

## JUSTICIA TRANSICIONAL, COMISIONES DE VERDAD Y PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

Bartolomé Clavero

Se ha acuñado el nombre de justicia transicional para un conjunto de procedimientos de justicia, judicial y no judicial, que se pone en práctica cuando la justicia ordinaria de Estado se encuentra desbordada por la violación masiva de derechos y la consiguiente quiebra de la confianza ciudadana en las instituciones del Estado. La justicia transicional es más y no menos que la justicia ordinaria. Mira no sólo a la sanción penal de las violaciones de derechos, sino también a su prevención política, y tiene como objetivos principales la reparación económica y moral de las víctimas y el logro o, si se hubiera tenido con anterioridad, la recuperación de la confianza ciudadana.

Las comisiones de verdad son mecanismos no judiciales coadyuvantes de la justicia transicional en cuanto que encargadas de la indagación de violaciones de derechos cuyo carácter masivo desborda las posibilidades de integración y manejo de información para identificación de delitos y delincuentes por parte de la justicia ordinaria. En aras de la reparación de las víctimas y del logro de confianza ciudadana, las comisiones pueden subordinar o incluso sacrificar el objetivo principal de la justicia ordinaria, la sanción penal. La colaboración de los victimarios con información relevante para la indagación de la verdad o su simple confesión puede disminuir o incluso condonar la pena por cuanto ayude a la identificación de víctimas, a la estimación de la deuda que con ellas y sus familiares se tiene y a la creación de confianza ciudadana consiguiente a la plena reparación de quienes directa o indirectamente han sufrido la violación masiva de derechos.

Adviértase que, en todo caso, la justicia transicional sigue siendo siempre o debe seguir siendo más y no menos que la justicia ordinaria. Justicia transicional no es justicia transaccional. En su puesta en práctica no han faltado intentos de reducir la una a la otra llegando al extremo insidioso de convertirla en amnistía, en la amnistía que comienza por ignorar los derechos de las víctimas a la información y a la reparación. Justamente, desde los años noventa del siglo pasado, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos considera que la práctica de la amnistía viola los derechos de las víctimas, en lo que ha sido seguida por otras instancias internacionales<sup>1</sup>. Entre los mecanismos de la justicia transicional no puede incluirse la amnistía ni abierta ni solapadamente o, dicho de otro modo, no ha de permitirse que se falte al deber del Estado de perseguir delitos y garantizar derechos. A partir de este límite, la habilitación de unos u otros procedimientos judiciales y no judiciales depende en buena parte de las circunstancias del caso. Para el caso específicamente indígena, voy a argumentar que las comisiones de verdad pueden ser convenientes pero no resultan suficientes.

Desde Argentina en los años ochenta hasta Colombia en la actualidad son bastantes los Estados de América Latina que se han visto en la necesidad de poner en práctica la que ha venido en llamarse justicia transicional con recurso a comisiones de

---

<sup>1</sup> Felipe González Morales, *La confrontación de violaciones graves a los derechos humanos en el sistema interamericano*, en Jessica Almqvist y Carlos Espósito (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 211-237.

verdad algunos de entre ellos, por ejemplo Argentina sí y Colombia no<sup>2</sup>. En todos, hay población indígena afectada en uno u otro grado. Es a veces la más afectada, como en los casos de Guatemala y Perú. Así lo constatan los informes de las respectivas comisiones de verdad, el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala (1999) y el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (2003). Sin embargo, ninguno de estos informes, ni el guatemalteco ni el peruano, se enfrentan con la cuestión de la violación masiva de derechos de indígenas por la razón de ser indígenas y con la posible intención de hacerlos desaparecer en cuanto tales, lo que para el derecho internacional constituiría delito de genocidio.

