades que presentan estos conceptos, así como también interrogantes sobre la relación del derecho con el perdón. Sin embargo, este sistema luego fue similarmente repetido en otros procesos de justicia restaurativa en Ruanda, Sierra Leona, y Liberia, entre otros.⁷⁸

En este sentido, uno de los aspectos remarcables del proceso sudafricano, a 20 años de su desarrollo, es la construcción de un futuro en conjunto y la reconstrucción del pasado entre todos sus integrantes. En efecto, la victoria confiere el poder unilateral para conformar la memoria colectiva del conflicto. El vencedor, si bien fue la CNA, aclamaron una victoria aun mayor, que fue la de predicar los ideales de la paz y el rechazo estricto hacia la venganza. Solo cuando no hay un claro vencedor ambos bandos son capaces de mantener sus propias memorias incompatibles,⁷⁹ la CNA logró romper con esta lógica. Esto es en el sentido que el producto final del proceso, su vencedor, no fue la CNA, sino la TRC, que era de ambos y de ninguno al mismo tiempo. Criticada, también, por ambos bandos. Así como lo ilustra Mandela en la última carta escrita en prisión el 2 de febrero de 1990,

*El Partido Nacional y su gobierno, por lo tanto, deben dar un paso adelante decisivo cumpliendo con las condiciones para la creación de un entorno que conduzca a la negociación, y a reconocer la importancia central de los auténticos representantes del pueblo de nuestro país*⁸⁰.

En Sudáfrica, primaron valores colectivos antes que la venganza individual y las agendas personales. La Constitución definitiva, como la TRC fueron ejemplos concretos de concesiones de bandos sociales en búsqueda de ideales comunes. El perdón, las

⁷⁶ Nicholas Dieter Berdaguer Rauschenberg, “Justicia de transición y democracia. Notas sobre la actualidad de una relación conceptual”, Revista *Questión* 1, no. 54, (Buenos Aires, 2017), 22-24. Disponible en <https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/3928>

⁷⁷ Berdaguer Rauschenberg, “Justicia de transición,” 22.

⁷⁸ Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge Of Truth Commissions* (2011).

⁷⁹ Rieff, *Elogio del olvido*, 51.

⁸⁰ Mandela, *Cartas desde la prisión*, 585 y 586.

amnistías y la construcción de la verdad fue un sistema elegido por la comunidad para sanar la historia propia.

b) Reflexiones sobre el proceso sudafricano y el rol del perdón

i. *El proceso sudafricano y los estándares de derecho internacional*

El modelo clásico de responsabilidad occidental se basa en un modelo acusatorio, procesal y retributivo de justicia formal.⁸¹ El contexto de la justicia de transición, la comunidad internacional ha llevado a cabo enjuiciamientos *ad hoc*, tribunales penales internacionales, tribunales híbridos nacionales/internacionales y la creación de la CPI. Las demandas de “justicia” bajo una concepción occidental colisionan con el margen de acción discrecional de los países que trascienden a regímenes democráticos.

Hoy en día, difícilmente una comisión como la TRC obtenga una aprobación internacional tan amplia como el ejemplo sudafricano a fines del siglo pasado. En el derecho internacional, se remarca la obligación de enjuiciar a los responsables de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno. También, recalca la mencionada obligación en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales. En este sentido, hoy prima el consenso hacia la persecución penal y las amnistías presentan un alto grado de rechazo.

Si bien la jurisdicción de la CPI otorga prioridad a los procesos de justicia nacionales de cada Estado Parte y remarca abrazar la primacía de cada Estado para asegurar la rendición de cuentas por crímenes internacionales. Lo cierto es que los estándares de derecho internacional recalcan la obligación de enjuiciar a los responsables de determinados crímenes conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno o conforme a lo dispuesto en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales. Bajo esta orbita, el lenguaje del Estatuto de Roma puede implicar que la CPI puede tratar como insuficiente la decisión doméstica de perdón y reconciliación. Recordemos que la CPI puede ejercer su jurisdicción solo cuando el sistema legal nacional no lo hace, incluso cuando pretende, o no puede realmente llevar a cabo un proceso. Asimismo, las cortes internacionales, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son propensas a mantener una postura reticente en relación con el uso de amnistías por parte de los Estados. Frecuentemente se condena su uso y se

