

La justicia transicional desde un enfoque restaurativo.
Una mirada al proceso sudafricano veinticinco años
después

*Transitional justice from a restorative approach.
A look at the South African process twenty-five years
later*

Por EMILIA BEA
Universitat de València¹

RESUMEN

En el presente trabajo, partiendo de una perspectiva restaurativa, se analizan los tres momentos o pasos que permiten entender el proceso constitucional y transicional sudafricano. El primero, de resolución de conflictos, basado en la negociación política y que requiere abordar la naturaleza del apartheid como crimen contra la humanidad. El segundo, centrado en los principios de la Constitución provisional de 1993 y en la jurisprudencia constitucional previa a la Constitución definitiva de 1996, que lleva a afrontar importantes retos teóricos y a reflexionar sobre la noción de ubuntu. Y el tercero, dedicado a la tarea desarrollada por la Comisión Verdad y Reconciliación, que implicará plantear la controvertida cuestión de la amnistía condicionada, en relación con exigencias de la justicia internacional como la lucha contra la impunidad o la reparación a las víctimas.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+I «Justicia penal preventiva y tutela del orden público» (DER2016-77947-R, AEI/FEDER, UE), del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y en el Proyecto PROMETEO/2018/156 «Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural», de la Generalitat Valenciana.

Palabras clave: *Justicia transicional, justicia restaurativa, apartheid, constitucionalismo, reconciliación, reparación.*

ABSTRACT

This article aims at analysing three moments or steps to better understand the constitutional and transitional South African process from a restorative justice perspective. The first moment focusses on conflict resolution and political negotiations, and proposes to analyse apartheid as a crime against humanity. The second moment analyses the principles of the interim Constitution of 1993, the constitutional decisions and the definitive Constitution of 1996, and reflects upon the ubuntu principle and other theoretical challenges. The third moment pays attention to the works of the Truth and Reconciliation Commission and discusses the controversial question of conditional amnesty, especially in relation to international justice requirements of reparation of victims, or to fight against impunity.

Keywords: *Transitional justice, restorative justice, apartheid, constitutionalism, reconciliation, reparation.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS QUE DESEMBOCA EN LA CONSTITUCIÓN PROVISIONAL DE 1993: 2.1 *El apartheid, crimen contra la humanidad.* 2.2 *Las negociaciones y el inicio de la transformación.* – 3. EL PROCESO CONSTITUYENTE QUE CULMINA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1996: 3.1 *Los principios constitucionales y la noción de ubuntu.* 3.2 *La jurisprudencia constitucional.* – 4. EL PROCESO DE RECONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA COMISIÓN VERDAD Y RECONCILIACIÓN: 4.1 *Una propuesta de justicia restaurativa.* 4.2 *La amnistía condicionada:* 4.2.1 Act associated with a political objective. 4.2.2 Full disclosure of all relevant facts. 4.3 *El derecho de reparación a las víctimas.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE CONFLICT RESOLUTION PROCESS LEADING TO THE 1993 INTERIM CONSTITUTION: 2.1 *Apartheid, a crime against humanity.* 2.2 *The negotiations and the beginning of the transformation.* – 3. THE CONSTITUENT PROCESS CULMINATING IN THE 1996 CONSTITUTION: 3.1 *The constitutional principles and the notion of ubuntu.* 3.2 *The constitutional jurisprudence.* – 4. THE RECONCILIATION PROCESS THROUGH THE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION: 4.1 *A proposal of restorative justice.* 4.2 *The Conditional amnesty:* 4.2.1 Act associated with a political objective. 4.2.2 Full disclosure of all relevant facts. 4.3 *The right to reparation of victims.*

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas del siglo XXI parece evidente el acierto y la proyección de las palabras de Hannah Arendt cuando dijo en 1945 que «el problema del mal será la cuestión fundamental de la vida intelectual de la posguerra en Europa»². La toma de conciencia sobre el crimen contra la humanidad y sobre la necesidad y dificultad de contrarrestarlo no ha dejado de crecer y de extenderse por todo el mundo desde entonces, dando lugar a un nuevo paradigma, conocido como justicia transicional, que más que «una forma especial de justicia» es «una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos», es decir, un modo de abordar la justicia en épocas de transición a partir de una situación de conflicto o de represión por parte del Estado. En la definición proporcionada por el *International Center for Transitional Justice* (ICTJ) se añade que «su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia»; «al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos, fomentando la confianza ciudadana y el fortalecimiento del Estado de derecho»³. Todos los elementos que analizaremos a lo largo de las siguientes páginas se encuentran enunciados en esta breve caracterización, ya que hablaremos del mal –más en concreto, del mal específico del *apartheid*, tipificado como crimen contra la humanidad–, de la responsabilidad de sus perpetradores, de los derechos de las víctimas y del trabajo de reconciliación y de reconstrucción que dotó de sentido a un proceso constitucional, el sudafricano –cuyo periodo álgido se sitúa entre 1993 y 1996– que continúa siendo fuente de tanta admiración como controversia. El carácter ambiguo y eminentemente innovador, e incluso provocador, de todo el proceso, y muy en especial de su institución más representativa, la Comisión Verdad y Reconciliación (CVR), creo que justifica la necesidad de visitar el escenario de la Sudáfrica post-

² ARENDT, H., *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós, 2005, pp. 167-168.

³ <https://www.ictj.org/es>. Véase, entre la amplia literatura sobre el tema, J. ELSTER, *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Katz, 2006; DORADO, J., «Justicia transicional», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 8, 2015, pp. 192-204; y GARCÍA PASCUAL, C., «Acceso a la justicia en épocas de transición. De la justicia ordinaria a los mecanismos alternativos», en García Pascual, C. (coord.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 257-300. Según afirma la autora: «La teoría de la justicia de transición necesariamente debe buscar sinergias, una aproximación holística que combine los procedimientos judiciales, las comisiones para la averiguación de la verdad sobre el pasado, las reparaciones, materiales y simbólicas, y las reformas institucionales», pp. 296-297.

apartheid con la perspectiva de los veinticinco años de distancia que nos separan de aquel acontecimiento, esto es, con un inevitable escepticismo y desconfianza ante promesas incumplidas sobre todo en el campo de las reparaciones económicas, pero también con la convicción de que en aquellos momentos allí ocurrió algo de lo que todavía podemos aprender y que, en ese sentido, vale la pena conmemorar.

Lo que llamó la atención del mundo entero, y no solo de la opinión pública, los medios de comunicación, líderes políticos, eminentes juristas, literatos y cineastas, sino también de filósofos contemporáneos tan influyentes como Paul Ricoeur, Jacques Derrida, Barbara Cassin o Tzvetan Todorov, fue, en palabras de Gustavo Zagrebelsky, que «a diferencia de otros intentos fallidos para superar las fracturas sociales a través de instrumentos análogos, en Sudáfrica verdad, justicia y paz» han sido posibles, «en una medida que ha evitado ulteriores y más graves violencias e injusticias»⁴. El efecto que se buscaba era el de «una catarsis social» y «la exoneración de las sanciones, tanto penales como civiles, no comportaba el perdón y el olvido, como sucede en nuestra noción de la amnistía, sino, por el contrario, la memoria y la elaboración del mal cometido y sufrido»⁵. Los objetivos de la justicia transicional –derecho a la justicia, derecho a la verdad, derecho a la reparación y garantía de no-repetición– eran perseguidos a través de un enfoque restaurador o restaurativo, hasta entonces restringido al campo de delitos de escasa gravedad o al tratamiento penal de menores. El reto era poner a prueba el nuevo modelo de justicia restaurativa –nuevo pero con raíces muy antiguas y plurales a la hora de buscar la sanación de las víctimas, los infractores y la comunidad⁶– en un escenario internacional en el que la justicia penal había tenido el protagonismo a partir de la segunda guerra mundial, y ver en qué medida podía contribuir a consolidar esos cuatro pilares básicos de la justicia en transición, a sabiendas de que ninguno de estos objetivos podrá lograrse en su plenitud, pues cualquier visión de un orden justo es un horizonte normativo con el que orientar la acción, pero no algo que pueda realizarse en ningún caso de forma íntegra, y, menos si cabe, cuando el discurso moral, político y jurídico ha de enfrentarse a expresiones del mal que alteran de forma sustancial la propia arquitectura del orden humano y social. Después del mal no puede ni debe esperarse el bien pues, como advirtió la propia Arendt, «lo

⁴ ZAGREBELSKY, G., y MARTINI, C. M., *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 43.

⁵ *Ibid.*, p. 42.

⁶ Me permito remitir a un trabajo anterior sobre el tema: BEA, E., «Referentes culturales y filosóficos de la justicia restaurativa», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013, pp. 193-214.

absoluto imparte fatalidad a todos, una vez que se introduce en el terreno político»⁷. La toma de conciencia del mal no puede hacernos caer en un abuso de esta noción, que, según alerta Richard Bernstein, al basarse en dicotomías simplistas, corrompe la política y sofoca el pensamiento crítico⁸. Frente a este posible «abuso del mal», parece recomendable escuchar al citado Todorov cuando advierte: «Sabemos que los hombres en ocasiones han estado tentados ellos mismos de representar [ese] papel de purificadores, y sabemos los resultados catastróficos a los que han conducido tales ambiciones en los regímenes totalitarios. En democracia no se alimentan semejantes proyectos de eliminación definitiva del mal. Sin embargo, existen iniciativas acá y allá, y una de ellas toma la forma de una llamada a la memoria»⁹.

En efecto, todos los intentos de justicia transicional, y en particular los que se plantean desde un prisma restaurativo, lo que pretenden en última instancia es que la paz no se produzca a costa de los imperativos de justicia y de verdad, es decir, con olvido de los crímenes del pasado. Aunque se sea consciente de que el dolor de las víctimas es esencialmente irreparable y que, por tanto, toda alternativa es precaria, su presencia, y el intento de curar sus heridas en la medida de lo posible, se convierte en un paso indispensable para llegar a fundar un nuevo contrato social. Una especie de *memoria passionis* latente en el corazón de la democracia¹⁰.

Como se ha dicho con acierto y trataremos de analizar en el presente trabajo, la democracia sudafricana es el paciente resultado de una triple fundación instituyente: «primero, el proceso de resolución de conflictos que desemboca en los principios de la Constitución de 1993; segundo, el proceso constituyente que culmina con la Constitución de 1996; tercero, el proceso de reconciliación hecho realidad por la Comisión Verdad y Reconciliación»¹¹. Tres momentos interdependientes que resultan decisivos a la hora de entender la transición de un régimen basado en la segregación racial, tipificado internacionalmente como crimen contra la humanidad, a un sistema democrático centrado en el reconocimiento y la unidad de todos sus ciudadanos.

⁷ ARENDT, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2009.

⁸ Véase BERNSTEIN, R., *El abuso del mal. La corrupción de la política y de la religión desde el 11/9*, Madrid Katz, 2006.

⁹ TODOROV, T., *La memoria ¿Un remedio contra el mal?*, Barcelona, Arcadia, 2009, p. 7.

¹⁰ Véase METZ, J. B., *Memoria passionis. Una evocación provocadora en una sociedad pluralista*, Santander, Sal Terrae, 2007.

¹¹ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation. Dire la vérité, faire la réconciliation, manquer la réparation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004 (pp. 13-26), pp. 24-25.

2. EL PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS QUE DESEMBOCA EN LA CONSTITUCIÓN PROVISIONAL DE 1993

2.1 *El apartheid, crimen contra la humanidad*

Durante décadas, desde la instauración del *apartheid* en 1948, el espacio para la negociación y el diálogo parecía completamente cerrado en Sudáfrica. El régimen era en su esencia la negación de toda relación entre personas pertenecientes a grupos raciales diferentes, es decir, la ausencia de reciprocidad hasta el extremo de no admitir ninguna semejanza con el otro. La política de segregación dividía a la sociedad en grupos raciales y, por definición, establecía una férrea separación (literalmente *apartheid* en afrikáans) entre ellos. El concepto de «desarrollo separado» constituyó la base teórica de las políticas discriminatorias: «*Separate Development* fue el concepto central sobre el que se sustentó la visión del mundo encarnada en el *apartheid*. Partía del presupuesto según el cual los diferentes grupos humanos –razas o “grupos poblacionales”– ocupaban lugares diferentes en la escala evolutiva de la humanidad y poseían ritmos diferentes de desarrollo», y, en consecuencia, si toda cultura es indefectible y biológicamente diferente, lo mejor para su coexistencia es que cada uno se “desarrolle” según sus propios criterios, a sus propios ritmos y en sus propios lugares. En esto consistió el *apartheid*»¹². Desde la perspectiva de la hegemonía blanca, que era la dominante, representando de modo supremacista a la nación y la propia idea de civilización, el nativo era el enemigo, caracterizado como un bárbaro siempre amenazante por una especie de tendencia violenta innata y no reprimida culturalmente. Como escribió Maurice Blanchot: «El *apartheid* encontró su forma jurídica cuando el resto de países colonizadores se hundían [...] Para los boers todo ha pasado al revés como si tuvieran la responsabilidad de detener el futuro y de hacer verdadera la formulación desconsiderada de Hegel: “África no tiene historia” [...] El *apartheid* ha dado lugar a una legislación casi más insoportable que la esclavitud»¹³.

La ley fundamental del *apartheid*, la Ley de Registro de Población núm. 30 de 1950, clasificaba a las personas según sus características raciales siguiendo las pautas establecidas por «un sinnúmero de antropólogos sudafricanos educados en la Alemania eugenista de los años veinte»¹⁴. A esta clasificación racial –que distinguía entre blancos, los

¹² CASTILLEJO, A., *Los archivos del dolor. Ensayos sobre la violencia y el recuerdo en la Sudáfrica contemporánea*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2009, p. 83.