De hecho, salvo en el caso de Chile, no ha habido por América Latina una comisión de verdad que se ocupe de la violación masiva de derechos específicamente indígenas, como lo sean el derecho al propio territorio, a la propia jurisdicción o a la propia cultura, derechos que hoy se tienen por derechos humanos en virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), la cual, por ser instrumento declarativo y no un tratado o convención, tiene carácter retroactivo, además en su caso de normativo<sup>3</sup>. En América Latina, las comisiones de verdad en particular y los procedimientos de justicia transicional en general no ignoran la incidencia de las violaciones masivas de derechos en población indígena, pero tienden a atender tan sólo derechos que se tienen en común con el resto de la ciudadanía como primordialmente desde luego el derecho a la vida y a la integridad física siguiendo por otros cuales el de la libertad personal y el del debido proceso. Las comisiones de verdad en América Latina han mirado hasta ahora ante todo a la recomposición de la nación que se identifica con el Estado ignorando paladinamente la existencia de naciones indígenas. ¿Hacen falta entonces comisiones de verdad y otros procedimientos de justicia transicional distintos y específicos ante la violación masiva de derechos humanos en el caso indígena? Mi respuesta es matizadamente positiva, como me dispongo a argumentar.

Las comisiones de verdad oficiales habidas en América Latina se han puesto en marcha, por lo normal junto a otros procedimientos de justicia transicional, como vía de salida para periodos extraordinarios de actuación o complicidad criminales a escala masiva por parte del propio Estado. El caso indígena es distinto. De cara a pueblos, comunidades y personas indígenas, han venido produciéndose en América Latina violaciones sistemáticas de derechos humanos por acción o por omisión del Estado no sólo durante dichos periodos extraordinarios, sino también regularmente en tiempos de relativo respeto a reglas constitucionales por los Estados. El caso indígena sobrepasa el cuestionario y los objetivos de las comisiones de verdad. Así parece que se entendió en Chile, donde, tras la dictadura pinochetista, se constituyeron oficialmente una Comisión de Verdad y Reconciliación y una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, la una dedicada al régimen de Pinochet y la otra a toda la historia del viejo trato de los pueblos indígenas por Chile, ambas aparentemente con miras a los objetivos propios de la

---

<sup>2</sup> Ricardo Gil Lavedra, *Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales*, y Alejandro Aponte, *Colombia: un caso sui generis de la justicia de transición*, en J. Almqvist y C. Espósito (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, pp. 43-67 y 87-14 respectivamente.

<sup>3</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 38: “*Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración*”; art. 42: “*Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia*”.

justicia transicional, a la creación de confianza ciudadana primariamente en el caso, con el matiz importante de que la primera no bastaba al efecto.

El caso de Chile, único como es hasta el momento, merece consideración aunque no resultase al final un caso logrado. Ha sido más bien un intento fallido, pero no hay nada mejor que tomar en consideración como buena práctica. Como mala práctica de justicia transicional, que prescinde sintomáticamente de comisión oficial de verdad, se tiene a mi entender el caso de Colombia. Son los dos casos que me apresto a considerar para explicar por qué entiendo que las comisiones de verdad sobre la violación masiva de derechos indígenas pueden ser tan convenientes como no suficientes.

\*

En Chile, a principios de 2001, un Decreto Supremo de la Presidencia de la República dispone lo siguiente: “*Créase la Comisión de Verdad y Nuevo Trato, destinada a asesorar al Presidente de la República, en el conocimiento de la visión de nuestros pueblos indígenas sobre los hechos históricos de nuestro país y a efectuar recomendaciones para una nueva política de estado, que permita avanzar hacia el nuevo trato de la sociedad chilena y su reencuentro con los pueblos originarios*”. Es una comisión que no sólo habría de reducirse a la revisión de la historia, sino que tendría que extenderse a “*sugerir y efectuar recomendaciones en relación a mecanismos institucionales, jurídicos y políticos para una plena participación, reconocimiento y goce de los derechos de los pueblos indígenas en un sistema democrático, sobre las bases de un consenso social y de reconstrucción de confianza histórica*”. No hay previsión alguna respecto a la posibilidad de justicia ante evidencias del informe que la Comisión evacuasen. Sus resultados quedarían en manos de la Presidencia de la República a los efectos que la misma juzgase procedentes.