⁸¹ Wendy Lambourne, “Transformative justice, reconciliation and peacebuilding” en Wendy Lambourne, capítulo I, en *Transitional Justice Theories* Routledge editado por Susanne Buckley-Zistel, Teresa Koloma Beck, Christian Braun, Friederike Mieth (2014).

lo interpreta como una violación al derecho de las víctimas de obtener justicia, recibir reparaciones y conocer la verdad⁸². Esta postura se encuentra plasmada en el caso Barrios Altos Vs. Perú (Sentencia del 14 de marzo de 2001). Amnistía internacional incluso replicó esta postura en un informe del año 2007, sobre la creación de una comisión de verdad efectiva. Mediante el documento Amnistía Internacional declara que se

*ha opuesto sistemáticamente y sin excepción a las amnistías, a los indultos y a otras medidas de impunidad similares, que impiden que la verdad salga a la luz, que los tribunales establezcan de forma definitiva la culpabilidad o inocencia de los acusados y que se concedan reparaciones plenas a las víctimas y a sus familiares.*⁸³

Como hemos desarrollado, el accionar de cada Estado en respuesta de los crímenes del pasado es un proceso heterogéneo y difícilmente posible de ser calificado como unívoco. Es posible identificar elementos en común en la respuesta a los crímenes del pasado en África, América del Sur y otras partes del mundo comparten ciertos elementos comunes: (i) identificar y tomar medidas para reparar el daño; (ii) involucrar todos los agentes; y (iii) transformar la relación tradicional entre las comunidades y sus gobiernos en el campo de la justicia.⁸⁴ Más, la exigencia de requisitos bajo estándares de derecho internacional no asegura un mayor respeto por los derechos, sino pone en pugna la soberanía de los estados y descarta la reconciliación como virtud.

Minow destaca que desde el punto de vista de la justicia penal internacional que utiliza los juicios penales occidentales como modelo, solo un proceso acusatorio completo con un abogado defensor competente, fiscales con integridad, jueces imparciales y la posibilidad de sanciones individuales es suficiente de privar a una corte internacional de autoridad para proceder.⁸⁵ Una vez que un gobierno y su sociedad ha tomado cierta decisión política, la decisión de un fiscal de investigar podría ser visto como “una intrusión sobre la soberanía estatal de ese país y posiblemente una imposición de procesos y valores inapropiados”.⁸⁶

⁸² Mallinder, “Can Amnesties,” 228.

⁸³ Amnistía Internacional, *Verdad, Justicia y Reparación*, 19.

⁸⁴ Martha Minow, “Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court”, *Harvard International Law Journal* 60, no. 1 (2019), 21. Disponible en https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/HILJ_601_1_Minow.pdf

⁸⁵ Minow, “Do Alternative Justice,” 37.

⁸⁶ Mallinder, “Can Amnesties,” 227.

Los beneficios de otra alternativa a la persecución penal tradicional ante casos de violaciones de derechos son varios. Los enfoques restaurativos pueden ser adecuados cuando los procesos de responsabilidad bajo un esquema retributivo formal no fueran posible debido a limitaciones prácticas y políticas. Asimismo, debe tomarse en consideración que algunos sistemas jurídicos tienen bases de esquemas restaurativos, que es el caso en muchas sociedades en África.⁸⁷ Una mayor aceptación de alternativas al enjuiciamiento penal formal a nivel local puede ser prudente, dados los beneficios simbólicos y reales de diferir a las respuestas domésticas y culturalmente resonantes a la violencia masiva, y las exigencias que hacen que la persecución penal formal no esté disponible en un contexto nacional.⁸⁸ Asimismo, a nivel práctico, el grado de involucramiento del Estado en el proceso es relevante para las cortes internacionales. Cualquier tribunal internacional se beneficiaría del apoyo del Estado que otorgó amnistías para la obtención de pruebas, testigos y en la detención del acusado. En contraposición, dicha facilidad no sería semejante en caso de que la investigación fuese impopular.⁸⁹

No obstante, tanto la Resolución 60/47 como los diversos instrumentos de derecho en el plano internacional se aferran a posturas de justicia retributiva sesgada de una lupa occidental. La Resolución 60/147 menciona que el fundamento de estos Principios se basa en el reconocimiento del derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones. La norma insiste que “la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia y Estado de derecho”. Declaraciones de este tipo implican a imposición de criterios de justicia de formalidad procesal penal que minimiza los esfuerzos de sociedades -generalmente fuera de occidente- en la búsqueda de justicia. Un enfoque de responsabilidad pluralista permite la posibilidad de evaluar si otros mecanismos de responsabilidad individual cumplen con los elementos centrales de responsabilidad y *enforcement* suficiente para hacer frente a los delitos en las sociedades en transición.⁹⁰ En este sentido, mediante el reconocimiento y validación de los diferentes modelos de responsabilidad, se permite el resurgimiento de un nuevo elemento: una construcción de justicia y Estado de Derecho pacífica y sistémica.