¹³ BLANCHOT, M., «Notre responsabilité», en VV. AA., *Pour Nelson Mandela*, Paris, Gallimard, 1986 (pp. 213-217), pp. 215-216.

¹⁴ CASTILLEJO, A., *Los archivos del dolor*, cit., p. 83. Véase Martín, L. G. (ed.), *Un pasado criminal. Sudáfrica y Argentina: argumentos y documentos para el debate*

afrikaaners, y no blancos, y, dentro de estos, entre los «de color» o *kleurlinge*, y nativos, indígenas o negros— se añadió en una sección especial la categoría de asiáticos o indios. Como se dirá en las conclusiones de los trabajos de la CVR, las estrategias discursivas del *apartheid* utilizaban una retórica puramente racista, siendo «el racismo una doctrina ideológica sistemática que crea al otro como esencialmente diferente»¹⁵, además de una retórica victimista que proyecta la imagen de las otras razas como un peligro para la minoría blanca.

La construcción de la *otredad* desde estos parámetros se plasmó en toda una serie de normas destinadas a garantizar la separación entre grupos poblacionales y la represión de cualquier posible atentado a la seguridad pública. La regulación incluyó progresivamente la prohibición de los matrimonios mixtos; la negación del derecho a voto; la creación de áreas residenciales para cada grupo étnico, como los *bantustanes*, con restricción de residencia de los nativos en las zonas urbanas; el control de la movilidad, con exigencia de un permiso de la autoridad para la simple entrada de los negros en las ciudades; y un sinnúmero de medidas de segregación en el sistema educativo, sanitario, laboral o en los transportes y resto de servicios públicos, destinadas a evitar el contacto «contaminante» entre los blancos y las otras razas y a mantener las relaciones de subordinación entre los grupos étnicos.

Esta humillante situación discriminatoria, enmarcada dentro de la ley, desencadenó crecientes acciones de resistencia popular, que en su mayoría eran actos no-violentos de desobediencia civil encabezados por activistas de diversas organizaciones políticas y cívicas. A pesar de su carácter pacífico, las manifestaciones y protestas fueron brutalmente reprimidas, llegando a su punto álgido con la matanza de manifestantes de Sharpeville en 1960. Esta masacre determinó un cambio de orientación en el movimiento de liberación, que empezó a abrazar la lucha armada. El propio Nelson Mandela, principal artífice de la transición sudafricana, afirmó que «los días de la lucha no violenta habían acabado» y que «los ataques de la bestia salvaje no pueden evitarse con las manos desnudas». La insurgencia y la anti-insurgencia se fueron radicalizando y tanto los actos de segregación racial como los de la resistencia se intensificaron y se hicieron más violentos. El Informe sobre Sudáfrica del Comité contra la Tortura de la ONU de 2005 recordaba que «El encarcelamiento sin juicio se transformó en ley. La tortura de los detenidos políticos pasó a ser práctica habitual de las fuerzas de seguridad [...] El Gobierno racista también comenzó a utilizar métodos clandestinos, que más tarde fueron desvelados por el proceso de la Comisión Verdad y Reconciliación, como las desapariciones de personas, los asesinatos de reclusos y los atentados contra los países vecinos que apoyaban el movimiento de

te, Buenos Aires, Katz, 2017, p. 33.

¹⁵ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 37-57), p. 49.

liberación»¹⁶. Una de las víctimas de esta brutal represión fue Mandela, líder del Congreso Nacional Africano (CNA) y por entonces también de la organización guerrillera *Umkhonto we Sizwe* o Lanza de la Nación, arrestado por conspiración y actos de sabotaje, dirigidos a derrocar el régimen, y condenado a cadena perpetua en el Proceso de Rivonia en 1963-1964. Como sabemos, pasó veintisiete años en prisión, en condiciones degradantes durante largos períodos. Es famoso su alegato ante el tribunal desde el banquillo de los acusados, que tendría gran repercusión internacional: «Atesoro en mi corazón el ideal de una sociedad democrática y libre, en la que todas las personas vivan juntas en armonía y con igualdad de oportunidades. Es un ideal por el que espero vivir y que espero alcanzar. Pero si es necesario, es un ideal por el que estoy dispuesto a morir»¹⁷.

La respuesta del exterior no se hizo esperar y se sucedieron desde 1963 las declaraciones afirmando que el racismo y la discriminación racial, especialmente el *apartheid*, constituían una vulneración de los derechos humanos fundamentales y una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. El *apartheid* fue identificado de manera explícita en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) y en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), con el precedente de dos resoluciones de 1966 en las que se condenaban, como crímenes contra la humanidad, la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona y la política de *apartheid*. De forma aún más explícita y pormenorizada, en 1973 se aprobó la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, que incluye «las políticas y prácticas de segregación y discriminación racial» que dan lugar a «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». Esta misma caracterización se recoge en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que sitúa al *apartheid* entre los crímenes de lesa humanidad.

El descrédito internacional del *apartheid*, único régimen político definido durante su existencia como un crimen contra la humanidad, se materializó en la progresiva ruptura de relaciones comerciales y diplomáticas con muchos países, en el veto a la participación en campeonatos internacionales como los Juegos Olímpicos e, incluso, en la pérdida de apoyo bélico de su gran aliado Estados Unidos, lo que sumió al país en una situación de total aislamiento, insostenible para el mantenimiento de las privilegiadas condiciones políticas, económicas y sociales de la minoría blanca. A ello se sumó la creciente espiral de violencia en las organizaciones armadas, que convertiría a Sudáfrica en un

¹⁶ Comité Contra la Tortura, CAT/C/52/Add.3. 25 de agosto de 2005.

¹⁷ Véase la Web de la ONU sobre El Día Internacional de Nelson Mandela.

escenario de guerra civil no declarada. No era solo una contienda entre negros y blancos sino también intrarracial, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en los ataques del grupo nacionalista zulú Partido de la Libertad Inkatha contra partidarios del Congreso Nacional Africano. Además, el enfrentamiento político entre el CNA y el Congreso Pan Africanista de Azania (CPA), o con la Organización del Pueblo Azanio (AZAPO), fue bastante enconado en algunos momentos, junto al conflicto con el Movimiento de Conciencia Negra. La masacre de estudiantes de Soweto en 1976, por cuya protesta el famoso activista de esta última organización y promotor de la desobediencia civil, Steve Biko¹⁸, fue detenido y finalmente asesinado, también contribuiría al rechazo del *apartheid* en la opinión pública internacional.

2.2 Las negociaciones y el inicio de la transformación

Este rechazo supuso el apoyo desde el extranjero al Congreso Nacional Africano, lo cual, unido al apoyo interno del Movimiento Democrático de Masas conformado por diversas organizaciones ilegales de mestizos, indios y negros, convirtió a Nelson Mandela en el principal interlocutor de las primeras conversaciones tendentes a la abolición del *apartheid*. En la década de los ochenta hubo alguna reunión secreta en la cárcel de Robben Island, en la que Mandela pasó la mayor parte de su condena (el preso 466/64), y se iniciaron algunas tímidas reformas del sistema, como la creación por el gobierno de Botha de un parlamento tricameral, con participación de cada grupo racial excepto los negros. El bloqueo internacional y la lucha del movimiento de liberación no se detuvieron por ello, sino todo lo contrario, y la situación era tan asfixiante que se declaró el estado de emergencia. A Mandela se le había ofrecido salir de la cárcel si cumplía determinadas condiciones, pero se negó a aceptar su libertad si no iba unida a la de su partido y a la de su pueblo. En este sentido, Susan Sontag escribía sobre él en aquellos años: «Ahora no es libre dentro de la prisión, pero es poderoso. Es poderoso a causa de la confianza que fluye hacia él desde la comunidad que representa. Pedimos su libertad porque buscamos la libertad de la mayoría de los habitantes de su país. Su libertad es la de ellos. Él lo ha querido así. Exigimos su libertad. Y la libertad de aquellos en cuyo nombre está encarcelado»¹⁹.

Muchos intelectuales de la talla de la escritora norteamericana reconocieron la autoridad de Mandela, que fue capaz de ejercerla a lo largo de toda la negociación con un espíritu conciliador y dialogante,

¹⁸ Steve Biko alertó al mundo de que «el arma más potente en manos del opresor es la mente del oprimido». Las autoridades sostuvieron que Biko había fallecido como resultado de una huelga de hambre, pero en 1997 varios policías admitieron ante la Comisión Verdad y Reconciliación haberlo asesinado.

¹⁹ SONTAG, S., «Cette homme. Ce pays», en *Pour Nelson Mandela*, cit., (pp. 67-75), pp. 71-73.

imprescindible a la hora de asumir un papel decisivo en la resolución de conflictos, o quizá más propiamente, en la «transformación» del conflicto, dado el carácter eminentemente constructivo del proceso. Su salida de la cárcel se produjo en febrero de 1990 junto a otros 120 integrantes del CNA, nueve días después de que, ante el desastre económico y el descontento social, el presidente Frederik de Klerk, del Partido Nacional, anunciara en el Parlamento que el tiempo de la violencia había acabado y que era la hora de la reconstrucción y la reconciliación. La prueba de que la voluntad de abolir el *apartheid* iba en serio fue la legalización de los partidos políticos opositores, el reconocimiento de derechos políticos a la población negra y la paulatina supresión de la legislación racista. A pesar de las graves tensiones entre los liberales y conservadores en el lado afrikáner, un referéndum le concedió a De Klerk facultades para avanzar en las negociaciones con los representantes de la oposición de cara a la elaboración de una nueva Constitución. En el otro lado, aunque se había agudizado la rivalidad por la hegemonía en la comunidad negra entre el CNA y el Inkatha, Nelson Mandela continuó siendo la voz más autorizada del proceso.

En prisión, la relación de Mandela con la lucha armada había ido cambiando paulatinamente hacia posiciones cada vez más críticas respecto al uso de la violencia. Como recuerda Derrida, «su concepto de libertad ya no tenía sentido si no se elevaba por encima de la oposición, de la unilateralidad, de la guerra misma, liberando al opresor de su propia esclavitud»²⁰. Quitar la libertad a otro hace que tanto el opresor como el oprimido sean despojados de su humanidad²¹. Tzvetan Todorov, desde su consideración de Mandela como un «insumiso excepcional»²², señala en esta línea que «descubrir que los grandes criminales de la historia son humanos como nosotros es uno de los mecanismos que permite acercarnos a ellos; el otro consiste en mostrar aquello que en nuestro interior nos recuerda lo que vemos en ellos. Constatar que son humanos o que nosotros somos (capaces de convertirnos en) “inhumanos” viene a ser lo mismo»²³. Reconocer que la inhumanidad es algo humano supone humanizar a los verdugos, sin querer por ello ni perdonarlos ni minimizar sus crímenes. Y supone también llamar la atención sobre los mecanismos que engendran el mal²⁴. La naturaleza malvada del *apartheid* radica en la constante utilización de la estrategia discursiva del odio, que es evidentemente la del racismo, el etnocentrismo, la discriminación y la segregación.

²⁰ DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu*, pardon: quel genre?», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 111-156), p. 127.

²¹ Así acaba la autobiografía de Nelson MANDELA, *El largo camino hacia la libertad*, Madrid, Aguilar, 2010.

²² TODOROV, T., *Insumisos*, Barcelona, Galaxia Gutemberg, 2016, p. 146.

²³ TODOROV, T., *La memoria ¿Un remedio contra el mal?*, cit., p. 18.

²⁴ *Ibid.*, pp. 36-37.

Nada podría cambiar si no se llegaba a articular una estrategia diferente, cuyo principio esencial queda plasmado en las memorias de Mandela cuando recuerda que en la cárcel se apaciguó su rabia contra los blancos, pero se intensificó su odio al sistema.

Las conversaciones debían partir de un elemento clave en todo proceso de resolución pacífica de conflictos, especialmente importante al tratarse de un contexto fundamentado en la exclusión del diferente: reconocer al otro como interlocutor válido y confiar ciegamente en su honestidad y en su palabra. Además, sentarse en la mesa de diálogo suponía aceptar el principio general de no establecer líneas rojas o precondiciones innegociables. Desde estas premisas, en diciembre de 1991 se iniciaba en Kempton Park la Convención por una Sudáfrica Democrática (CODESA), que fue el marco de referencia de los debates que alumbrarían la Sudáfrica *post-apartheid*. El proceso se organizó como una negociación multipartidista en la que muy pronto las posiciones comenzaron a moverse²⁵ para intentar consensuar la futura Constitución y articular la transición de sus instituciones hacia la democracia, abriendo paso a las elecciones de abril de 1994, en las cuales la población negra ejerció su derecho a voto por primera vez. Pero el camino hacia la nueva Sudáfrica no fue fácil. En los años de la CODESA se derramó más sangre que en las décadas anteriores, cifrándose en miles el número de víctimas. A pesar de que la lucha armada fue suspendida como primera contrapartida del CNA en la negociación, miembros de diversos partidos políticos y de organizaciones radicales realizaron múltiples actos de violencia, a los que se sumaron los intentos de complot de los extremistas blancos²⁶. El control de las fuerzas de seguridad para evitar que estallara una guerra civil fue uno de los mayores retos y, a tal efecto, se impulsaron investigaciones independientes y se implementaron actuaciones locales de resolución de conflictos²⁷.