El informe se presenta en octubre de 2003. Es un centón abultado y desigual, repleto más de noticias circunstanciadas que de análisis reveladores, así como pródigo en recomendaciones. Con toda su documentación de apoyo, se hizo público en el sitio web de la Presidencia de la República, de donde desapareció al cabo de un tiempo. Cribándosele de documentación, se procedió a una edición oficial a imprenta al cabo de cinco años, en octubre de 2008, edición que hoy se tiene en internet gracias a algún sitio de memoria histórica y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>. Se le añade un prólogo presidencial en el que se celebra la ratificación por Chile, reciente por entonces, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y donde no se consigna caso alguno concreto de puesta en práctica de las recomendaciones. Lo que se dice es elusivo: “*Algunas de las recomendaciones allí expresadas fueron cumplidas y otras aún aguardan*”, y punto, perdiendo la ocasión preciosa de pregonar detalles del presunto cumplimiento en marcha. De hecho, con espíritu de *nuevo trato*, ninguna de las

---

<sup>4</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27374.pdf>: Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, Santiago de Chile, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, 2008. Ante la desconfianza que cundía por la desatención al informe, esta edición presenta la siguiente nota inicial: “*Este libro contiene la versión fidedigna (sin correcciones, adiciones, ni modificaciones de ningún tipo) del informe entregado por la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*”. El informe se entregó en 2003 al Presidente Ricardo Lagos y el prólogo de 2008 se suscribe por la Presidenta Michelle Bachelet. Presidió la Comisión el también ex Presidente de la República Patricio Aylwin. Documentos que no se recogen en la edición de 2008 pueden encontrarse en el sitio del Centro de Políticas Públicas dirigido por Víctor Toledo Llancaqueo: [http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc\\_details/26-documentos-de-la-comision-de-verdad-historica-y-nuevo-trato.html](http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_details/26-documentos-de-la-comision-de-verdad-historica-y-nuevo-trato.html).

recomendaciones han sido atendidas ni por entonces ni para hoy<sup>5</sup>. Lo propio cabe decir de las disposiciones del referido Convenio.

El prólogo presidencial de 2008, al cabo de cinco años de la entrega del informe, resulta elocuente por algún motivo más. Afirma de forma taxativa, a la luz ahora presuntamente del resultado, que “*el espíritu que motivó la creación de esta Comisión, el 18 de enero del 2001, fue la necesidad de conocer la visión de nuestros pueblos indígenas sobre la historia de Chile*”, algo que en efecto ya se deslizaba en dicho decreto. La apropiación de los *pueblos* como *nuestros*, de Chile, llega al punto de atribuirles como voz propia la de un informe que les es ajeno, pues procede de expertos y expertas con alguna presencia indígena sin carácter representativo<sup>6</sup>. Con todo ello resulta que el informe no sólo se ha desatendido, sino que ha intentado además travestírsele en un ejercicio de manifestación indígena sin más compromiso que oírlo para la Presidencia de la República de cuya determinación realmente procedía y a cuya responsabilidad ciertamente se confiaba. El propósito de suplantar la voz indígena estaba ahí desde un inicio, desde antes también del decreto de 2001. Al fin y al cabo es lo propio de la cultura de Estado por herencia colonial ante pueblos resistentes al colonialismo. La primera edición oficial del informe ostentó el título de *La Memoria Olvidada*, como si los pueblos indígenas hubieran sido los olvidadizos y como si de este modo, gracias a la Presidencia de la República de Chile, se recuperara su memoria, la memoria indígena que persistía al margen por supuesto del informe<sup>7</sup>.