⁸⁷ Mallinder, “Can Amnesties,” 220.

⁸⁸ Minow, “Do Alternative Justice,” 37.

⁸⁹ Mallinder, “Can Amnesties,” 220.

⁹⁰ Mallinder y McEvoy, “Rethinking amnesties,” 117.

En esta misma línea, la TRC, sin desconocer sus obligaciones en el plano internacional, tenía como fin último la reconciliación de su comunidad. En el reporte final de la TRC, se sostiene que, de haberse optado por la persecución en instancia judicial, la posibilidad de contribución a la reconciliación hubiese sido menor que el proceso de amnistías, puesto que este proceso permitió conocer la verdad sobre lo ocurrido a las víctimas y a sus seres queridos.⁹¹

A mayor abundamiento, el ejercicio de acción de la TRC implicó otorgar amnistía a responsables de graves violaciones de derechos humanos a cambio de confesiones públicas. Sin embargo, este proceso tuvo un carácter condicional y específico. La aplicación de las disposiciones sobre amnistía se acompañó de medidas importantes para conseguir rendición de cuentas, como investigaciones amplias, conainterrogatorios y audiencias públicas⁹². Asimismo, en el proceso de reconocimiento del daño, las reparaciones pagadas a las víctimas del apartheid ascendieron a \$71.375.000 dólares americanos⁹³.

El involucramiento de los tres comités y su laboral complementaria logró una articulación correcta a los fines de la Comisión y la reconciliación. El carácter público de los procedimientos permitió a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares un ejercicio catártico tanto desde el relato como de la posibilidad de oponerse a las amnistías. La TRC fue revolucionaria en tanto permitió un espacio para que tanto víctimas, victimarios y sus familias tengan un espacio de dialogo. Uno de estos casos fue cuando las madres de sudafricanos de origen africano, fallecidos a mano a la policía, y los familiares de los perpetuadores testificaran juntos. Este fue el famoso caso de los Siete de Guguletu, el cual el 3 de marzo de 1986 siete supuestos miembros del área militar de la ANC fueron asesinados violentamente en el pueblo de Guguletu, a las afueras de Cape Town. Otro ejemplo de justicia y dialogo mediante la Comisión fue cuando varios miembros de alto nivel de la antigua policía fueron condenados por el intento de asesinato del reverendo Frank Chikane, miembro del ANC, en 1989.

La TRC también dejó abierta la posibilidad de entablar en el futuro acciones penales contra los presuntos autores de delitos que no hubieran cooperado con la Comisión o hubieran visto rechazada su petición de amnistía. Con posterioridad, el gobierno creó

⁹¹ Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Reporte Vol. 1, capítulo 5, (1998).

⁹² Amnistía Internaional, "South Africa: Truth and Justice: Unfinished Business in South Africa, Amnistía Internacional", AFR 53/001/2003, (2003). Disponible en <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/afr530012003en.pdf>

⁹³ Mallinder y McEvoy, "Rethinking amnesties," 108.

una unidad dependiente de la Oficina del Director Nacional de la Fiscalía General para investigar estos casos. Sin embargo, por fuera de la competencia de la Comisión, en 2005 se modificó la política de enjuiciamiento y responsabilidad. Se le concedió al Director Nacional de la Fiscalía una amplia discrecionalidad para no procesar.

Sin embargo, tres años después, el Tribunal Superior de Pretoria dictaminó que la política era inconstitucional, ilegal e inválida, ya que equivaldría a la inmunidad contra el enjuiciamiento para las personas que no habían cooperado con la TRC o a las que se les había denegado la amnistía. En este sentido, resulta pertinente remarcar que la Constitución sudafricana es la ley suprema del país. Sólo los tratados incorporados por ley del Parlamento forman parte de la legislación sudafricana. Los departamentos gubernamentales requieren de un escrutinio estricto antes de su paso por el Parlamento. Deben verificar que no haya ninguna norma en conflicto del tratado con la ley local⁹⁴.