Destaca en esta línea la tarea desarrollada por el Grupo de trabajo sobre delitos políticos, que supuso la adopción de los Principios de Norgaard, a tenor de los cuales, «en ciertas circunstancias un delito común, inclusive un crimen grave como el asesinato, podría considerarse un delito político», y, además, que tal consideración sería aplicable a las dos partes: *anti-apartheid* y agentes estatales²⁸. Se esboza, así, la salida –que abordaremos detenidamente– a «un elemento incó-

²⁵ UNESCO, Registro de Memoria del Mundo, Archivos de la CODESA 1991-1992 y Archivos del proceso de negociación multipartidaria, 1993.

²⁶ En septiembre de 1991 se firmó el Acuerdo Nacional de Paz entre el Partido Nacional, el CNA e Inkatha.

²⁷ El sector económico también tuvo un papel activo en la resolución de conflictos, en especial a través del Movimiento Empresarial de Consulta (MEC), que actuó incluso como mediador entre los partidos.

²⁸ GONZÁLEZ, D., «Notas iniciales sobre el alcance de las amnistías en relación con los crímenes de guerra», *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 44, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, p. 7.

modo que planeaba sobre cualquiera de las discusiones iniciadas: la herencia del *apartheid* y todos los crímenes y violaciones de los derechos humanos que se habían cometido en su nombre, tanto para defenderlo como para desafiarlo»²⁹.

Otra medida muy importante en este proceso de tratamiento de conflictos es el acuerdo, entre CNA, el Partido comunista y la central sindical COSATU, de compartir el poder en caso de victoria electoral de su alianza, así como el compromiso entre el CNA y los todavía representantes del *apartheid* de constituir un gobierno de unidad nacional durante cinco años y la elección de una Constituyente por sufragio universal. Es el momento de lo que, con razón, Erik Doxtader ha llamado *la réconciliation avant la réconciliation*, mostrando el vínculo esencial, frecuentemente olvidado, entre la tarea llevada a cabo en el MPNP (Proceso de negociación multipartido) y la realizada posteriormente por la CVR. Esta reconciliación inicial se hizo posible gracias a la aplicación del «método del consenso suficiente», perspectiva conciliadora proclamada como «la invención (única) de la cultura de negociación sudafricana», con el objetivo de «expresar un compromiso común en favor del cambio político y una “buena fe” compartida»³⁰. El éxito de estos acuerdos queda patente en la formación en 1994 de un gobierno plural³¹, símbolo de la pretendida democracia multirracial.

Antes de las elecciones y de la formación del nuevo gobierno democrático, se aprobó en diciembre de 1993 una Constitución provisional, que culmina el proceso de negociación y que, como analizaremos en el siguiente apartado, es un texto de extraordinario valor desde el punto de vista filosófico-jurídico.

En el Preámbulo de la Constitución provisional se pone ya de manifiesto el objetivo de configurar un sistema democrático que sea la pura antítesis del régimen anterior, pues «es necesario crear un nuevo orden en el que todos los sudafricanos tengan derecho a una ciudadanía sudafricana común en un estado constitucional soberano y democrático, en el que haya igualdad entre hombres y mujeres y personas de todas las razas para que todos los ciudadanos puedan disfrutar y ejercer sus derechos y libertades fundamentales». Los treinta y cuatro principios constitucionales que figuran en Anexo consagran la no discriminación, los derechos fundamentales de todos los ciudadanos sudafricanos, la supremacía de la Constitución, la separación de poderes, la diversidad de lenguas y culturas, el reconocimiento del derecho

²⁹ SÒRIA, F., «Sud-Àfrica. Transició i reconciliació», en *Transició, drets humans i reconciliació nacional*, dCIDOB, 78, p. 28.

³⁰ DOXTADER, E., «La réconciliation avant la réconciliation. “La précédençe” sud-africaine», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 243-259), p. 245.

³¹ Gobierno presidido por el líder del CNA, Mandela, con vicepresidencias de De Klerk (PN) y Mbeki (CNA), siendo ministro del Interior Buthelezi (PLI). La colaboración entre Mandela y De Klerk fue reconocida internacionalmente recibiendo conjuntamente el Premio Nobel de la Paz en 1993.

indígena y del consuetudinario, y la estructuración del gobierno a nivel nacional, provincial y local. Con especial fuerza argumentativa, la cláusula final o Epílogo expone que «Esta Constitución ofrece un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por la lucha, el conflicto, un sufrimiento e injusticia indecibles, y un futuro fundamentado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, la coexistencia pacífica y oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos, sin importar su color, raza, clase, creencias o género». En los párrafos siguientes, fundamentales a fin de entender las líneas de continuidad del proceso sudafricano, leemos: «La búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz requieren la reconciliación del pueblo de Sudáfrica y la reconstrucción de la sociedad. La adopción de esta constitución asegura las bases para que el pueblo sudafricano trascienda las divisiones y las luchas del pasado que generaron graves violaciones de los derechos humanos, la transgresión de principios humanitarios en los violentos conflictos y un legado de odio, temor, culpa y venganza. Estos pueden ser abordados ahora sobre la base de que existe la necesidad de comprensión y no de venganza, una necesidad de reparación y no de represalias, una necesidad de *ubuntu* y no de victimización. Para avanzar en tal reconciliación y reconstrucción, la amnistía será otorgada respecto de todos los actos, omisiones y ofensas relacionadas con objetivos políticos y cometidos en el transcurso de los conflictos del pasado».

3. EL PROCESO CONSTITUYENTE QUE CULMINA CON LA CONSTITUCIÓN DE 1996

3.1 Los principios constitucionales y la noción de *ubuntu*

La primera etapa del proceso sudafricano, desarrollada en la esfera política de la negociación, ha abierto el paso a la esfera jurídica, cuya primera manifestación constitucional son estas disposiciones de 1993, que inspirarán y limitarán la tarea de la Asamblea Constituyente convocada tras las primeras elecciones universales multirraciales de 1994. La adopción del texto definitivo dependerá de su adecuación al texto provisional, controlada por el Tribunal Constitucional.

Sin duda, aquí se cifra uno de los aspectos más innovadores del proceso constituyente y un auténtico reto para la teoría del derecho, ya que hay un parámetro de principios que se sitúa por encima de la propia Constitución, siendo el Tribunal Constitucional el órgano de tutela que velará por la conformidad del texto definitivo respecto a ese parámetro. Además, se introduce en el marco constitucional el tercer proceso enunciado al principio, y que abordaremos más adelante, el proceso de reconciliación, pues se reconoce el papel de «instrumento

constituyente suplementario»³² a la Comisión Verdad y Reconciliación en la medida en que la Constitución provisional anuncia la adopción de una ley «que dispondrá los mecanismos, criterios y procedimientos, incluidos los tribunales, si cabe, mediante los cuales se tratará la amnistía». Esta «habilitación-obligación»³³ se llevará a efecto en 1995 con la ley que creará la CVR confirmando la especificidad del constitucionalismo *post-apartheid*.

Las constituciones contemporáneas están ligadas a un relato fundacional y a una generación constituyente, y, en el caso de Sudáfrica, este vínculo resulta muy potente por la coyuntura histórica y el prestigio de las personalidades que fraguaron su proceso constitucional. Para mantener ese potencial de cara al futuro, los principios constitucionales cobran una singular relevancia pues, siguiendo a Zagrebelsky, son un criterio de legitimidad que proyecta la impronta de su origen en las sucesivas adaptaciones a la realidad: «Son factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio [...]. En una constitución basada en principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad»³⁴. La peculiaridad del constitucionalismo sudafricano reside en que los principios constitucionales presentes en la Constitución provisional de 1993, con carácter previo a la Constitución definitiva de 1996, son los que operan una auténtica inversión del pasado del *apartheid* en futuro de reconstrucción de un país libre, basado en la no discriminación y en el respeto de la diversidad. La exigencia de reconciliación, como nudo gordiano de esos principios y de ese instrumento constituyente supletorio que es la CVR, tiene un carácter inaugural que ilumina la voluntad constituyente hasta el punto de limitar su ejercicio, desafiando con ello las categorías habituales del derecho constitucional.

Un desafío materializado en «un sutil e ingenioso dispositivo de performatividad instituyente»³⁵, a través del cual, «la Constitución definitiva de 1996 aparece como una norma subordinada a la Constitución provisional de 1993, lo que conduce a la promoción de una paradójica jerarquía en el seno de una misma esfera de constitucionalidad»³⁶. Sería un mandato constitucional de un determinado momento que se reconocería como superior e intangible en el momento siguiente, cumpliendo por tanto «una misión, cuya necesidad teóri-

³² LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 27.

³³ PHILIPPE, X., «Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 219-241), p. 229.

³⁴ ZAGREBELSKY, G., *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 89-90.

³⁵ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 17.

³⁶ *Ibid*, p. 16.

ca no ha dejado de ser señalada por la filosofía política moderna (por ejemplo, la figura del *Législateur* de Rousseau), pero que no ha sido casi pensada hasta aquí por la ciencia jurídica»³⁷. Según advierte Olivier Cayla: «El derecho constitucional de 1993, que ha definido el espíritu de “verdad y reconciliación”, se presenta como una especie de derecho constitucional “fundamental” superior al derecho constitucional “ordinario”, lo que es paradójico pues difícilmente puede concebirse una jerarquización entre niveles de normatividad constitucional sin introducir, al menos subrepticamente, la idea de un derecho supraconstitucional intangible, es decir, la idea de un derecho natural por principio incompatible con toda idea del derecho positivo»³⁸. En este caso, sin embargo, «el mecanismo de verdad y de reconciliación aparece como una condición pragmática indispensable a la constitución de la normatividad constitucional»³⁹, esto es, «juega un papel de fundamento del derecho constitucional y, por tanto, de fundamento de la normatividad jurídica en su conjunto, en virtud de un esquema de análisis de tipo kelseniano»⁴⁰, si bien operaría una especie de contrato social empírico y no el ficticio de la «norma fundamental» entendida como una suposición lógico-transcendental. El fundamento no sería un mero elemento del «discurso asertivo de la teoría del derecho» sino propiamente un elemento del «discurso prescriptivo del derecho»⁴¹, pues los principios y derechos fundamentales que se colocan como test para verificar la conformidad de la Constitución definitiva están también en un texto constitucional real.

Abundando en este análisis, a juicio de Andrea Lollini, el protagonismo de la amnistía en todo este proceso convierte la fase constituyente en el «equivalente funcional de un tratado de paz», «al coste institucional de una suspensión temporal de la lógica judicial *stricto sensu*»⁴². Si, como recuerda Luigi Ferrajoli en referencia al actual proceso transicional colombiano y con apoyo en el propio Kelsen, la paz es el valor supremo, el fundamento principal del contrato social y la razón misma del artificio jurídico e institucional, no es de extrañar que la solución pacífica negociada del conflicto se sitúe incluso por encima de la voluntad popular como algo incuestionable e, incluso, como un objetivo «que debe ser alcanzado a cualquier precio», y «el precio es precisamente la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y, por lo tanto, la estipulación para ellos de un modelo diferente de justicia», el modelo llamado de «justicia

³⁷ *Ibid.*, pp. 16-17.

³⁸ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., pp. 93-94.

³⁹ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», cit., p. 17.

⁴⁰ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 94.

⁴¹ *Ibid.*, p. 95.

⁴² TONIATTI, R., «Introduzione» a LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 10.

transicional»⁴³. Una justicia, añade Ferrajoli, que no tiene un carácter retributivo sino sencillamente reparador y restaurativo: «Justicia de reparación basada en el reconocimiento de valores morales y políticos no menores que la justicia retributiva: la reconciliación nacional, la represión de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica, que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo públicamente sus sufrimientos y por lo tanto rehabilitándolas en su dignidad de personas»⁴⁴.

En el contexto sudafricano, la idea de la paz, como valor supremo y fundamento del orden jurídico, tiene unas connotaciones especiales que solo pueden ser entendidas en relación con la noción de *ubuntu*; una noción que, como hemos visto, está expresamente citada en las disposiciones conclusivas de la Constitución provisional, y que inspirará la doctrina del Tribunal Constitucional, el estatuto de la CVR y la Constitución definitiva de 1996. En este sentido, se ha llegado a considerar que el concepto de *ubuntu* es la «precondición lógica, ética y jurídica de lo operado por la Constitución, la cual se plantea como instrumento de actuación de este principio constitucional»⁴⁵.

La noción de *ubuntu*, de origen bantú (lenguas zulú y xhosa), es difícil de traducir a una lengua occidental. Para entender su significado, hemos de acudir necesariamente a términos con los que estamos familiarizados pero que inevitablemente están ligados a una cosmovisión distinta a la de la tradición de origen. El propio Desmond Tutu, presidente de la CVR y principal impulsor de la presencia de esta noción en el proceso sudafricano, era un hombre fiel a sus raíces, pero educado en la fe cristiana, llegando a ser el arzobispo anglicano de Ciudad del Cabo y un eminente teólogo que llenó sus discursos de referencias bíblicas. Este aspecto ha suscitado sospechas sobre la posibilidad de que, tras la supuesta africanidad de las reivindicaciones, hubiera una cierta interiorización de la mentalidad colonial, si bien, como reconoce uno de estos críticos, Jacques Derrida, «la imposición del idioma es un drama inevitable pues no hay meta-idioma»⁴⁶. Desmond Tutu utiliza términos como reconciliación, perdón, tolerancia, hospitalidad, solidaridad, compasión, generosidad, fraternidad, que, si bien contribuyen a configurar el vocabulario de la dignidad humana, lo hacen introduciendo los matices peculiares de las diferentes culturas, y en este caso no solo de la cristiana, ni solo de la modernidad ilustrada, ni tampoco solo de la herencia ancestral de la África

⁴³ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, (pp. 146-161), p. 148.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁵ LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 247. Véase PORTINARO, P. P., *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milán, Feltrinelli, 2011, pp. 182-196. Según el autor, la justicia penal internacional tiene pretensiones cosmopolitas, pero olvida las tradiciones no occidentales.