En todo caso, el informe está ahí como un ejemplo de práctica ciertamente no mala, aunque fallida. Conserva su valor aunque no lo haya tenido a efectos prácticos y aunque también su alcance testimonial sea realmente limitado. Las recomendaciones para el *nuevo trato* se han neutralizado y la historia de pueblos indígenas que expone ha palidecido ante investigaciones que se emprendían paralelamente<sup>8</sup>. En materia de derechos y sus violaciones a lo largo de la historia chilena, el informe no resulta muy riguroso, de lo que se resienten las mismas recomendaciones. Por ejemplo, registra la expropiación masiva de tierras mapuche en tiempos tan recientes como hace apenas un siglo, pero considera que no fue caso de conquista militar y que los derechos de terceros se han consolidado por prescripción. La expropiación masiva entiende que sólo es ilegítima a la luz del derecho actual, no del de entonces. La misma propiedad mapuche considera el informe que deriva de títulos de merced del Estado y no de derecho propio

---

<sup>5</sup> Nancy Yáñez y José Aylwin (eds.), *El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”. Las paradojas de la democracia chilena*”, Santiago de Chile, LOM, 2007.

<sup>6</sup> Se dio la incidencia de una miembro de la Comisión con cargo en organización indígena que presentó la dimisión cuando fue sustituida en este segundo puesto por entender que el primero correspondía a quien le sucedía en la organización, pero nadie más entendía que su condición en la Comisión fuera representativa ni que hubieran de rendir cuentas a nadie más que a la Presidencia de la República a quien debían el nombramiento.

<sup>7</sup> V. Toledo Llancaqueo, *La memoria de las tierras antiguas: tocando a las puertas del derecho. Políticas de la memoria mapuche en la transición chilena*, en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 11, 2007, pp. 1-23, concluyendo: “Solo (...) después de asumir verdades históricas elementales y el derecho a la memoria indígena es posible abrir paso a políticas de reconciliación, reparación y nuevo trato en sociedades pluriétnicas”. El título homenajea a Pedro García Hierro, *Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho*, en *Revista de Indias*, 223, 2001, pp. 619-647.

<sup>8</sup> Por ejemplo, respecto al pueblo mapuche, Martín Correa, Raúl Molina y N. Yáñez, *La reforma agraria y las tierras mapuches. Chile, 1962-1975*, Santiago de Chile, LOM, 2005; V. Toledo Llancaqueo, *Pueblo Mapuche, Derechos colectivos y territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática*, Santiago de Chile, LOM, 2006, con capítulos también de historia. Ninguno de estos autores participaron en la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato.

indígena. Añade que hay en todo caso un “*deber de reparación*” por Chile, no un derecho a la reparación del pueblo mapuche, a satisfacerse por vía administrativa, pues excluye que haya base para la judicial. A los efectos de la reparación, el mismo informe no le concede papel alguno a la justicia, ni ordinaria ni transicional. Se propone una Comisión de Reparación sin capacidad jurisdiccional ni otro poder propio. Incluso recomendación tan poco comprometida ha sido desatendida<sup>9</sup>.

La falta de rigor en materia de derecho y sus violaciones se deja también notar en extremos propios del derecho internacional. Así, por testimonio de parte interesada, la mapuche en concreto, se registra una alusión a “*las políticas etnocidas y genocidas impuestas por los distintos gobiernos republicanos que han ejercido el poder a través de la historia del país*”, pero la alusión a genocidio no la hace suya la Comisión. La misma se muestra dispuesta a admitir que Chile lo cometió respecto a los pueblos australes actualmente extintos: “*Fue un proceso de exterminación lo que allí [en el Extremo Sur] ocurrió. Se trata de un genocidio*”, pero no respecto a pueblos que, habiendo sufrido las mismas políticas, sobreviven en parte. Se admite genocidio cuando el pueblo que pudiera reclamar justicia ya no existe en absoluto. En el derecho internacional, bien es sabido que ni la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio ni el Estatuto de la Corte Penal Internacional no requieren la desaparición del grupo sujeto a políticas intencionalmente extintivas para que se produzca genocidio<sup>10</sup>.