El sistema dualista de derecho sudafricano y el uso de amnistías fue una decisión deliberada de un país luego de una gran crisis social prolongada en el tiempo. El sistema jurídico sudafricano hoy en día vela por la igualdad y mantiene los principios rectores de la Constitución y recalca las obligaciones de derecho internacional.

A la luz de estos recientes acontecimientos, queda clara la intención del país por respetar su proceso conciliatorio. Las amnistías en Sudáfrica fueron utilizadas- y condicionadas- a los efectos de lograr un efecto sanador en una sociedad afligida por décadas. Las amnistías no pretendían desconocer lo ocurrido, sino establecer una dirección hacia este futuro en común. Aun las intenciones políticas posteriores que pusieran en pugna el valor intrínseco del proceso llevado a cabo a fines de los 90, no fue suficiente para derrocar los valores del imperio de la ley sudafricano.

ii. El ejercicio del perdón como herramienta de reconstrucción pacífica

El proceso de Sudáfrica creó un enfoque pluralista, con una pedagogía crítica refuerza los valores democráticos. Su aporte histórico fue la utilización del perdón como instrumento jurídico y social de reconstrucción.

Las transiciones democráticas pueden ser clasificadas según su estado jurídico. Es decir, si este fue de continuidad o de ruptura.⁹⁵ Los procesos de continuidad, como fueron los casos de España y Chile, “el nuevo sistema legal surge del anterior conforme el proceso normal de creación de nuevas leyes”⁹⁶. Mientras que las transiciones de ruptura son aquellas en las que la democracia está fundada en una constitución que

⁹⁴ Dugard, “International Law,” 81.

⁹⁵ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 188.

⁹⁶ Nino, *Juicio al mal absoluto*, 188.

deja atrás el sistema legal antiguo. Esta última categoría es el caso del proceso de democratización de Sudáfrica.

Según Dworkin, como Nino, la igualdad y la libertad son valores elementales de un gobierno democrático. La existencia de una Constitución Nacional implica un acuerdo entre iguales, un pacto social que subyace a la superioridad política y nos une como comunidad.⁹⁷ En el caso sudafricano, recién con la llegada de la Constitución Previsional de 1993 y las negociaciones que comenzaron en este proceso dieron pie a un orden democrático.

La redacción de la Constitución comprometió al país a una política de reconciliación, no de venganza. “Sin perdón no hay futuro, pero sin confesión no puede haber perdón” escribía Desmond Tutu, presidente de la TRC en un informe oficial de la Comisión en 1998.

Tras haber trascurrido por cuatro décadas de segregación, discriminación y perpetuidades de violencia bajo el sistema de apartheid, y de la supremacía blanca establecida por el Partido Nacional en 1948, correspondía un cambio profundo en los valores de las instituciones. La construcción de la memoria o la pregunta en sí sobre si corresponde o no construir una memoria social, fue una de las principales aristas del proceso. Bajo nuestra interpretación, la solución sudafricana fue, incluso, armónica.

En la dicotomía que presenta pasar de un régimen de abusos de derechos humanos a una sociedad democrática, Sudáfrica tuvo que tomar una decisión. Como hemos venido desarrollando, las opciones en el campo de justicia transicional, numerosas veces, se traducen a verdad o justicia. No obstante, el camino elegido fue una tercera opción: la reconciliación.

En efecto, el proceso de justicia de Sudáfrica fue multifacético. Tenemos, por un lado, como trasfondo, (i) la política de estado bajada en lo que es un nuevo texto constitucional. Luego, (ii) la reconstrucción de la verdad y un relato en conjunto mediante la TRC y las amnistías; y, por último, (iii) la complementariedad y honor al pueblo mediante la educación.

Para lograr la reconciliación tan anhelada, lo más importante fue una política de estado que persiste hasta el día de hoy. La redacción de una constitución nueva que ilustre los valores de una sociedad comprometida con la igualdad y la democracia fue el primer paso. El proceso de justicia transicional sudafricano fue, en efecto, un proceso y un

⁹⁷ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, traducido por Marta Isabel Guastavino Castro (Ariel, 2013).

procedimiento de creación constitucional.⁹⁸ La creación sincrónica de la TRC junto con la Constitución ha sido interpretada como una herramienta legal, de rango constitucional para el nuevo orden gubernamental de Sudáfrica⁹⁹. Esta alternativa reflejó una intención de cambiar la historia de abusos.