⁴⁶ DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», cit., p. 138.

negra. La nación arcoíris es la imagen con la que Desmond Tutu evoca la profecía de un pueblo reconciliado y de una comunidad multirracial iluminada por el carisma de la diversidad de lenguas y culturas. A esta utopía es convocado todo lenguaje que hable de entendimiento mutuo y de trabajo en común, pero el corazón del discurso de la paz y de la reconciliación no está cifrado por casualidad en la noción de *ubuntu* ni tampoco es casual que se inspire en un proverbio zulú, *Umuntu ngomuntu ngabantu*, que viene a decir que «las personas son personas a través de las personas»⁴⁷.

La elección es deliberada y muy congruente con la nueva arquitectura social, pues *ubuntu* apela a la idea de «humanidad», es decir, a aquello que nos liga a los otros y nos constituye como seres interdependientes, y, por tanto, justo lo contrario de la segregación, de la separación, del propio significado semántico de *apartheid*. El *ubuntu* está fundado en la conciencia del otro como posibilidad de realización personal: «una persona que tiene *ubuntu* –afirma Desmond Tutu– es abierta y disponible, valora a los otros y no se siente amenazada si son competentes y eficaces, en la medida en que posee una confianza que se nutre del sentimiento de pertenencia a un conjunto, y se siente degradada cuando los otros son degradados, humillados, torturados, oprimidos o ninguneados. La armonía, la convivencia, el sentido de la comunidad son bienes preciosos». En cambio, «si menoscabo tu humanidad, me deshumanizo a mí mismo»⁴⁸. Al reivindicar esta visión relacional, que en la cultura africana se abre a todas las dimensiones del orden natural e incluso sobrenatural, Tutu no solo impugna el régimen del *apartheid*, sino que va hasta el fondo de la mentalidad colonialista, ya que desmiente los prejuicios de la visión colonial según los cuales el africano no tiene nada que ofrecer al mundo en términos filosóficos y éticos⁴⁹.

Desde el paradigma epistemológico occidental hegemónico, de cuño individualista, la retórica de Desmond Tutu resulta ambigua por introducir en el discurso valores, más de una vez explícitamente religiosos, que parecen no casar de entrada con las exigencias de una sociedad democrática. Sin embargo, esta ambigüedad discursiva puede ser interpretada, más que como un riesgo para las garantías y derechos conquistados, como la búsqueda de un modelo de democracia no necesariamente preestablecido capaz de respetar la vida en todos sus aspectos⁵⁰. En este sentido, Francesco Viola señala que «el

⁴⁷ Véase BROODRYK, J., *Ubuntu: Life lessons from Africa*, Pretoria, National Library of South Africa, 2002. El libro procede de la primera Tesis Doctoral realizada sobre la noción de *ubuntu*.

⁴⁸ Véase TUTU, D., *Dios no es cristiano y otras provocaciones*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2012, pp. 21-25.

⁴⁹ Véase MUROVE, M. F., «L'Ubuntu», *Diogenè*, vol. 235-236, núm. 3, 2011, pp. 44-59.

⁵⁰ Sobre las luchas contrahegemónicas de derechos humanos y su relación con una «ecología de los saberes», puede verse, entre otros muchos estudios, Santos, B. de S., y Meneses, M. (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Madrid, Akal, 2014.

camino ininterrumpido y nunca acabado hacia la realización de la justicia requiere una colaboración entre sus diferentes niveles con el respeto de su especificidad, lo cual significa que las distinciones tradicionales entre los diferentes ámbitos de la vida práctica (moral, política, derecho, economía, religión) se han hecho más fluidas y porosas y que se abren espacios de interdependencia y de prudente mezcla»⁵¹. En definitiva, según Barbara Cassin, *ubuntu* sería como en griego el *aidós*, «la conciencia de la mirada del otro, aquello que hace comunidad y da lugar a la justicia»; «una manera de designar el respeto como sentimiento fundador de lo político»⁵².

3.2 La jurisprudencia constitucional

El alcance político de la noción de *ubuntu* va unido a su función estrictamente jurídico-constitucional pues, según lo señalado anteriormente, es una pieza clave en el conjunto de principios que recoge la Constitución provisional de 1993, central como instrumento argumentativo por parte del Tribunal Constitucional. En concreto, la doctrina *ubuntu* fundamentó la inconstitucionalidad de la pena de muerte en el asunto *S. vs Makwanyane* (núm. 6/1995). El Tribunal Constitucional, interpretando disposiciones de la Constitución provisional, abolió la pena capital, pues sostuvo básicamente que violaba el derecho a no ser sometido a tratos ni penas crueles, inhumanos y degradantes (considerandos 33 a 39), en relación con el derecho a la vida (considerandos 80 a 86)⁵³. Sería muy interesante entrar a fondo en la sentencia pues ha sido considerada «un tratado de derecho comparado al pasar revista al estado de la cuestión de la pena de muerte en la mayor parte de las democracias avanzadas»⁵⁴. Nos conformamos, sin embargo, con algunas opiniones de los jueces que participaron en la decisión, por ejemplo, el juez Yvonne Mokgoro cuando señala que la doctrina *ubuntu* enseña que la vida no tiene precio y que, por consiguiente, ni el peor criminal debe ser castigado con la muerte, o el juez Pius Langa para quien «*ubuntu* regula el ejercicio de los derechos por el mecanismo de la responsabilidad compartida y del disfrute mutuo de los mismos»⁵⁵.

Entre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que revisan la adecuación de las leyes a los principios de la Constitución de

⁵¹ VIOLA, F., «Il perdono nella giustizia di transizione», en RAGONESE, R. (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, Ancora, 2017 (pp. 106-118), p. 118.

⁵² CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 52-53.

⁵³ Véase ARROYO, L., «La prohibición de las penas crueles e inhumanas y la abolición universal de la pena de muerte», *Revista de Occidente*, núm. 385, 2013 (pp. 5-26), p. 16.

⁵⁴ ABOTSI, A., «De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine», *R. J. T.* núm. 43, 2009 (pp. 409-432), p.397.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 408.

1993, nos interesa especialmente la modalidad de control constitucional consistente en someter el texto elaborado y adoptado por la Asamblea Constituyente a su conformidad con el de la Constitución provisional. Este procedimiento, sin parangón en el derecho comparado, es la prueba del carácter innovador del constitucionalismo sudafricano al que nos hemos referido en el apartado anterior. Como analiza Andrea Lollini, a través de esta vía, «se subordina el perfeccionamiento del ejercicio de la función constituyente al previo control de legitimidad atribuido a la Corte constitucional»⁵⁶. El control de certificación o de homologación sirve para autenticar el proyecto constitucional y, por consiguiente, no tiene carácter consultivo sino plenamente vinculante pues es un requisito que condiciona la validez del texto. De hecho, en una primera ocasión, el tribunal rechazó el proyecto por una serie de cuestiones de tipo competencial y procedimental⁵⁷, y no fue hasta una segunda revisión, tras realizar las modificaciones pertinentes, cuando se certificó la validez de la Constitución, que se convertiría en definitiva. El tribunal asumió de este modo una parte activa en el proceso constituyente; una función atípica para una Corte Constitucional, que es una clara muestra de la singularidad de la transición sudafricana. La Constitución de la República de Sudáfrica fue refrendada oficialmente el día 10 de diciembre de 1996, aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el escenario de la matanza de Sharpeville, lo cual refuerza la dimensión simbólica con que se sustanció todo el proceso. La Constitución sudafricana, redactada en los once idiomas oficiales, crea un sistema democrático que se basa en el principio de la supremacía de la Constitución (art. 2) y que se adecua básicamente al modelo de Estado constitucional de influencia alemana, lo cual puede parecer sorprendente al tratarse de una excolonia británica situada en la tradición del *common law*. Además, en el capítulo 9 de la Constitución, las «instituciones estatales que apoyan la democracia constitucional» conforman un armazón institucional independiente para evitar en el futuro las graves violaciones de los derechos humanos, tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales, que caracterizaron a la Sudáfrica del pasado⁵⁸.

Otra sentencia decisiva del Tribunal Constitucional del periodo comprendido entre la Constitución provisional y la Constitución definitiva es la sentencia AZAPO (17/96) en la que se examinó la constitucionalidad de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la

⁵⁶ TONIATTI, R., «Introduzione» a LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 9.

⁵⁷ *Certification of The Constitution of The Republic of South Africa*, núm. 23/96.

⁵⁸ PHILIPPE, X., cita una de las primeras sentencias del Tribunal, la núm. 23/94, cuyo mensaje es claro: «La Constitución no será únicamente interpretada desde un estricto punto de vista normativo, pues integrará la dimensión del pasado y de la reconstrucción de la sociedad», «Commission Vérité et Réconciliation et droit constitutionnel», cit., pp. 237-238.

Reconciliación de 1995, por la que, como veremos a continuación, se crea la CVR. La demanda se presentó en julio de 1996, días después de empezar a trabajar la Comisión. Los demandantes, familiares de víctimas como la viuda de Steve Biko, consideraban, entre otras cosas, que el proceso de amnistía constituía una vulneración de la garantía inscrita en la Constitución provisional que en su artículo 22 establecía el derecho a la tutela judicial efectiva. La propia Ntsika Biko declaraba: «Queremos todos la reconciliación, pero con la justicia»⁵⁹. Según el razonamiento casi unánime del Tribunal, la respuesta a este caso se encuentra en la significación y en la intención del Epílogo, pues, sin esta ley que concederá la amnistía a quien cumpla determinadas condiciones, no se podría establecer «un puente histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida» y «un futuro fundamentado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia, una coexistencia pacífica y oportunidades de desarrollo para todos los sudafricanos» (considerandos 18 y 19). La amnistía es una exigencia constitucional para el logro de la paz, que, como ya hemos señalado, es un valor supremo incluso al precio de soportar una extrema tensión con algún derecho fundamental, pues los propios derechos serán irrealizables sin un escenario futuro de pacificación. Leamos las propias palabras de su ponente, el juez Mohamed, al respecto: «El resultado, en todos los niveles, es realizar un equilibrio difícil, delicado, quizá angustioso, entre la necesidad de justicia para las víctimas de los crímenes del pasado y la necesidad de reconciliación y de una rápida transición hacia un nuevo futuro; entre el impulso a los autores de injusticias para que contribuyan a desvelar la verdad y la exigencia de reparación a las víctimas de esta verdad. Se trata de un ejercicio de una complejidad inmensa, en la interacción de un vasto tejido de consideraciones políticas, emocionales, éticas y organizativas» (considerando 21). La extrema dificultad de la decisión se dirime en la declaración de la constitucionalidad de la ley y en la habilitación, por tanto, a la CVR para ejercer sus funciones. Los beneficios políticos y sociales de la amnistía, sobre todo en cuanto al conocimiento de la verdad sobre actos monstruosos realizados durante el régimen, son superiores a los efectos que resultarían de la justicia penal. A pesar de que la sentencia es consciente de la enorme dificultad de convivir día a día con los autores de estos actos, parece la mejor vía para pasar de una sociedad racista y opresiva a una democracia multicultural y democrática.

Esta decisión no ha dejado de suscitar dudas sobre su compatibilidad con las exigencias de la justicia internacional. En la propia sentencia se señala que el derecho internacional no es automáticamente aplicable en el ordenamiento interno, sino que debe pasar por una valoración de aplicabilidad y, por tanto, de compatibilidad con la Constitución (considerando 27). Para saber si la amnistía es compati-

⁵⁹ HAZAN, P., *La paix contre la justice? Comment reconstruire un État avec des criminels de guerre*, Bruxelles, André Versaille éditeur, 2010, pp. 91-92.

ble con los estándares internacionales, los jueces constitucionales se remiten al Segundo protocolo adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, que en el artículo 6.5 recomienda conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en un conflicto armado, y de ahí concluyen que la amnistía condicionada es un mandato constitucional compatible con el derecho internacional (considerando 30); conclusión que da vía libre al trabajo de la CVR pero que no cierra la discusión sobre las posibles tensiones, como ahora veremos, entre sus funciones y principios jurídico-internacionales tan importantes hoy como el de la lucha contra la impunidad.

4. EL PROCESO DE RECONCILIACIÓN A TRAVÉS DE LA COMISIÓN VERDAD Y RECONCILIACIÓN

4.1 Una propuesta de justicia restaurativa

El proceso de reconciliación, protagonizado por la CVR, es la clave de bóveda de la transición sudafricana ya que concentra todas las expectativas de verdad, justicia y paz generadas tanto en el proceso negociador como en el proceso constituyente. En este sentido, ya hemos visto que la Comisión se inserta en el marco constitucional como instrumento suplementario para cumplir la «habilitación-obligación» de la Constitución provisional de 1993 y para construir la unidad en la diversidad que la Constitución definitiva de 1996 proclama como principal atributo de la República Sudafricana.

La CVR fue creada por la Ley 34 de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995. Su principal objetivo es «establecer una imagen lo más completa posible de las causas, la naturaleza y el alcance de las violaciones graves de los derechos humanos», en el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1960 (masacre de Sharpeville) y el 10 de mayo de 1994 (juramento de Nelson Mandela como presidente). A tal efecto, se tendrá en cuenta el contexto; la perspectiva de las víctimas y también la de los responsables mediante la realización de investigaciones y la celebración de audiencias; se facilitará la concesión de amnistía a las personas que realicen la plena divulgación de todos los hechos relevantes relacionados con actos asociados con un objetivo político; se dará a conocer el destino o el paradero de las víctimas, se restablecerá su dignidad humana y civil dándoles la oportunidad de relatar las violaciones sufridas y recomendando medidas de reparación; y se redactará un informe con las conclusiones de la Comisión y las recomendaciones en prevención de futuras violaciones de los derechos humanos. Para el logro de estos objetivos, se crean tres comités: el Comité sobre Violaciones de los

Derechos Humanos, el Comité de Amnistía y el Comité de Reparación y Rehabilitación, además de una unidad de investigación y varios subcomités.