En fin, el Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, como es el nombre más extenso que le adjudica finalmente la edición de 2008, nació ya fallido. El fallo principal de nacimiento, que el propio informe asumió y ratificó, fue el de que no se hiciera relación de la comisión de verdad con la justicia. La primera cobra sentido con respecto a la segunda en coyunturas de transición, de una transición que para el caso indígena no es de salida de alguna dictadura, sino de superación de una forma de Estado que, constitucional y todo, sistemáticamente ignora y viola derechos indígenas. En todo caso, vuelvo a repetir, la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato tiene el valor de ser el único ejemplo hasta el momento de puesta en práctica de una comisión de verdad para el caso indígena.

\*

Tan recientemente como el 10 de junio de 2011, en presencia del Secretario General de las Naciones Unidas que patentizaba el apoyo incondicional de la organización internacional a la medida, el Presidente de la República de Colombia promulgaba la sintéticamente llamada Ley de Víctimas, de nombre oficial *Ley por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Es una ley que se encuadra de entrada a sí misma “*dentro de un marco de justicia transicional, que posibilite hacer efectivo el goce de sus derechos [los de las víctimas] a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición*”<sup>11</sup>. La ley hace particularmente referencia a

---

<sup>9</sup> V. Toledo Llancaqueo, *La memoria de las tierras antiguas: tocando a las puertas del derecho*, pp. 15-19.

<sup>10</sup> B. Clavero, *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words, 1933-2007*, Milán, Giuffrè, 2008.

<sup>11</sup> Artículo primero, definiendo luego la justicia transicional en el artículo octavo: “*Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos o mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad para garantizar que los responsables de las violaciones (...) rindan cuenta de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de*

una situación de desplazamiento masivo por la violencia letal cruzada de guerrillas y antiguerrillas con un importante contingente de población indígena afectada, el de más de millón y medio de personas en un colectivo de alrededor de cuatro millones de víctimas directas<sup>12</sup>. Para contribuirse precisamente a la salida de esta situación evitándose las amnistías atentatorias contra los derechos humanos, viene trabajándose bastante en Colombia con la tónica de la justicia transicional<sup>13</sup>.

No es la de víctimas la primera ley de justicia transicional ante tal situación en Colombia. La precedente principal, aunque todavía no utilizara el concepto, data de mediados de 2005. Es la llamada Ley de Justicia y Paz, por nombre oficial, sin mención de justicia, de *Ley por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*<sup>14</sup>. Cuando se discutía el proyecto, se hablaba de *ley de alternatividad penal*, lo que identifica bien su núcleo. Se trataba de establecer penas mínimas, en el límite de la lenidad, para delitos atroces siempre que se confesasen y que se cooperase ofreciéndose información significativa acerca de la actividad de guerrillas o antiguerrillas. Se aplicaban mecanismos de comisiones de verdad directamente a la justicia, a una instancia que no cuenta con capacidad para contrastar e integrar información obtenida en procesos distintos y dispares y extraer así fruto de la manifestación presunta de la verdad. Cuando, a pesar de todo, se estuvo cerca de esta posibilidad, con las confesiones de mandos de antiguerrillas relacionadas con sectores políticos y empresariales, pues la violencia de este lado no ha sido sólo a la contra ni tampoco gratuita<sup>15</sup>, el Gobierno dispuso de forma expeditiva la extradición de quienes estaban en el secreto a los Estados Unidos por delitos de narcotráfico de gravedad muy inferior a los que se les imputaban en Colombia. Tratándose incluso de delitos de lesa

---

*las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible*”.

<sup>12</sup> [http://www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=5595](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=5595) es el sitio de publicaciones sobre Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

<sup>13</sup> Angelika Rettberg Beil (ed.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005; Rodrigo Uprimny, *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006; Camila de Gamboa Tapia (ed.), *Justicia transicional: Teoría y Praxis*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006; Guillermo Hoyos Vásquez (ed.), *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007; Ivonne L. Díaz Pérez, *El rostro de los invisibles. Víctimas y sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición*, en autores varios, *Víctimas invisibles, conflicto armado y resistencia civil en Colombia*, Barcelona, Huygens, 2009, pp. 37-71; Tatiana Rincón, *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010; César A. Rodríguez Garavito, *Mas allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2010.