La TRC fue un proceso más largo, tenía una arista social y trascendental. La TRC tuvo una repercusión mediática inigualable con respecto a otras comisiones de la misma índole. Las audiencias y el trabajo de la TRC fueron cubierto por radio durante los años de trabajo. En palabras de su propio integrante, Alex Boraine, activista anti-apartheid y político, explica que la TRC “permitió al pobre, al analfabeto, a las personas viviendo en áreas rurales a participar en el trabajo así era verdaderamente una experiencia nacional y no meramente un trabajo restringido a un puñado de comisionados seleccionados”.¹⁰⁰

La Comisión cumplía un rol dramático y catártico para el pueblo.¹⁰¹ Para tomar dimensión del trabajo y el alcance de la comisión, es importante tener en cuenta que en los archivos nacionales de Sudáfrica en Pretoria se encuentra presente una colección de un total de 10.446 horas de grabaciones de audio y 7.101 videos de dos horas de las audiencias públicas de la TRC¹⁰². Incluso, teniendo en cuenta que las audiencias públicas solo representaron una pequeña parte de la actividad de la TRC. Menos del 10% de las 21.000 víctimas que dieron su testimonio fueron seleccionadas para audiencias públicas.¹⁰³

Al mismo tiempo, para Desmond Tutu, la Comisión también cumplía con un rol curativo. La TRC era una oportunidad de brindar una posibilidad de contar la historia de todos, de que ello tiene un efecto catártico y sanador. Sin dudas, fue un proceso que posibilitó sollozar el dolor. En palabras del director Desmond Tutu, el perdón no se trata de olvidar. Sino por el contrario, perdonar es cruzar la línea de la memoria que amenaza con envenenar la existencia misma de Sudáfrica y su sociedad.¹⁰⁴ Perdonar es la fina relación entre ambas acciones lo que hace tan valioso. En este sentido, distintos

⁹⁸ Andrea Lollini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa* (Human Right Context, 2011), 341.

⁹⁹ Lollini, *Constitutionalism and Transitional*, 341.

¹⁰⁰ Alex Boraine, *A country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, (New York: Oxford University Press, 2000), 89.

¹⁰¹ Catherine Cole, “Transitional Justice and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission”; *Theatre Journal* 59, no. 2 (2007), 175. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25070005>.

¹⁰² Cole, “Transitional Justice and,” 179.

¹⁰³ Cole, “Transitional Justice and,” 172.

¹⁰⁴ Desmond Tutu, “No future without forgiveness” (1999), en Henry J. Steiner; Philip Alston International, *Human Rights in Context: Law Politics Morals*; Segunda ed., (Oxford University Press, 2000), 1244.

estudios empíricos fueron conducidos a los efectos de cuantificar la recepción de la TRC. Para la mayoría de los sudafricanos de origen africano, la comisión fue exitosa en lograr sus objetivos.¹⁰⁵

Por último, la educación también fue una apuesta hacia la reconciliación por el gobierno sudafricano. En Sudáfrica, el Estado juega un papel sustancial en la determinación del contenido de los libros de texto y la enseñanza en las escuelas por la centralización de la selección y aprobación de libros de los planes de estudio secundarios.¹⁰⁶ Los textos utilizados en la curricula estudiantil promueven las discusiones sobre la marginalización, la discriminación, y los abusos sufridos por el pueblo sudafricano. Asimismo, los textos también desarrollan sobre el accionar de la TRC y exponen las contradicciones como el desacuerdo de las partes del proceso. A modo de ejemplo, *Viva History*, uno de los libros más utilizados, toma un curso especial al referenciarse al rechazo del gobierno de apoyar las iniciativas particulares de las víctimas a demandar.¹⁰⁷ Para algunos autores, dicha generalización de reacciones negativas de nota de la imparcialidad de la TRC¹⁰⁸. En este sentido, los textos buscan presentar el complejo panorama de la comisión en relación con las víctimas y sus familiares.

En este sentido, Sudáfrica ha empleado un modelo pedagógico caracterizado por diseños de libros de texto basados en fuentes que adoptaron un enfoque pluralista del pasado y una pedagogía crítica, como democrática. Estos libros buscan la participación del alumno y en el rechazo “regímenes de verdad”. Este enfoque difiere notablemente del libro de texto de narración única modelos típicamente adoptados en sociedades post-conflicto.¹⁰⁹ A mayores luces, los libros de texto sudafricanos analizados por Bentreovato y Wassermann indican que los alumnos son expuestos a disonancias narrativas con diversos puntos de vista; al hacerlo, buscan promover comprensiones complejas y de múltiples perspectivas de los países en disputa.