La Comisión estuvo compuesta por diecisiete comisionados (siete, mujeres), bajo la presidencia del arzobispo Desmond Tutu. Si bien es una institución que no pertenece ni al poder legislativo ni al poder judicial, al ser una corte «soberana» que ejerce funciones casi jurisdiccionales, debía estar caracterizada ante todo por su independencia (art. 36.1). Con un equipo de más de 300 empleados, cuatro grandes oficinas en diferentes puntos del país y un amplio presupuesto, su última sesión pública se desarrolló en agosto de 1997, aunque el Comité de Amnistía siguió funcionando hasta 2001. Tanto la repercusión internacional de la Comisión, dada la intensa cobertura de los medios de comunicación, como el seguimiento interno, a través de la retransmisión de las audiencias por la radio y la televisión, superaron todo lo previsible. La Comisión tomó declaración a más de 21.000 víctimas y testigos, 2.000 de ellos en audiencias públicas, además de a los demandantes de amnistía. La primera sesión de la Comisión tuvo lugar el 16 de diciembre de 1995 y la primera audiencia pública el 15 de abril de 1996, en que se fijó el carácter «ceremonial» de las posteriores reuniones, con himnos, oraciones y la invocación del *ubuntu*.

Este escenario casi teatral, que invita a hacer plenamente real lo representado, nos da idea del enfoque restaurativo con que la Comisión aborda los retos de la justicia transicional⁶⁰, hasta el punto de considerarse «el momento fundante de la presencia ineludible de mecanismos de justicia restaurativa en los países en procesos de transición»⁶¹. En este sentido, Philippe-Joseph Salazar señala que las palabras del Informe final de la Comisión⁶², «divulgar la verdad (en el sentido de lo “vivido”) frente a un auditorio respetuoso y una Comisión en majestad», son la mejor formulación posible de «las condicio-

⁶⁰ Según Antoine GARAPON, «la experiencia sudafricana saca su originalidad de haber sido escenificada [...] Ha inventado una escenografía original para reinaugurar la democracia, para recrear, juntos y ante todos, un reconocimiento mutuo que, en la vida cotidiana, no se reconoce como tal. Para salir de una situación sin equivalente, y probablemente sin pretenderlo, ha ofrecido a la *restorative justice* su primer teatro a tamaño natural». Así, «la Comisión Verdad y Reconciliación ha revelado a contrario la pobreza emocional del derecho». «La justice comme reconnaissance», *Vérité, réconciliation, réparation*, cit. (pp. 181-203), pp. 193 y 200.

⁶¹ GARCÍA PASCUAL, C., «Acceso a la justicia en épocas de transición», cit., p. 282. Véase MINOW, M. L., «Truth Commissions», en *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History After Genocide and Mass Violence*. Boston, Beacon Press, 1998, pp. 5290. Sobre la relación entre justicia transicional y justiciar restaurativa, véase Sullivan, D., y Tift, L. (eds), *The Handbook of Restorative Justice*, Routledge, New York, 2006.

⁶² Informe de cinco volúmenes, entregado por la Comisión a Mandela en octubre de 1998, y dos volúmenes suplementarios, en marzo de 2003. Véase TUTU, D., y SALAZAR, Ph. J. (dir.), *Amnistier l'apartheid: travaux de la Commission vérité et réconciliation*, Paris, Seuil, 2004, y MARTÍN, L. G. (ed), *Un pasado criminal. Sudáfrica y Argentina: argumentos y documentos para el debate*, cit.

nes retóricas de producción de la confianza». A su juicio: «La excepción sudafricana de la reconciliación valora doblemente el intercambio confiado de la palabra dada: ante la palabra del relato criminal (*account*), la palabra de la amnistía; ante el relato de la víctima (*storytelling*) la promesa de reparación y el potencial de sanación (que afecta también a los perpetradores). Unos y otros se dan un voto de confianza, que es lo que precisamente permite “instaurar reconciliación y reconstrucción”. Este doble don de confianza funda la posibilidad de *restorative justice*, la cual es “relacional”»⁶³.

Atendiendo a los objetivos establecidos por la Ley, en efecto, los tres focos de la justicia restaurativa –la comunidad, el infractor y la víctima– articulan el proceso, pues se persigue, en primer lugar, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido como previsión de futuras violaciones de los derechos humanos, por tanto, como garantía de no-repetición a la hora de instaurar un nuevo orden democrático; en segundo lugar, se compromete a otorgar la amnistía a los victimarios como medio para reintegrarlos en la vida social, y, en tercer lugar, se pretende restablecer la dignidad de las víctimas, tratando de satisfacer su derecho a la reparación. Los perpetradores, las víctimas y la comunidad –representada por los comisionados– tendrán una participación activa a la hora de descubrir un pasado de división y llegar a confeccionar un relato común.

Pero no olvidemos que el «proceso público, narrativo, reconciliador»⁶⁴, que se llevó a cabo en la CVR, es un paso de un proceso más amplio, que no podría entenderse desconectado del momento negociador. Barbara Cassin destaca que es entonces cuando se descartó la solución de Nuremberg, «porque no había todavía ni vencedor ni vencido», es decir, «en ese instante, y en la elección de ese instante, se realiza simultáneamente la elección de una justicia restaurativa»⁶⁵. Frente a la exigencia de los movimientos de liberación de aplicar la justicia penal a los responsables del régimen, y frente a la demanda del gobierno de pasar página y partir de cero, se eligió la tercera vía de una amnistía condicionada; una salida que se eleva a mandato constitucional en la fase constituyente y que quedará definitivamente legitimada con la sentencia AZAPO del Tribunal Constitucional en los términos analizados anteriormente.

Sin embargo, a pesar de lo dicho en esta sentencia, como hemos anticipado, el tipo de conductas que eran objeto de amnistía plantea inevitables problemas respecto a la obligación impuesta por el derecho internacional a los Estados de evitar la impunidad por las graves

⁶³ SALAZAR, Ph. J., «Relato, reconciliación, reconocimiento, a propósito de los perpetradores y de la amnistía de Sudáfrica», *Historia, Antropología y Fuentes Orales*, núm. 42, 2009 (pp. 37-53), pp. 49-50.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁶⁵ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 41.

violaciones de derechos humanos. En 1995 todavía no se había aprobado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, pero la dinámica de la justicia penal internacional (con los dos Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda) ya estaba en marcha como modelo de justicia transicional. Las coordenadas espacio-temporales del mundo jurídico se iban ensanchando al acoger principios como el de competencia universal, es decir, de extraterritorialidad en la persecución del crimen, y el de imprescriptibilidad⁶⁶. Ahora bien, en ningún instrumento jurídico internacional se marcaba una división tajante entre la respuesta penal a las graves violaciones de los derechos humanos y otras respuestas posibles. Incluso en el Estatuto de Roma, el artículo 53 sobre el Ministerio Fiscal introduce el principio de oportunidad, ya que, a pesar de la gravedad del crimen, puede denegar la investigación o el enjuiciamiento si considera que «no redundaría en interés de la justicia», y el artículo 17. 1. b) prevé la posibilidad de que el Estado haya investigado el caso y haya decidido no perseguir a la persona afectada, aunque no precisa si la investigación puede no ser la estrictamente penal. Josep Maria Tamarit Sumalla, tras un análisis de estos supuestos al que nos remitimos, concluye que «el Derecho internacional obliga a los Estados a evitar la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos», pero «permite una renuncia parcial a la respuesta penal si esta puede representar un obstáculo insalvable en un proceso de pacificación y reconciliación nacional, siempre que se garantice el respeto al derecho a la justicia, la verdad y la reparación»⁶⁷. Desde este planteamiento, los intereses de las víctimas están ligados a estos derechos y no estrictamente a un derecho al castigo.

En este sentido, puede haber una interpretación de la impunidad que, sin renunciar a tomarse muy en serio la necesidad de reaccionar contra las graves violaciones de los derechos humanos, evite el peligro de caer en una posición punitivista⁶⁸ —con la consiguiente puesta en riesgo de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad—, es decir, siguiendo el análisis de Jesús María Silva Sánchez, evite cualquier vestigio de la vieja ideología del *nullum crimen sine poena*. A su juicio, el «derecho a la justicia» no implica que ni la víctima ni la sociedad tengan una pretensión legítima de castigo, sino que tienen derecho, respectivamente, «al restablecimiento de su dignidad y al restablecimiento de los vínculos sociales puestos en cuestión por

⁶⁶ Principio recogido, en especial, en la ya citada Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, en la que se incluía el crimen del *apartheid*.

⁶⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, (pp. 1-29), p. 24.

⁶⁸ PASTOR, D. R., califica la extensión de la lucha contra la impunidad como «ideología de la punición infinita» y la caracteriza como una concepción «neopunitivista», *El poder penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 75-80.

el delito»⁶⁹. Para compensar la humillación sufrida por la víctima no es imprescindible infligir daño al autor, sino que podría bastar con la declaración pública del reproche, es decir, la suficiencia compensatoria de la declaración de culpabilidad.

De este modo, como advierte Antoine Garapon, la impunidad no equivale exactamente a la *impunición*; «la lucha contra la impunidad no es necesariamente una demanda de castigo, sino que puede ser la expresión de un trabajo de justicia más narrativo que punitivo»⁷⁰, en el que, al reconocer los hechos como faltas, se asume el crimen y se reúne a víctimas y verdugos en una misma aproximación al pasado. También Luigi Ferrajoli afirma que, ante una medida de gracia que comporte la comprobación de la verdad, la asunción de responsabilidades de los autores de las atrocidades cometidas, la estigmatización moral y política de sus acciones y el resarcimiento de las víctimas, no podrá hablarse de «impunidad, que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional»⁷¹. Lo que se requiere para la no-repetición de la barbarie es «la construcción de una memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado». Para ello, resultan mucho más necesarios los procesos, la comprobación de la verdad y la reconstrucción histórica, que las sanciones penales. Es cierto que suelen exceptuarse los crímenes más graves perpetrados por los autores intelectuales situados en la cúspide del régimen, pero también lo es que en este caso los principales responsables del gobierno o de la cadena de mando de las fuerzas de seguridad y autoridades militares de alto rango no serían amnistiados porque ni siquiera solicitaron la medida.

4.2 La amnistía condicionada

Entre, por un lado, una aproximación meramente retributiva al pasado criminal y, por otro, la amnistía general⁷², basada en la pura amnesia, el proceso sudafricano opta por una amnistía que opera acto por acto –acciones, omisiones y ofensas–, es decir, en casos particulares y concretos y que puede otorgarse parcialmente respecto a determinadas conductas y no respecto a otras del mismo agente. Podríamos decir que se trata de una medida de gracia de naturaleza híbrida, con características de la figura del indulto, ya que evita el castigo, pero sin

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «*Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del derecho de la víctima al castigo del autor», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 86-87, 2008 (pp. 149-172), pp. 163-164.

⁷⁰ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, Paris, Odile Jacob, 2002, p. 207.

⁷¹ FERRAJOLI, L., «La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna», cit., pp. 150-151.

⁷² Para una tipología de las leyes de amnistía, véase (en línea) SLYE, R. C., «The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law», 43 *VA. J. INT'L L.* 173, 2002.

extinguir las huellas y la memoria del crimen. Las condiciones establecidas por la Ley (art. 20.1) son el objetivo político de las acciones y la divulgación completa de los hechos relevantes. El capítulo 4 (art. 16-22) establece los mecanismos y procedimientos de la amnistía: se dará prioridad a las solicitudes de las personas bajo custodia; se resolverá administrativamente si la conducta no supone una grave violación de los derechos humanos; cuando los hechos sean graves y se cumpla la condición de ser un acto asociado a un objetivo político, se informará a los interesados, las víctimas y los implicados, y se trasladará el caso a audiencia pública; ninguna persona a la que se le haya otorgado amnistía será penal o civilmente responsable ni lo será ningún organismo u organización; si ya hubiera sentencia judicial condenatoria de la persona amnistiada, será anulada; y, por supuesto, para garantizar el derecho a la defensa, ninguna respuesta inculpativa o información podrá ser utilizada contra el declarante en un proceso penal posterior. También hay medidas de protección de testigos y el Comité puede excepcionalmente decretar que las sesiones sean a puerta cerrada.

4.2.1 ACT ASSOCIATED WITH A POLITICAL OBJECTIVE

La primera condición de la amnistía, «acto asociado a un objetivo político», se encuentra especificada en el artículo 20.2 de la Ley, que recoge elementos objetivos y subjetivos. La dimensión objetiva alude al hecho de haber sido miembro o partidario de una organización política, movimiento de liberación o de las fuerzas de seguridad del Estado en cumplimiento de sus deberes y funciones; al contexto de la actuación; a su realización en ejecución de una orden o con la aprobación de una organización, institución o movimiento de liberación; y a la proporcionalidad del acto respecto al objetivo perseguido. La dimensión subjetiva, a la que se da especial importancia, viene referida a la intención desinteresada o no del autor, pues se descarta cualquier acto cometido en beneficio personal o por malicia, mala voluntad o rencor hacia la víctima.