<sup>14</sup> Se tiene traducción al inglés entre los apéndices de Kai Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: An Inductive, Situation-based Approach*, Heidelberg, Springer, 2010.

<sup>15</sup> Mauricio Romero (ed.), *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*, Bogotá, Intermedio, 2007; Claudia López Hernández (ed.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, Bogotá, Debate, 2010.

humanidad, así también se les sustraía a posibles actuaciones de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto los Estados Unidos no tienen ratificado<sup>16</sup>.

Los intereses políticos y empresariales conniventes con la violencia y beneficiarios de la misma se encuentran en Colombia muy directamente implicados en el desplazamiento en concreto de población indígena a fin de lograr acceso a recursos naturales existentes en sus territorios. Las empresas ocupan tierras despejadas por la violencia y el Gobierno se encarga de facilitar la legalización del despojo<sup>17</sup>. La Ley de Justicia y Paz mira a la desmovilización y reintegración de guerrillas y antiguerrillas ignorando la responsabilidad de tales sectores empresariales y políticos, aunque la misma no dejara de emerger y comenzar a sustanciarse en procesos judiciales al margen de las previsiones de alternatividad penal. En todas estas dinámicas, lo que no emergía era procedimiento alguno para la reparación específica de pueblos y comunidades indígenas mediante, ante todo, la devolución de sus tierras. La Ley de Justicia y Paz llanamente ignora el caso. Su articulado repite el binomio *justicia y paz*, pero a la hora de la verdad la búsqueda de la segunda en su sentido más primario de cancelación de la hostilidad armada sirve de coartada para la continuidad del atropello a la primera<sup>18</sup>.

La Ley de Víctimas viene en cambio a considerar el caso indígena, pero para dejarlo aplazado. Se compromete con derechos de las víctimas a la verdad completa, sin poner los medios para acercarse a ella, y a la reparación plena, sin tampoco adoptarse medidas para que fuere integral en lo material y satisfactoria en lo moral, pues todo ello sigue desarrollándose en un contexto de justicia transicional sin transición política; no obstante todo ello, de principios tanto como de procedimientos se exceptúan las víctimas indígenas y afrodescendientes asimiladas; éstas quedan al margen de la ley, pendientes de acuerdos con el Gobierno: *“Las medidas de atención, asistencia y reparación para los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas harán parte de normas específicas para cada uno de estos grupos étnicos, las cuales serán consultadas previamente a fin de respetar usos y costumbres, así como sus derechos colectivos”*; *“el Gobierno Nacional consultará a los pueblos étnicos a través de las autoridades y organizaciones representativas bajo los parámetros de la jurisprudencia constitucional, la ley y el derecho propio, con el fin de dar cabal cumplimiento al derecho fundamental de la consulta previa”*. Por parte de Estado, el poder de llegar a acuerdos queda en manos de la Presidencia de la República<sup>19</sup>.

La consulta y consentimiento indígena es garantía contemplada por el derecho internacional, tanto por el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

---

<sup>16</sup> A. Aponte, *Colombia: un caso sui generis de la justicia de transición*, citado; Alejandro Gómez Quintero, *La Administración de Justicia en el marco del proceso de paz colombiano*, también en J. Almqvist y C. Espósito (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, pp. 157-178.

<sup>17</sup> William Villa y Juan Houghton, *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia, 1974-2004*, Bogotá, CICOIN-OIA-IWGIA, 2004; P. García Hierro y Efraín Jaramillo, *Colombia: El caso del Naya. Desarraigo territorial de poblaciones indígenas, campesinas y afrodescendientes como un objetivo de guerra*, Copenhague, IWGIA, 2008; Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *La Tierra en Disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la costa Caribe, 1960-2010*, Bogotá, Taurus, 2010 (esta comisión de reparación y reconciliación es no gubernamental).