Es posible considerar que los libros de texto son predominantemente críticos y democráticos. La utilización de los libros de textos es una aspiración clave de la

¹⁰⁵ James L. Gibson, “Overcoming Apartheid; Can Truth Reconcile a Divided Nation?” (New York: Russell Sage Foundation, 2004); James L. Gibson, “The Truth about Truth and Reconciliation in South Africa” *International Political Science Review* 26, no. 4 (2005), citado por Cole, “Transitional Justice and,” 171.

¹⁰⁶ Bentreovato y Wassermann, “Mediating transitional”, 339.

¹⁰⁷ Bentreovato y Wassermann, “Mediating transitional”, 345.

¹⁰⁸ Ver Charles Dugmore et al., *Spot on History, Grade 12 Learner’s Book* (Cape Town: Pearson, 2013); *Mario Fernandez et al., Focus History: Learner’s Book Grade 12* (Cape Town: Maskew Miller and Longman, 2013).

¹⁰⁹ Bentreovato y Wassermann, “Mediating transitional”, 346.

justicia¹¹⁰. Mediante la educación, es posible dotar de un enfoque crítico los acontecimientos históricos y promover la cultura. Sin duda, mediante el uso de libros de textos con enfoques semejantes resulta exitoso el avance institucional hacia la democracia.

Bajo nuestro entendimiento, la metodología de la reconciliación y la estructuración de un futuro mediante la educación busca paliar las dificultades a las que se afrontó la TRC al momento de su creación. Mediante una pedagogía crítica y educativa, Sudáfrica clarificar aquellos espacios de sombra- o huecos- de su proceso. El camino trazado por el pueblo sudafricano recalca la dimensión escatológica de la justicia transicional. Demuestra la voluntad de una sociedad de salir de la tragedia de sus horrores.¹¹¹ Frente a todo el dolor sufrido, fue posible sembrar una semilla de esperanza mediante el perdón. El respeto por las víctimas, sus familias, pero principalmente, por la comunidad en su totalidad por la afligido y el compromiso hacia el futuro sentó las bases para un proceso único en la comunidad internacional que inspiró a otros países a aspirar hacia el mismo norte.

El proceso ilustra de forma idónea como, Sudáfrica por fuera del proceso adversarial tradicional penal, las reformas institucionales y políticas pudo contribuir a la reconciliación de un pueblo, al refuerzo del Estado de Derecho y transformar tanto dolor en paz.

V. Conclusiones

En el trabajo hemos desarrollado sobre los distintos estándares internacionales que compelen a los Estados a la persecución de los crímenes por violaciones de derechos humanos bajo criterios únicos bajo un sistema penal adversarial. Los estándares de justicia derecho internacional y las obligaciones de los Estados están planteadas bajo esquemas de justicia retributiva que se asocia con el castigo, principalmente orientados en los sistemas legales occidentales.

Por otro lado, la justicia restaurativa busca restaurar a la comunidad. se considera una forma alternativa de justicia fuera del sistema judicial formal, al menos de acuerdo con la práctica legal occidental.¹¹² El valor del perdón tiene diversas dimensiones

¹¹⁰ Bentrovato y Wasserman, "Mediating transitional", 350.

¹¹¹ Hazan, "Measuring the impact," 21.

¹¹² Wendy Lambourne, "Transformative justice, reconciliation and peacebuilding" en *Transitional Justice Theories Routledge* editado por Susanne Buckley-Zistel, Teresa Koloma Beck, Christian Braun, Friederike Mieth (2013).

multidisciplinarias, como la religión, la moral y el derecho. Este sistema promueve el uso de la verdad material y la reconciliación comisiones o mecanismos consuetudinarios oficiosos en los que la atención se centra en reconstruir o restaurar las relaciones y la comunidad.

En el marco del dolor de los individuos y sus comunidades, también es posible sembrar la semilla del perdón. No obstante, el ejercicio del perdón no es una actividad libre de críticas. La imposibilidad de ejercer la punidad es una realidad de los procesos de justicia transicional, como así también de todo proceso que involucre la persecución de un crimen en un Estado de Derecho.