Uno de los factores más controvertidos es la aplicación del principio de proporcionalidad respecto al objetivo político. En el propio Informe final de la CVR aparecen algunos casos especialmente difíciles. El principal problema es saber si los asesinatos cometidos por motivos raciales pueden ser considerados de naturaleza política, pues al principio los crímenes por motivación racista fueron descartados, pero se fueron incluyendo posteriormente. También hubo vacilaciones sobre la cuestión esencial de la violencia de género, ya que no se respondió de forma contundente a la pregunta de si es posible violar por «motivos políticos»⁷³. En todos estos supuestos, a pesar de no estar

⁷³ ANTJIE DE KROG subraya las dimensiones de esta cuestión en *País de mi calavera. La culpa, el dolor y los límites del perdón en la nueva Sudáfrica*, Buenos Aires,

obligada por el «precedente», hubiera sido de agradecer una «jurisprudencia» más coherente por parte del Comité de amnistía⁷⁴. Además, aunque la frontera entre la violencia cometida por motivos políticos y la violencia puramente criminal sea porosa⁷⁵, la CVR debería haber afrontado con mayor rigor la complejidad del fenómeno, en cuanto que la distinción acarrea la condena penal o no por graves violaciones de los derechos humanos (*gross violations of human rights*), entre las que figuran acciones tan reprobables como «el asesinato, el secuestro, la tortura y los malos tratos a cualquier persona».

Junto a la cuestión de la gravedad de los delitos calificados como políticos, otro aspecto muy polémico de la Ley, como ya ocurriera en las fases anteriores del proceso, es la inclusión entre los perpetradores de los miembros de los movimientos de liberación en pie de igualdad a estos efectos con los del gobierno o las fuerzas de seguridad del régimen. Tanto los insurgentes *anti-apartheid* como los agentes estatales pueden acceder a la amnistía si los crímenes que cometieron son políticos. El régimen del *apartheid* contaminó toda la sociedad con la violencia basada en la separación entre grupos raciales y esto dio lugar a terribles violaciones de los derechos humanos, de las que no fueron solo responsables los miembros del régimen sino también los que luchaban contra él. Se trata de un crimen causado por este despliegue de la violencia en la acción política, es decir, por el uso de métodos radicalmente contrarios a la deliberación pacífica, propia de un orden democrático, «ya estén ligados a la injustificable causa del *apartheid* o a la moralmente correcta de la resistencia»⁷⁶. De hecho, fue muy superior el número de solicitudes de amnistía por parte de los miembros del CNA o de su brazo armado, algunos de los cuales compare-

UnsamEdita, 2016, libro en el que relata su experiencia como periodista ante la CVR. La narración recoge las declaraciones y testimonios con un estilo literario entre la ficción, la crónica, la autobiografía, el ensayo filosófico y la poesía. J. DERRIDA dedica al tema y a la autora un apartado del ya citado «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», bajo la rúbrica «Le viol n'est pas une violence parmi d'autres», pp. 143-147.

⁷⁴ LAX, I., «Le témoignage d'un commissaire. Juger les demandes d'amnistie et promouvoir la réconciliation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 289.

⁷⁵ A este propósito, la Comisión ya contaba con el criterio de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (art. 1), que excluía de su protección a aquellas personas que hubieran cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. Frente a la evolución experimentada por la legislación sobre extradición y asilo, marcada por el creciente predominio de cláusulas despolitizadoras de crímenes internacionales y de actos terroristas, en el momento en que se elaboró la ley, el umbral de gravedad para denegar la condición de refugiado era todavía bastante alto y debió ser tenido en cuenta. La pauta que regía entonces era más o menos la que actualmente propone recuperar el ACNUR, que «los delitos que deliberadamente infligen un extremo sufrimiento humano, o que violan principios *jus cogens* del derecho internacional, no pueden estar justificados por ningún objetivo político». Véase CAPELLÀ, M., «¿Qué queda del delito político en el Derecho Internacional contemporáneo? (Observaciones en los ámbitos de la extradición y del asilo)», *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), núm. 28, pp. 1-43, 2014.

⁷⁶ CASSIN, B.; CAYLA, O., y SALAZAR, Ph. J., «Présentation», cit., p. 19.

cieron ante la Comisión tanto en calidad de perpetradores como en su condición de víctimas.

Esta equiparación en el plano jurídico-formal puede interpretarse como consustancial al sentido profundo de la institución de una nueva categoría de crimen, el crimen contra la humanidad, pues el mal absoluto que representa está en el propio régimen político, en una violencia que ha sido institucionalizada, que no es contraria a la ley sino fruto de su aplicación estricta. Desde este punto de vista, la lección del *apartheid* para el futuro es que nunca más se puede establecer un muro de división entre amigos y enemigos, entre víctimas y verdugos, pero sí entre un régimen intrínsecamente malvado y un régimen democrático que protege a la política de sus gérmenes totalitarios⁷⁷. En el lado opuesto, el hecho de que también los insurgentes o la oposición armada puedan ser perpetradores se valoraría como la prueba evidente de la negación por parte de la CVR de la categoría de crimen contra la humanidad atribuida por el derecho internacional al régimen del *apartheid*, ya que los crímenes considerados son los cometidos en el contexto del *apartheid*, no el *apartheid* mismo como crimen contra la humanidad. En esta línea, Olivier Cayla considera que el alcance simbólico-político de la decisión de asimilar formalmente los crímenes es un auténtico atentado al propio «espíritu del derecho internacional de los derechos humanos, que hace de la justiciabilidad de los autores de crímenes contra la humanidad una cuestión de principio absoluto». Es más: «el tratamiento sudafricano de la cuestión se desmarca de la lógica, inaugurada en Nuremberg, que pone en valor la inconmensurabilidad del crimen contra la humanidad»⁷⁸. Desde esta perspectiva, sería imprescindible una condena en el plano jurídico-penal a los culpables de este crimen, que de ningún modo podrían ser otros que los responsables del régimen.

Frente a esta última postura, para el Tribunal Constitucional sudafricano y para la CVR, lo esencial es garantizar el plano moral y político del reconocimiento general del *apartheid* como crimen contra la humanidad, pues prima el objetivo restaurativo o reconstructivo de sanar el tejido social y reintegrar a todos los interlocutores en la vida activa de la comunidad, que en este caso equivaldría a lo que la Ley de 1995 denomina promover la unidad nacional y la reconciliación. La finalidad, por tanto, no es la amnistía, aunque esta sea la medida estrella del proceso, sino que más bien la amnistía sería un medio para la curación y la reparación. La reconciliación pasa por el conocimiento de los hechos y por el reconocimiento público de su naturaleza criminal, es decir, por una exigencia de verdad histórica, factual, moral y democrática, sin la cual resulta imposible reconstruir el vínculo social.

⁷⁷ Véase GARAPON, A., «Justicia transicional y justicia reconstitutiva», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), núm. 29, 2014, pp. 24-43.

⁷⁸ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 93.

4.2.2 FULL DISCLOSURE OF ALL RELEVANT FACTS

Por ello, la segunda condición de la amnistía es que el solicitante realice la plena divulgación de los hechos relevantes ante la Comisión, ya que el relato público y detallado de lo ocurrido es el requisito del reconocimiento del otro y del acceso por parte de todos a la ciudadanía y sus derechos. Según Barbara Cassin, el lenguaje cumple aquí tres funciones: el lenguaje como mundo común, que manifiesta el carácter político de todo ser humano y rehumaniza a víctimas y perpetradores a través de un uso compartido de la palabra; el lenguaje como fuerza eficaz, performativa, que construye lo real; y el lenguaje como terapia, que tiene una potencialidad restaurativa e incluso curativa⁷⁹. En este sentido, nos dice, se trata de «una condición filosóficamente impresionante o impresionante para un filósofo»; «La *full disclosure* implica un fuera del olvido»⁸⁰.

La amnistía, lejos de borrar el crimen, lo expresa públicamente. La auto-acusación, que se asemeja a un acto de confesión pública de culpabilidad, no opera a efectos de reducción de la pena, como ocurre con la confesión en la justicia penal internacional, sino en el marco de una nueva política criminal de carácter reconstructivo, que, como hemos visto, no equivale a la mera impunidad dada la clara exposición del perpetrador ante los ojos de la comunidad. Entre el riesgo inquisitorial y lo vanamente negocial, la revelación del mal causado, y la consiguiente vergüenza pública, articulan de forma renovada la relación entre derecho a la verdad y derecho a la justicia, en pro del restablecimiento de la dignidad de la víctima y del nacimiento de un nuevo vínculo social inclusivo, inexistente en la situación anterior por la propia naturaleza del *apartheid*.

Toda la comunidad y sobre todo las víctimas directas tenían el deseo y la necesidad de conocer qué había pasado, cuál había sido el destino de tantas personas desaparecidas, quiénes habían sido los responsables de los crímenes sufridos. Gracias al proceso sudafricano, entre otros procesos transicionales, la preservación de la memoria y el derecho a la verdad, que serían reconocidos años más tarde por la comunidad internacional⁸¹, comenzaban a sentirse como una deuda contraída con las víctimas⁸².

⁷⁹ CASSIN, B., «Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique», cit., p. 47.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 43.

⁸¹ Véase el Informe de la Comisión Colombiana de Juristas *Derecho a la verdad y derecho internacional*, Bogotá, 2012, http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/derecho_a_la_verdad_y_derecho_internacional.pdf

⁸² Como recuerda David Rieff, Ricoeur escribió que «debemos recordar, porque el recuerdo es un deber moral. Hemos contraído una deuda con las víctimas [...] al recordar y contar [...] evitamos que la mala memoria mate a las víctimas dos veces», *Elogio del olvido. Las paradojas de la memoria histórica*, Barcelona, Debate, 2017, pp. 75-76.

Aunque de las más de siete mil demandas de amnistía, solo alrededor de mil fueron concedidas, y a pesar de que algunas peticiones procedían de personas ya encarceladas y muy pocas de miembros del gobierno y de las fuerzas de seguridad, que en su mayoría siguieron negando los crímenes, los solicitantes de amnistía proporcionaron informaciones sobre actividades violentas de personas concretas o de facciones y organizaciones, actos de brutalidad, sufrimientos causados, órdenes y ejecuciones, que nunca hubieran sido conocidos si la revelación de la verdad no hubiera sido condición de la amnistía. Evidentemente, la motivación principal de acudir ante la Comisión y narrar los hechos de forma exhaustiva era evitar la cárcel, ya que, si alguien no solicitaba la amnistía y después se descubría su implicación en algún delito, o si en el relato se comprobaba la ocultación deliberada de hechos relevantes, el caso pasaría a la jurisdicción ordinaria. Por tanto, el primer interesado en decir la verdad, en declarar o dar testimonio contra sí mismo, era el perpetrador, y no en aras de la verdad misma, sino de conseguir la amnistía, con lo cual no falta razón a quien opina que «el dispositivo de verdad y reconciliación en última instancia no puede ser pensado sin la sanción penal pues es la que permite ejercer una presión para exhortar la revelación del agente», y que, por tanto, se inserta en cierta medida dentro de «la lógica retributiva del derecho penal»⁸³. Sin embargo, el resultado inmediato fue conocer muchos aspectos de lo ocurrido que no hubieran sido puestos al descubierto a través de otros instrumentos de carácter claramente punitivo⁸⁴. Ilan Lax, comisario de la CVR, afirma sentirse parte de un proceso en el que se intentó ante todo aquello que, según Michael Ignatieff, puede hacer una Comisión de este tipo, «purificar el debate, limitar la lista de mentiras tolerables»⁸⁵. También Garapon señala que lo primero es inclinarse ante hechos precisos, ante la verdad factual, y trae a colación a Jaspers, quien, en respuesta a los crímenes de la segunda guerra mundial, soñó con una justicia que se limitara a establecer los hechos⁸⁶. La primera piedra de la nación arcoíris en construcción exige que el esclarecimiento de lo sucedido no permanezca un fermento de división⁸⁷.

⁸³ CAYLA, O., «Aveu et fondement du droit», cit., p. 91.

⁸⁴ Claudia Hilb compara la situación sudafricana con la argentina. Véase a este respecto «¿Cómo fundar una comunidad después del crimen? Una reflexión sobre el carácter político del perdón y la reconciliación, a la luz de los Juicios a las Juntas en la Argentina y de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica», *Discusiones: Comunidad, perdón y justicia*, núm. 12, 2013 (pp. 31-58), p. 47.

⁸⁵ LAX, I., «Le témoignage d'un commissaire. Juger les demandes d'amnistie et promouvoir la réconciliation», en *Vérité, réconciliation, réparation*, cit., p. 297.

⁸⁶ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, cit., p. 286. La reflexión de Karl Jaspers aparece en una carta a Hannah Arendt del 16 de diciembre de 1960.

⁸⁷ CREPON, M., *L'Épreuve de la haine. Essai sur le refus de la violence*, Paris, Odile Jacob, 2016, p. 205. El autor dedica al tema un interesante capítulo titulado «Sortir de l'apartheid», pp. 177-210. Véase RIVAS, P., «Perdón, derecho y política».

Pero, además, el relato de los hechos, en cuanto que es una confesión de la propia participación en el crimen, supone la asunción por parte del perpetrador de su responsabilidad y este es el paso esencial en el camino hacia la reconciliación. En este sentido, según A. Garapon: «La justicia –a diferencia de la historia– no es una instancia de conocimiento sino de reconocimiento [...] La perspectiva de la justicia respecto al pasado no es cognitiva sino normativa. El fin de la justicia es purgar el pasado de sus injusticias, tanto como todavía sea posible»⁸⁸. La toma de conciencia de la propia implicación en aquello que pasó y nunca debería haber pasado y, por tanto, de la repercusión criminal de los propios actos, abre las puertas a un posible arrepentimiento, entendido, en sentido arendtiano, como querer que aquello que resultó de nuestra acción no hubiera sucedido. Como muestra Claudia Hilb, esta y otras ideas de Hannah Arendt en torno al perdón y la reconciliación pueden ayudarnos a comprender el significado de la amnistía sudafricana⁸⁹.