<sup>18</sup> [http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Esquema\\_Ley975\\_Justicia\\_Paz.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Esquema_Ley975_Justicia_Paz.pdf) es edición de la Ley de Justicia y Paz con nutrido aparato propagandístico, en las antípodas de las evidencias, de la oficina del Alto Comisionado para la Paz del propio Gobierno de Colombia.

<sup>19</sup> <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=9536> es mi comentario de urgencia sobre la Ley de Víctimas que ahora aprovecho.

Independientes como por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero no, obviamente, para el reconocimiento mismo de derechos, incluyéndose el derecho en su caso a la reparación integral<sup>20</sup>. ¿Cómo se explica que el requisito de la consulta se interponga con tal alcance y con el efecto de la inmediata suspensión y eventual privación de derechos? La propia Ley de Víctimas da pistas, pues exonera de responsabilidad expresamente al Estado e implícitamente a las empresas, las cuales sólo se mencionan a los efectos de alinearlas por pura presunción legal con el frente defensor de los derechos humanos: “*La presente ley reconoce que los esfuerzos transicionales que propenden por la materialización de los derechos de las víctimas, especialmente a la reparación, involucran al Estado, la sociedad civil y el sector privado. Para el efecto, el Gobierno Nacional diseñará e implementará programas, planes, proyectos y políticas que tengan como objetivo involucrar a la sociedad civil y la empresa privada en la consecución de la reconciliación nacional y la materialización de los derechos de las víctimas*”.

Hay una marcada continuidad entre la Ley de Justicia y Paz y la Ley de Víctimas en cuanto a la negativa del Estado a asumir su responsabilidad, pese al recurso directo a la violencia terrorista por parte de sectores suyos tanto políticos como militares con connivencia gubernamental, y en cuanto a su voluntad, la del Estado, tanto del Congreso como del Gobierno e incluso de la Justicia, de no exigir responsabilidades, comenzando por la de restitución, a las empresas agroindustriales y extractivas que se han apropiado de tierras indígenas aprovechando el desplazamiento de población forzado por la violencia cruzada de guerrillas y antiguerrillas. La interposición de la consulta por la Ley de Víctimas trasluce la determinación del Estado de no reintegrar la totalidad de las tierras en el caso indígena, sino de negociar compensaciones para las que en cualquier caso no hay previsión de recursos de la envergadura que requiere el caso. Prácticamente todo sigue pendiente, sin justicia ni ordinaria ni transicional que valga, respecto a la reparación de violaciones masivas en el caso indígena. Extrañamente, las Naciones Unidas objetaron, con buenas razones, la Ley de Justicia y Paz mientras que ahora respaldan, sin mayor razonamiento, la Ley de Víctimas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 28.1: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado*”, consentimiento requerido para la cesión de tierras o para la aceptación de indemnización compensatoria por su pérdida, pero no, por supuesto, para el reconocimiento mismo del derecho a la reparación integral o, mediante consentimiento, equivalente. El supuesto de imposibilidad de restitución remite por lo demás a situaciones consolidadas, no a despojos recientes.

<sup>21</sup> Como miembro que he sido del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas hasta finales de 2010, he sido testigo del cambio de ambiente en la organización internacional respecto a la política colombiana, cambio escenificado con el transcurso de la sucesión en la Presidencia de la República entre Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos a mediados de 2010. El giro último que acaba haciendo cómplice a las Naciones Unidas coincide con la elección de Colombia como miembro del Consejo de Seguridad para el periodo 2011-2012. Y entiéndase Naciones Unidas en sentido lato más allá de su núcleo duro intergubernamental y de agencias de desarrollo, pues al giro y a su escenificación contribuyen instancias en teoría tan independientes como la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. K. Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, citado, se encuentra al nacer, 2010, fuera de ambiente.