El perdón, en los casos de justicia restaurativa puede ser ejercido mediante amnistías o comisiones de verdad, cuyas crítica también encuentran un espacio en el modelo sudafricano. Este proceso de fines de siglo tuvo un ejercicio de ambas alternativas en búsqueda de la reconciliación social. Marcado por más de cuatro décadas de hostigamiento, discriminación, segregación y estructuras legales de perpetuidad de violaciones de derechos humanos, Sudáfrica buscó la creación de un modelo orientado hacia la reconstrucción pacífica de su sociedad mediante el perdón. Las alternativas de Sudáfrica fueron tres: la clarificación de una nueva política de estado bajada en lo que es un nuevo texto constitucional; la reconstrucción de la verdad y un relato en conjunto mediante la TRC y las amnistías y, por último, la complementariedad y honor al pueblo mediante la educación.

El camino adoptado por la sociedad sudafricana fue idóneo para su comunidad, dado su determinado contexto. En efecto, bien hemos entablado que, cuando se trata de métodos de justicia restaurativa, si bien no hay una unívoca opción, ejemplos como el sudafricano permiten cambiar el enfoque crítico hacia la apertura del abanico de la discrecionalidad estatal.

El proceso de Sudáfrica creó un enfoque pluralista, con una pedagogía crítica que refuerza los valores democráticos de una nación. Su aporte histórico fue la utilización del perdón como instrumento jurídico y social de reconstrucción con un fin social. La incorporación de la voz comunitaria en pos de la verdad en su proceso fue vital para satisfacer los objetivos de la Comisión. La reconciliación es un valor en sí mismo y un camino factible de seguir ante las graves violaciones de derechos humanos.

Como palabras finales, el proceso sudafricano, marcó un antes y un después en la gran dicotomía clásica entre la verdad y justicia del campo de justicia transicional.

VI. Bibliografía

Act No. 200, Sudáfrica (1993).

Act No. 34, Sudáfrica (1993).

Ali, Amir. *The Importance of Forgiveness in Islam*, INST. ISLAMIC INFO. & EDUC. Disponible en <http://www.iiie.net/index.php?q=node/52> (consultado el 2 de junio de 2022).

Amnistía Internacional. Verdad, Justicia y Reparación: Creación de una comisión de la verdad efectiva. POL 30/009/2007, 2007. Disponible en, <https://www.amnesty.org/es/wpcontent/uploads/sites/4/2021/08/pol300092007es.pdf> (consultado el 1 de mayo de 2022).

Amnistía Internaiconal, "South Africa: Truth and Justice: Unfinished Business in South Africa, Amnistía Internacional", AFR 53/001/2003, 2003. Disponible en <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/afr530012003en.pdf> (consultado el 25 de mayo de 2022).

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/147, A/RES/60/147, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.

Barnes, Catherine. *Owning the process: public participation in peacemaking*, Accord 13. Londres, Conciliation Resources 2002. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/315816690_Owning_the_Process_Public_Participation_in_Peacemaking (consultado el 2 de junio de 2022).

Bentrovato, Denise y Wassermann Johan. "Mediating transitional justice: South Africa's TRC in history textbooks and the implications for peace". *Global Change, Peace & Security*, 30 no. 3 (2018): 335-351, DOI: 10.1080/14781158.2018.1438386.

Berdaguer Rauschenberg, Nicholas Dieter. "Justicia de transición y democracia. Notas sobre la actualidad de una relación conceptual". *Revista Questión* 1, no. 54, Buenos Aires (2017): 22-24. Disponible en <https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/3928> (consultado el 2 de junio de 2022).

Boraine, Alex. *A country Unmasked: Inside South Africas Truth and Reconciliation Commission*. New York: Oxford University Press, 2000.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta de Naciones Unidas.

CIDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Cole, Catherine. "Transitional Justice and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission". *Theatre Journal* 59, no. 2 (2007): 167-187. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25070005> (consultado el 25 de mayo de 2022).

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución N° 955, S/RES/955 (1994).

Constitución de la República de Sudáfrica, Act No. 108 (1996).

Constitución Provisional de Sudáfrica (1993).

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención Internacional sobre la Eliminación.

Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.

Convención para una Sudáfrica Democrática

Convención sobre Derechos del Niño.

Convenio de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Dugard, John. "International Law and the South African Constitution". *European Journal of International Law* 8, Issue 1 (enero 1997): 77-92. Disponible en <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a015563> (consultado el 1 de mayo de 2022).

Dugmore Charles, et al. *Spot on History, Grade 12 Learner's Book*. Cape Town: Pearson, 2013.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, traducido por Marta Isabel Guastavino Castro. Ariel, 2013.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Fernandez Mario, et al., *Focus History: Learner's Book Grade 12*. Cape Town: Maskew Miller and Longman, 2013).