Para dar cuenta de esta aportación, hay que subrayar que, frente a la confusión habitual –propiciada por las claves hermenéuticas, de carácter teológico, intercultural y político, en que se cifran los discursos de Desmond Tutu sobre el perdón–, entre las condiciones de la amnistía en ningún momento aparece ni el arrepentimiento del perpetrador ni el perdón de la víctima. Por supuesto, la naturaleza estrictamente personal del perdón lo impediría de entrada en cuanto que pertenece al nivel más íntimo de la conciencia individual, difícilmente traducible en la exterioridad de la conducta con la que deben operar los dispositivos jurídicos y políticos. Pero ni siquiera moralmente resulta exigible el perdón, y sería inhumano cargar a las víctimas con una obligación de ese tipo. No hay nada más libre y gratuito que el acto de perdonar. Por ello, al igual que hubo víctimas que expresaron públicamente su predisposición al perdón, las hubo que manifestaron su intención de no perdonar, y las que no se pronunciaron al respecto a buen seguro elaboraron sus procesos de duelo con experiencias muy complejas entre las que pudieron figurar ambas posibilidades. En cualquier caso, la actitud de las víctimas no estaba previsto que tuviera ningún tipo de incidencia en la decisión de otorgar o no la amnistía.

Consideraciones a propósito de la Truth and Reconciliation Commission», *Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 31-53.

⁸⁸ GARAPON, A., *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, cit., pp. 198-199. Thomas Nagel, que participó junto a Ronald Dworkin en la Conferencia del Instituto Aspen sobre justicia transicional en 1988, hizo la importante distinción entre conocimiento y reconocimiento, la cual implica, a su vez, la distinción entre la verdad de hecho y la verdad como admisión pública y oficial de los crímenes del pasado. Véase NAGEL, Th., *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, 1989.

⁸⁹ Véase HILB, C., «Justicia, reconciliación, perdón. Cómo fundar una comunidad después del crimen», Hilb, C.; Salazar, Ph. J., y Martín, L. (eds.), *Lesas humanidad: Argentina y Sudáfrica: reflexiones después del Mal*, Buenos Aires, Katz, 2015, pp. 53-74. La autora recorre toda la obra de Hannah Arendt rastreando la presencia de estas nociones.

Las víctimas tienen derecho a la palabra, pero solo la palabra del perpetrador cuenta realmente desde un punto de vista jurídico pues, si cumple las condiciones establecidas, es la única que posibilita este mecanismo de salida de las vías ordinarias de la justicia⁹⁰.

Tampoco la declaración del perpetrador es propiamente un acto de arrepentimiento pues puede estar motivada exclusivamente por razones estratégicas. Sería un acto libre, en el sentido de ser un acto voluntario, pero no en el sentido más profundo de no estar mediatizado por ningún tipo de presión o de contraprestación. Sin embargo, y aquí es donde recurrimos al pensamiento de Arendt, aunque la intención primera sea conseguir la amnistía, el hecho de declarar ante la sociedad y ante las víctimas supone necesariamente enfrentarse a las consecuencias de los propios actos y tomar conciencia del mal causado. El perpetrador se coloca, seguramente sin pretenderlo, en una posición que facilita el arrepentimiento, que lo propicia o predispone a él, aunque por supuesto puede no llegar a producirse. Hannah Arendt considera que lo imperdonable es o el mal intencionado –aquel que está hecho a propósito, que es el resultado de una acción deliberada, y del que no es posible arrepentirse en la medida en que se está conforme con la acción y su resultado–, o el mal, ejemplificado por Eichmann, del idiota moral, de quien es incapaz de pensar y de dialogar consigo mismo, y que, por tanto, puede cometer actos terribles sin que su conciencia se inmute⁹¹. «La ausencia de la capacidad de pensar protege al criminal de ser descubierto por sí mismo»⁹², mientras que «el remordimiento consiste ante todo en no olvidar lo que uno ha hecho»⁹³. De este modo, para que pueda surgir el arrepentimiento es imprescindible recordar lo ocurrido, representarse las consecuencias de las propias acciones. La divulgación completa de los hechos ante la Comisión, condición de la amnistía, hace difícil evitar entrar en diálogo con la propia conciencia pues coloca el dolor causado como un espejo ante uno mismo, aunque fueron menos de los deseables los encuentros directos entre victimarios y víctimas. Como dice Claudia Hilb, casi

⁹⁰ O. Cayla recuerda que «aun en el caso de que las víctimas llegaran a perdonar a sus verdugos, este perdón estaría de todos modos desprovisto de toda eficacia jurídica», y, por tanto, la reconciliación y la refundación del derecho no proviene en realidad del reconocimiento mutuo o del diálogo sino del juego de la confesión «consentida bajo el impulso decisivo de la ley constitucional y de su fuerza», «Aveu et fondement du droit», cit., p. 108.

⁹¹ Como afirma R. Bernstein, Arendt desea que afrontemos honestamente la «paradoja» de que, si bien las personas normales pueden cometer acciones horribles incluso sin intenciones deliberadas, son sin embargo completamente responsables de estos actos y deben dar cuenta de ellos. «¿Son todavía relevantes las reflexiones de Arendt sobre el mal?», *Revista Al Margen*, núms. 21-22, abril-junio 2007, pp. 49-55. También Desmond Tutu insistió en que nadie se convierte en un monstruo por cometer actos monstruosos y que precisamente por ello se le pueden exigir responsabilidades.

⁹² HILB, C., «Justicia, reconciliación, perdón: cómo fundar una comunidad después del crimen», cit., p. 58.

⁹³ HILB, C., «¿Cómo fundar una comunidad después del crimen?», cit., p. 38.

todos los que entran en la escena de la CVR lo hacen por un cálculo interesado, pero «a la luz de las reflexiones de Arendt, podemos imaginar que quienes por ella transitan no saldrán, en muchos casos, iguales a como entraron. En el camino se habrán visto obligados, por el mismo dispositivo de amnistía, a reactivar su capacidad de pensar, de enfrentarse a ellos mismos: puestos ante su propio relato, obligados –por su propio interés– a revivir en la palabra, de manera exhaustiva, los actos estremecedores de los que son autores, ¿pueden estos hombres aún seguir olvidando lo que han hecho?, ¿pueden seguir eludiendo la conversación con ellos mismos?, ¿pueden escapar al remordimiento?»⁹⁴. La escena comunicativa se convierte, por tanto, en una oportunidad para el arrepentimiento y quién sabe si incluso para el perdón en su sentido más profundo y personal. Un perdón que en Hannah Arendt llega a adquirir «una connotación claramente política y plural» en cuanto surge de la presencia y acción de otros y «permite redimir a la acción de su carácter irreversible»⁹⁵. Nadie es inexorablemente prisionero de su pasado, siempre es posible un nuevo nacimiento, recobrar la capacidad de iniciativa.

El fallo del caso AZAPO se refería a la posibilidad de que los perpetradores se convirtieran en «miembros activos, plenos y creativos del nuevo orden». La asunción pública del carácter criminal de sus acciones permite tomar distancia de lo que se era (un monstruo del *apartheid*, un terrorista...) y restituye su capacidad de actuar, lo reintegra a una nueva comunidad, abre el espacio de una vida en común⁹⁶. La confesión de la propia implicación en la violencia política, según Andrea Lollini, conlleva la petición implícita de ciudadanía en el nuevo ordenamiento constitucional democrático. La declaración ante la CVR tendría así el valor de un acto de consentimiento en que «la nueva soberanía democrática viene reconocida, instituida y legitimada»⁹⁷. Decir la verdad tiene el efecto inmediato de obtener la libertad, y tiene, además, sentido constitutivo y fundador, pues es el signo tangible de una pertenencia común⁹⁸.

Pero ese horizonte compartido de la reconciliación, abierto gracias al esclarecimiento de los hechos y a la asunción de la responsabilidad por parte del perpetrador, no podía llegar a su culminación sin el logro de uno de los principales objetivos de la Constitución provisional de 1993 y de la Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995: las medidas de reparación para las víctimas. El

⁹⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁶ Antjie Krog expresa esta actitud por parte de algunos perpetradores con las siguientes palabras: «Lamentamos desde el fondo del corazón. Tenemos vergüenza y estamos profundamente invadidos por el remordimiento. Pero escuchadnos. Estamos aquí. Vamos a rectificar esto y a vivir aquí con vosotros, para vosotros», *La Doleur des mots*, Arlés, Actes Sud, 2004, p. 135.

⁹⁷ LOLLINI, A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., p. 270.

⁹⁸ GARAPON, A., «La justice comme reconnaissance», cit., p. 93.

reconocimiento de las víctimas es una pieza clave en el proceso de construcción política, y, si un pilar del edificio de la reconciliación se tambalea, se corre el riesgo de que se venga abajo toda la arquitectura transicional. Así pues, aunque el derecho a la verdad, como columna básica de la nueva Sudáfrica, estuviera bien asentado y fuera el cimiento sobre el que sustentar el derecho a la justicia en un sentido no retributivo, la falta de consolidación del derecho a la reparación podía poner en cuestión el éxito de todo el proceso, pues no debemos olvidar que la aceptación por parte de las víctimas de la amnistía de los perpetradores fue en gran parte a cambio de obtener reparaciones. Si bien no fue una condición explícita para la amnistía, se jugaba con la convicción, reafirmada por la Corte Constitucional, de un compromiso firme con las medidas de reparación a las víctimas. Era una especie de pacto tácito, máxime si tenemos en cuenta que con la amnistía las víctimas no solo renunciaron a recurrir a la vía penal sino también a la civil⁹⁹.

4.3 El derecho de reparación a las víctimas

Por supuesto, el conocimiento de la verdad de los hechos, y su consideración pública como crímenes que vulneraron gravemente los derechos humanos, supone ya de por sí un reconocimiento de las víctimas como tales y un cierto resarcimiento moral. Frente a la negación del crimen, que duplica la violencia, el relato de lo vivido, les devuelve la dignidad a las víctimas y es un inicio de restauración¹⁰⁰. La reparación simbólica es imprescindible y Sudáfrica ha estado bien atenta a esta dimensión a través también de monumentos, archivos, lugares de memoria, homenajes y conmemoraciones en las fechas y lugares más emblemáticos de la lucha contra el *apartheid*. Pero la promesa de reparación iba más allá de esta dimensión y exigía indemnizaciones económicas para las víctimas, a pesar de que, evidentemente, el sufrimiento y la humillación no se puedan cifrar ni compensar en términos monetarios¹⁰¹.

⁹⁹ Véase la entrevista a Howard Varney, abogado que trabajó para la CVR y ha representado a muchas víctimas ante los tribunales, disponible en la Web del Centro Internacional para la Justicia Transicional.

¹⁰⁰ Sin embargo, «ciertas víctimas (minoritarias) de la violencia del *apartheid*, en África del Sur, han rechazado ese estatus de víctima, y han optado por el de sobreviviente o el de combatiente», LEFRANC, S., «¿Cómo acabar con el desacuerdo? Las Comisiones de la Verdad y Reconciliación como lugar de reconstrucción disensual de la historia», en BELAY, R.; DE GREGORI, C. I.; VACHER, J. J., *Memorias en conflicto: aspectos de la violencia política contemporánea*, Lima, Institut français d'études andines, 2004, pp. 193-223.

¹⁰¹ En este sentido, Desmond Tutu señala: «Consideramos importante que la ley no recurra al término compensación. Hablar de compensación parece significar que se puede cuantificar el sufrimiento, resarcir a alguien por la pérdida de un ser querido». «Pas d'amnistie sans vérité (Entretien)», *Esprit*, diciembre de 1997, (pp. 63-72), p. 65.

El Comité de Reparación y Rehabilitación había sido creado por la Ley de 1995 para velar por el cumplimiento de este compromiso con las víctimas. Sus recomendaciones constan en el Informe final y las compensaciones económicas se fijaron en unos 3.000 dólares anuales durante seis años (para 22.000 víctimas), una cantidad insuficiente para tener un impacto significativo sobre sus condiciones de vida. En el intento de atender a sus necesidades básicas, se preveían, además, otro tipo de medidas destinadas a la mejora de los servicios públicos en el terreno de la salud, de la educación o de la vivienda, así como obligaciones a las empresas, bancos y organizaciones colaboradoras del *apartheid* de contribuir a un fondo nacional de reparación, e, incluso, un posible impuesto sobre el patrimonio de los antiguos beneficiarios del régimen. Estas recomendaciones del Comité se enmarcan en el progresivo reconocimiento en derecho internacional del derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a una reparación plena y efectiva¹⁰².

Sin embargo, por mucho que el Estado, las instituciones, las empresas y la sociedad civil estuvieran llamados a continuar la tarea de reconciliación de la CVR y hubiera en su momento la voluntad decidida de convertir los testimonios de las víctimas en el corazón del proceso sudafricano, podemos constatar que quienes se atrevieron a contar sus experiencias traumáticas, con el enorme sufrimiento de revivirlas, no obtuvieron las reparaciones prometidas. De todas las recomendaciones, prácticamente ninguna ha sido implementada, ni siquiera la más elemental del pago anual a las víctimas. La cuantía inicial quedó rebajada a una única entrega de 30.000 rands, unos 4.000 dólares, en concepto de reparación provisional de urgencia, igual para todos sin evaluar ni las necesidades ni los daños sufridos. El resto de medidas también han sido evitadas o rebajadas por los sucesivos gobiernos y el sector privado apenas se ha visto involucrado en el cumplimiento de las tareas asignadas¹⁰³.