A fin teóricamente de hacerse cargo de la presencia indígena, Chile pone en marcha una comisión de verdad sin justicia transicional. Colombia hace lo propio prácticamente a la inversa. Pone en marcha una justicia transicional sin comisión de verdad e intentando fagocitar elementos de esta segunda para comprometer a la justicia misma con limitaciones sustanciales de la indagación tanto como de su función propia, la función judicial, de garantizar derechos, sancionar delitos y ordenar reparaciones. Las lecciones que pueden aprenderse ceo que han quedado ya a la vista. Si media la mala fe, como en ambos casos es constatable, no hay posibilidades de justicia, ni ordinaria ni transicional, dispensada por el Estado. Con comisión chilena de verdad y con justicia colombiana transicional, la violación masiva de derechos de pueblos, comunidades y personas indígenas prosigue.

No quiere la constatación decir que comisión de verdad y justicia transicional no puedan ser buenos instrumentos para traer al Estado a términos de derechos y garantías con los pueblos indígenas. Sólo indica que lo primero que se requiere es buena fe por parte de los Estados mismos, lo que hasta ahora falta en el caso de América Latina. Tengo para mí que, aun en supuestos de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas como sean hoy los del Ecuador y de Bolivia, tanto comisiones de verdad como otros procedimientos de justicia transicional tendrían un papel que cumplir. En los casos en que dicho reconocimiento brilla por su ausencia, como el de Chile, o no se ha desarrollado en su debida medida ni en el debido contexto, cual el de Colombia, faltan incluso las condiciones para que comisión de verdad y justicia transicional puedan cumplir su papel en la satisfacción de los pendientes que todos los Estados americanos tienen con los pueblos indígenas<sup>22</sup>.

Las condiciones son específicas, igual que los derechos. Las mismas comisiones de verdad y otros procedimientos de justicia transicional, si se aplican a pueblos indígenas, no debieran asimilarse a otras ni a otros ya experimentados. El caso es distinto en términos no sólo de historia por saldar sino también de derechos por asegurar. Internacionalmente, los pueblos indígenas son sujetos políticos con derecho al autogobierno<sup>23</sup>, lo cual implica que, para la constitución de comisiones de verdad y para otras funciones de justicia transicional, debe contarse con los mismos, con su consentimiento ante todo y también con sus instituciones y autoridades. A dicho efecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el primer instrumento que debiera tomarse en cuenta. También contiene orientaciones aplicables a la justicia transicional<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> B. Clavero, *Reconocimiento Mapu-Che de Chile: Tratado ante Constitución, Historia frente a Derecho*, en *Studia Historica. Historia Contemporánea*, 27, 2009, pp. 99-133; *Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio, 1810-2010*, en *Revista de Historia del Derecho*, 41, 2011, de pronta publicación.

<sup>23</sup> Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 3: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*”; art. 4: “*Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas*”.

<sup>24</sup> Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 40: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en*

Ahora creo que podrá entenderse por qué comencé afirmando que las comisiones de verdad resultan tan convenientes como insuficientes y por qué anuncié que mi respuesta positiva a su misma conveniencia iba a ser matizada, para todo lo cual, con carácter general, habría desde luego de repasarse las muy problemáticas relaciones entre comisiones de verdad y justicia, ordinaria o transicional, que en diversa forma y diverso grado se han dado hasta ahora en todos los casos latinoamericanos<sup>25</sup>.

---

*consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”.*

<sup>25</sup> Aunque hay estudios comparativos sobre justicia transicional y comisiones de verdad de más amplio radio, aunque no se interese por el caso indígena y aunque no cubra todas las experiencias latinoamericanas, ofrecen ahora base de partida J. Almqvist y C. Espósito (eds.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, varias veces citado (se anuncia edición ampliada en inglés: *The Role of Courts in Transitional Justice: Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2011). Desafortunadamente, el único capítulo español se ocupa sólo de la jurisprudencia española sobre delitos de derecho internacional, no abordando los problemas persistentes por la ausencia, amnistía mediante, de comisión de verdad y de cualquier forma de justicia de transición, más y no menos que la ordinaria, frente a la violación masiva de derechos humanos durante la dictadura franquista. También falta en el caso de España comisión de verdad, ni hay previsión de que la haya, sobre guerrillas y antiguerrillas terroristas después de la dictadura.