Gibson, James L. "Overcoming Apartheid; Can Truth Reconcile a Divided Nation?". New York: Russell Sage Foundation, 2004.

Gibson, James L. "The Truth about Truth and Reconciliation in South Africa". *International Political Science Review* 26, no. 4 (2005).

Goldstone, Richard. "The South African Bill of Rights". *Texas International Law Journal* 32, 1997: 451-470.

Hazan, Pierre. "Measuring the impact of punishment and forgiveness: a framework for evaluating transitional justice; *International Review of the Red Cross* 88, no. 851, (2006): 19-47, Disponible en https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_861_2.pdf (consultado el 1 de mayo de 2022)

Internal Security Act, Sudáfrica (1982).

John Dugard, "Retrospective Justice; International law and the South African Model". *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies* editado por A. James McAdams. Notre Dame, London: University of Notre Dame Press (1997): 269-290.

Lambourne, Wendy. "Transformative justice, reconciliation and peacebuilding". *Transitional Justice Theories* Routledge editado por Susanne Buckley-Zistel, Teresa Koloma Beck, Christian Braun, Friederike Mieth (2014).

Lollini, Andrea. *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*. Human Right Context, 2011.

Mallinder, Louise y McEvoy, Kieran. "Rethinking amnesties: atrocity, accountability and impunity in post-conflict societies". *Contemporary Social Science*, 6:1 (2011). Disponible en <https://doi.org/10.1080/17450144.2010.534496> (consultado el 2 de junio de 2022).

Mallinder, Louise. "Can Amnesties and International Justice be Reconciled?". *International Journal of Transitional Justice* (2007), doi:10.1093/ijtj/ijm020, 2008-230.

Marumo, O. Phemelo. "Reconciliation in South Africa in light of the imago Dei and koinonia". *Verbum et Ecclesia* 40 no. 1 (2019). Disponible en: <https://doi.org/10.4102/ve.v40i1.1905> (consultado el 2 de junio de 2022).

Minow, Martha. "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court".

Harvard International Law Journal 60, no. 1 (2019): 1-46. Disponible en https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/HILJ_601_1_Minow.pdf (consultado el 25 de mayo de 2022).

Minow, Martha. "Forgiveness, Law, and Justice". *California Law Review* 103, no. 6 (December 2015): 1615-1646.

Minow, Martha. "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court". *Harvard International Law Journal* 60, no. 1 (Winter 2019): 1-46.

Minow, Martha. *When Should Law Forgive?* New York: W. W. Norton Company, 2019.

Nelson Mandela, *Cartas desde la prisión*, traducido por Júlia Ibaraz. Barcelona: Malpaso Ediciones S.L.U. 2018.

Nino, Carlos. *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Traducido por Martín Böhmer. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Paige, Arthur. "How "transitions" reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice", *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, Vol. 31, No. 2 (Mayo 2009): 321-367. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/20486755>; p. 326 (consultado el 1 de mayo de 2022).

Perrone-Moises, Claudia. "Forgiveness and Crimes Against Humanity: A Dialogue Between Hannah Arendt and Jacques Derrida" (2006).

Population Registration Act, Sudáfrica (1950).

Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

Prohibition of Mixed Marriages Act, Sudáfrica (1949).

Rieff, David. *Elogio del olvido: las paradojas de la memoria histórica*, traducido por Aurelio Major. Debate: Barcelona, 2017.

Shaw N., Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Pres, 2017.

Suppression of Communism Act, Sudáfrica (1950).

Tatían, Diego. “¿Fundar una comunidad después del crimen?”. *Discusiones XXI* 12, no.1 (2013): 59-69 Disponible en [¿Fundar una comunidad después del crimen? Anotaciones a un texto de Claudia Hilb \(conicet.gov.ar\)](#) (consultado 2 de junio de 2022).

Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Vol. 1, capítulo 5, (1998).

Tutu, Desmond. No future without forgiveness. 1999. Henry J. Steiner; Philip Alston International, *Human Rights in Context: Law Politics Morals*; Segunda ed., (Oxford University Press, 2000): 1244-1246.

Wiesenthal, Simon. *Los límites del perdón – dilemas éticos y racionales de una decisión*, traducido por Carlos Ossés Torrón. Paidós: Barcelona, España, 1998.



Universidad de
San Andrés