El Grupo de apoyo Khulumani («hablar claro» en zulú), la mayor organización de víctimas del país, no ha dejado de solicitar un incremento de servicios médicos, psicológicos y sociales con que llevar a cabo programas de rehabilitación para personas aquejadas de problemas psicosociales derivados de las graves violaciones de los derechos humanos. Dirigida por Marjorie Jobson, tiene entre sus principales preocupaciones la situación de las mujeres como víctimas de la violencia política durante el *apartheid*, que según la organización no fue tenida en cuenta por la CVR de forma adecuada, aunque reconocen que no faltó cierta sensibilidad sobre la diferencia sexual, como se muestra con la creación de las Audiencias de Mujeres, destinadas a mejorar la

¹⁰² Véase la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2005.

¹⁰³ Entre los más críticos, BORAINÉ, A., *What's Gone Wrong? South Africa on the Brink of Failed Statehood*, Jonathan Ball Publishers, Johannesburgo, 2014. Véase también VALJI, N., «Reconciliación y reparación: un balance», *Vanguardia dossier*, núm. 12, 2004.

representatividad y la participación femenina dada la reticencia a testificar ante varones. El problema es que las mujeres comparecieron casi siempre en calidad de víctimas secundarias (por relación afectiva con la víctima primaria, varón) y, en el caso de considerarse víctimas directas, era recurrente una ambivalente asociación con los abusos sexuales sin llegar a fijarse con precisión, como vimos, si la violación podía ser un acto político¹⁰⁴. Las preguntas de la Comisión en muy pocas ocasiones iban referidas a la participación política o a las acciones de resistencia de las mujeres, dando por tanto la imagen de un papel menos activo del real en la violencia ejercida o sufrida durante el *apartheid*¹⁰⁵. Además, las recomendaciones para la rehabilitación y reparación de las víctimas no tuvieron suficientemente en cuenta la perspectiva de género a la hora de promover el cambio en los patrones sociales que determinan la violencia contra las mujeres¹⁰⁶.

Otra de las reivindicaciones de Khulumani ha sido la inclusión de más víctimas entre las beneficiarias de la reparación financiera, ya que, como la organización denunció a partir de 1996, muchos supervivientes de áreas rurales no tuvieron noticia a tiempo de la apertura de la CVR. Quienes no dieron testimonio en su momento, no solo no han recibido ninguna compensación económica, sino que ni siquiera han sido reconocidas como víctimas y no ha sido restablecida su dignidad como tales. También ha sido una demanda constante la de efectuar los juicios previstos para aquellos que no quisieron solicitar la amnistía –la mayoría de ellos de alto rango y negacionistas– o que no la obtuvieron por no cumplir las condiciones establecidas –habitualmente movidos en su acción criminal por intereses personales y no políticos¹⁰⁷. Ha

¹⁰⁴ Según Natalia Cabanillas, la CVR privatizó las memorias de mujeres al considerarlas parientes o víctimas de violación sexual. Por el contrario, se trataría de reclamar una narrativa propia que no respondiera al imperativo moderno (y colonial) donde un sujeto íntegro se corresponde necesariamente con un cuerpo íntegro. «Incorporando la nación: mujeres africanas ante la Comisión de Verdad y Reconciliación», *Nómadas*, núm. 38, abril, 2013, (pp. 99-113), p. 109.

¹⁰⁵ Puede citarse a activistas *anti-apartheid* tan relevantes como Albertina Sisulo, Lilian Ngoyi, Sophia Williams-De Bruyn, Helen Joseph o Rahima Moosa.

¹⁰⁶ Al papel de las mujeres ante la CVR se referirá detenidamente un documento del Informe final titulado «Alegato de género», redactado por Bett Goldblatt y Sheila Meintjes, como resultado del trabajo de muchas académicas y activistas de los grupos de derechos de la mujer: GOLDBLATT, B., y MEINTJES, Sh., *Gender and the Truth and Reconciliation Commission. A submission to the Truth and Reconciliation Commission*. <http://www.justice.gov.za/trc/hrvtrans/submit/gender.htm>. Véase también NESIAH, V., *Comisiones de la Verdad y género: principios, políticas y procedimientos*, Bogotá, ICTJ, 2013, y CEJAS, M.-I., «¿Ciudadanía generizada? Alcances y limitaciones de las políticas de género en Sudáfrica *post-apartheid*», *LiminaR. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. 6, núm. 2, 2008, pp. 65-80.

¹⁰⁷ El caso más conocido es el del excoronel de la unidad policial de contrainsurgencia C10, Eugene de Kock (el *prime evil*). Para una revisión de este y otros casos relevantes, véase RICO, M. L., y FLORES, C., «¿Arrepentimiento? ¿Justificación? ¿Voces perdidas? Luces y sombras de los testimonios de los perpetradores en la Sudáfrica *post-apartheid*», *Rúbrica Contemporánea*, vol. 5, núm. 9, 2016, pp. 35-57.

habido algunos procesos penales y algunas condenas, pero no los suficientes, y las pocas personas condenadas han estado a punto de conseguir indultos de los sucesivos gobiernos y han intentado que se iniciaran nuevos procesos de amnistía, lo cual ha sido impedido por el Tribunal Constitucional a demanda de las víctimas. Por último, en cuanto a la lucha de la organización por el cumplimiento de la recomendación de colaboración de los agentes económicos en las reparaciones, si bien en su día muchas empresas promovieron la construcción de la paz, podemos constatar un claro fracaso¹⁰⁸.

Sin duda, la redistribución de la riqueza, el reparto de la tierra (que todavía está muy mayoritariamente en manos de los blancos), la reforma agraria (iniciada en 1994 pero no culminada) y, en general, las políticas públicas para garantizar un acceso igualitario a los bienes culturales y económicos, son el mejor antídoto posible de una violencia –física y estructural (vinculadas una a la otra)– que condena hoy por hoy a muchos sudafricanos a la pobreza, la inseguridad, el desempleo, la explotación, la represión y la exclusión social. La consolidación de la paz exige programas ambiciosos de carácter redistributivo para luchar contra las desigualdades económicas. La reconciliación puede hacerse a lo sumo con ciertas renuncias a la justicia penal en el sentido que hemos desarrollado en el presente trabajo, pero nunca a costa de la justicia social. A quienes padecieron en primera persona la violación de sus derechos durante el régimen anterior y sacrificaron en la transición su demanda de castigo en pro de la paz, es inaceptable pedirles que sigan soportando el peso de la indiferencia y de la marginación.

La lucha por los derechos consagrados en la propia Constitución de 1996 sigue siendo la principal arma en manos de las víctimas y de la sociedad en general. Al inicio del capítulo 2, donde hay un amplio reconocimiento de los derechos fundamentales, en el artículo 7.1 se proclama con claridad que: «La presente Declaración de derechos constituye la piedra angular de la democracia en Sudáfrica». En este ámbito, el artículo 24 sobre la protección del medio ambiente vincula «el desarrollo social y económico» con el «uso sostenible de los recursos naturales» y con la prohibición de «contaminación y degradación ecológica», «en beneficio de las generaciones presentes y futuras». Se trataría de promover el cuidado y la sostenibilidad de la vida humana por encima de los beneficios del mercado y optar por iniciativas cooperativas que pongan límite a los intereses puramente crematísticos. A este propósito, Munyaradzi Felix Murove señala la importancia del

¹⁰⁸ Resulta muy elocuente la demanda interpuesta en 2004 por más de cuarenta mil víctimas, representadas por Khulumani, ante un tribunal de Estados Unidos en reclamación de daños y perjuicios a varias corporaciones multinacionales que colaboraron en la vulneración de derechos humanos durante el *apartheid* a través tanto de la connivencia y financiación al gobierno, como del apoyo a las leyes laborales opresivas y racistas. Lo más grave es que el gobierno de Sudáfrica, en vez de defender a las víctimas, aportó documentación a favor de las grandes empresas, en complicidad con lo que algunos han definido como *apartheid* de clase o nuevos guetos económicos.

ambiente comunitario en el sentido pleno del término para domesticar el capitalismo y adaptarlo al contexto cultural africano, pues «las prácticas comerciales en África han estado dominadas principalmente por imperativos ligados al comercio en Occidente, con exclusión de los valores propios de África. Es esta constante la que apoya la idea en los investigadores africanos de que solo la integración de los valores del *ubuntu* en el mundo de los negocios podrá dar a estos una identidad africana»¹⁰⁹. La teoría del desarrollo inspirada en el *ubuntu* se proyecta en la política sudafricana en materia de prestación de servicios públicos a través de los principios de Batho Pele, iniciativa que implica rendir cuentas ante los ciudadanos y propiciar su participación en la toma de decisiones.

Aunque no podemos detenernos ahora ni en este tipo de políticas públicas ni en la rica doctrina del Tribunal Constitucional del periodo posterior a la aprobación de la Constitución, debemos al menos aludir, por su importancia histórica, a la jurisprudencia «humanista» sobre los extranjeros, a la jurisprudencia protectora de los derechos de los homosexuales¹¹⁰, y a la jurisprudencia en materia de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, del artículo 23 y siguientes, que da prueba de un dinamismo sorprendente. En esta línea, Christian Curtis y Víctor Abramovich subrayan que se trata de una Constitución de corte social que incorpora sin distinción derechos civiles, políticos y sociales y una garantía expresa de justiciabilidad de todos ellos, abriendo el camino a una nueva tendencia de control judicial de políticas sociales, iniciada de forma singular para el caso del derecho a la vivienda¹¹¹. Por todo ello, seguramente todavía son válidas las palabras de Derrida cuando afirmaba que estamos ante «una constitución democrática de una extrema modernidad, concebida y redactada por juristas de gran experiencia, que incorpora todos los progresos del derecho constitucional de las democracias actuales», y que asistimos, además, a «una iniciativa única en la historia de la humanidad»: esta constitución democrática moderna comienza por una «palabra de reconciliación», y esta palabra es un compromiso performativo¹¹², ya que, al ser expresada, realiza su enunciado, adquiere el valor de una promesa, conecta el pasado con el futuro, es un juramento de no repetición que constituye a la nueva nación.

Y es aquí precisamente donde resulta irrenunciable la reparación de las víctimas y su papel decisivo como sujetos activos del nuevo

¹⁰⁹ MUROVE, M. F., «L'Ubuntu», cit., p. 26.

¹¹⁰ Véase ABOTSI, A., «De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine», cit., pp. 409-432.

¹¹¹ Véase CURTIS, Ch.; ABRAMOVICH, V., «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la democracia*, núm. 40, 2001, pp. 71-75.

¹¹² DERRIDA, J., «*Versöhnung, ubuntu, pardon: quel genre?*», cit., p. 113.

orden social. Tanto aquellas víctimas que por primera vez hicieron uso público de la palabra, como las que entonces no pudieron hablar, han de tener una voz propia en la nueva nación pues su autoridad moral es lo que inspira el cambio a una realidad radicalmente diferente al periodo anterior; es el signo visible de la tan ansiada reconciliación; un nuevo marco en que perpetradores y víctimas podrán vivir juntos y participar en la democracia en construcción. Antjie Krog pone el énfasis en el continuo contraste entre la ausencia de odio manifestado por las víctimas en el encuentro con sus verdugos y el temor de estos a las consecuencias del odio de los otros¹¹³. Además, las grandes carencias en el terreno de la reparación no son óbice para que las víctimas continúen expresando el alivio que sintieron cuando se puso al descubierto la violencia, la segregación y el sufrimiento que padecieron durante los largos años del *apartheid*. La narración de sus experiencias es ya para siempre parte de la historia de Sudáfrica y ese oprobioso pasado es un legado de futuro. La consideración del racismo como un mal radical y del *apartheid* como un crimen contra la humanidad tampoco tiene vuelta atrás¹¹⁴. Y tampoco la enseñanza de que el sufrimiento no conoce color ni credo e, incluso, la lección de que un Estado democrático puede preferir mostrar su fuerza a través de la gracia.

La Sudáfrica *post-apartheid*, la nación arcoíris, está llena de símbolos que conmemoran el compromiso constitucional de reconstrucción sobre los cimientos del sufrimiento causado por el crimen masivo, que nunca más podrá encubrirse. En especial, la *Constitution Hill* en Johannesburgo es el emblema de ese pacto político basado en un pacto de memoria. Albie Sachs, miembro del Tribunal Constitucional sudafricano, nos recuerda que la Colina de la Constitución se configuró en todos sus detalles para que simbolizara la creación de una ciudadanía compartida, inclusiva e integradora, precisamente en el lugar que representaba la más radical marginación y discriminación¹¹⁵. A tal efecto, algunas piedras de una antigua prisión dejada en pie –el pabellón número 4, en el que también estuvo encarcelado el Mahatma Gandhi–, fueron utilizadas para la construcción de la sede de la Corte Constitucional. Con ello, se quería mostrar, de forma elocuente, lo que hemos intentado analizar en el presente trabajo: que allí donde la identidad de las víctimas fue radicalmente negada, puede iniciarse la restauración. El lugar emblemático de la represión y de la violencia puede convertirse en el lugar por excelencia del triunfo del derecho sobre la barbarie y de la identificación de la paz como su valor supremo.

¹¹³ Véase CREPON, M., *L'Épreuve de la haine. Essai sur le refus de la violence*, cit., p. 201.

¹¹⁴ HAYNER, P., *Verdades Innombrables, El reto de las comisiones de la verdad*, México, Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 33.

¹¹⁵ Véase «Reflexiones de Albie Sachs durante su visita a Memoria Abierta (en 2004)», http://www.memoriaabierta.org.ar/materiales/pdf/albie_sachs.pdf.