

## **Genealogía de la Justicia Transicional\***

**Ruti G. Teitel\*\***

### INTRODUCCIÓN

Este artículo propone una genealogía de la justicia transicional<sup>1</sup>. La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político<sup>2</sup>, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores<sup>3</sup>. La genealogía que se presenta en este artículo traza la búsqueda histórica de la justicia durante períodos de cambio político, revisa el desarrollo de los acontecimientos políticos de la segunda mitad del siglo XX y analiza la evolución de la concepción de justicia transicional<sup>4</sup>. Este artículo afirma que una genealogía de la justicia transicional demuestra, a través del tiempo, una relación cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes. Actualmente, el discurso está dirigido a preservar un estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz.

La genealogía propuesta está estructurada de acuerdo a ciclos críticos que se pueden separar en tres fases<sup>5</sup>. Este artículo comienza describiendo brevemente dichas fases, para

---

\* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. © (2003) The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal.

\*\* Profesora Titular de la Cátedra Ernst C. Stiefel de Derecho Comparado, New York Law School, NYU. Deseo manifestar mis agradecimientos a Camille Broussard y Elisa Gerontianos por su colaboración en la investigación y a Carlene Walsh por su asistencia en el procesamiento de texto. También deseo expresar mi reconocimiento a Danielle Celermajer, Bronwyn Leebow, Markus Mueller, Cliff Simms y Jonathan Stein por sus valiosos comentarios. En la conferencia realizada durante la primavera boreal de la European Law Research Center en el año 2002, se presentó una versión anterior de este artículo bajo el título *The Globalization of Modern Legal Thought, Production and Reception, 1850–2000*, Facultad de Derecho, Universidad de Harvard.

<sup>1</sup> El libro de Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (2000) contiene un análisis integral de la justicia transicional.

<sup>2</sup> Véase Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies* 6 (1998) (en el cual definen la transición como el intervalo entre un régimen político y otro).

<sup>3</sup> Véase *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon With Former Regimes* (Neil J. Kritz ed., 1997) que contiene una recopilación útil.

<sup>4</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*; Ruti Teitel, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", 106, *Yale L.J.* 2009 (1997).

<sup>5</sup> En este caso, el término "fases" debe entenderse primordialmente en sentido heurístico y se ha empleado para ayudar a entender la periodización de las diversas fases políticas y legales. Esto no significa que haya

luego desarrollar más detalladamente cada una de éstas, así como también las interrelaciones dinámicas críticas de las tres fases al interior de la genealogía<sup>6</sup>. La noción de genealogía presentada en este artículo se estructura y se sitúa en el desarrollo interno de una historia intelectual<sup>7</sup>. Por lo tanto, la genealogía se organiza a lo largo de un esquema del desarrollo de ideas asociadas con las tres fases de la justicia transicional. Estas fases reflejan, en última instancia, el vínculo de la genealogía con una tendencia intelectual más amplia hacia un creciente pragmatismo y politización del derecho<sup>8</sup>.

Los orígenes de la justicia transicional moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial<sup>9</sup>. Sin embargo, la justicia transicional comienza a ser entendida como extraordinaria e internacional en el período de la posguerra después de 1945. La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia.

La fase I de la genealogía, la fase de la posguerra, comenzó en 1945. A través de su símbolo más reconocido - los juicios de Nuremberg conducidos por los aliados<sup>10</sup> - ésta refleja el triunfo de la justicia transicional dentro del esquema del Derecho Internacional. Sin embargo, este desarrollo no perduró, debido a su asociación con las condiciones políticas excepcionales del período de la posguerra: la menoscabada soberanía de Alemania sentó esfuerzos internacionales en favor de reconstrucciones nacionales. Las condiciones políticas en este caso fueron únicas y ni perdurarían ni volverían a ocurrir de la misma forma en que tuvieron lugar. Por lo mismo, esta primera fase de la justicia transicional, asociada con la cooperación entre los Estados, con procesos por crímenes de guerra y con sanciones, culminó

---

separaciones acústicas que dividan estas etapas. Ciertamente, existen superposiciones entre las tres fases que aquí se proponen.

<sup>6</sup> Respecto a las respuestas “críticas” de la justicia transicional a las represiones políticas anteriores, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 220-25.

<sup>7</sup> En lo que se refiere a la genealogía, véase Michel Foucault, “Nietzsche, Genealogy, History” (Donald F. Bouchard & Sherry Simon trans.) en *The Foucault Reader* 80 (Paul Rabinow ed., 1984). En cuanto a la política genealógica, véase Wendy Brown, *Politics out of History*, págs. 91–120 (2001); Michael Clifford, *Political Genealogy After Foucault: Savage Identities*, págs. 149–70 (2001).

<sup>8</sup> Sobre pragmatismo, véase Marion Smiley, “Democratic Justice in Transition”, 99 *Mich. L. Rev.* 1332 (2001) (analiza visiones pragmáticas de la justicia transicional y examina el libro *Justicia Transicional* de Ruti Teitel). Véase también Jack Snyder y Leslie Vinjamuri, *Principles of Pragmatism in Strategies of International Justice*, presentado en el Seminario de Seguridad Nacional del Instituto Olin, Universidad de Harvard (diciembre de 2001) (en el archivo del autor).

<sup>9</sup> Respecto a ejemplos históricos, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 31 y 39-40; en cuanto a antecedentes más antiguos, véase también Michael Walzer, *Regicide and Revolution: Speeches On The Trial Of Louis XVI* (Michael Walzer ed., Marion Rothstein trans., 1992) (que contienen un relato histórico).

<sup>10</sup> Sobre el período de la posguerra, véase *From Dictatorship to Democracy: Coping With The Legacies of Authoritarianism and Totalitarianism* (John H. Herz ed., 1983). Indudablemente, hay ejemplos anteriores en el siglo, pero son respuestas de pequeña escala. Véase Philippe C. Schmitter, *Transitions From Authoritarian Rule: Comparative Perspectives* (Guillermo O’Donnell et al. eds., 1986).

poco después del fin de la guerra. Comenzando en los años '50, la Guerra Fría y el estable equilibrio bipolar de poder condujeron a un *status quo* político general y a un impasse con respecto al tema de la justicia transicional. Sin embargo, el legado de los juicios de posguerra que penalizaron los crímenes de Estado como parte de un esquema de derechos universales, supera ampliamente la fuerza real de los precedentes históricos y forma la base del Derecho moderno de los Derechos Humanos<sup>11</sup>.

La fase II está asociada con un período de acelerada democratización y fragmentación política que ha sido caracterizado como la “tercera ola” de transiciones<sup>12</sup>. A lo largo del último cuarto del siglo XX, el colapso y desintegración de la Unión Soviética llevó a procesos simultáneos de democratización en muchos lugares del planeta. La retirada de fuerzas guerrilleras sustentadas por el régimen soviético hacia el final de los años 70 contribuyó al término de los regímenes militares en Sudamérica<sup>13</sup>. Estas transiciones fueron inmediatamente seguidas por transiciones post-1989 en Europa del Este, África y Centroamérica<sup>14</sup>. Si bien es cierto que estos cambios son comúnmente descritos como desarrollos aislados o como una serie de guerras civiles, no es menos cierto que muchos de estos conflictos fueron fomentados o apoyados por políticas internacionales de poder<sup>15</sup> y, por lo tanto, fueron afectados por el colapso soviético, el cual puso término al período de equilibrio político de la Guerra Fría<sup>16</sup>.

Mientras la ola de transiciones de posguerra fría teóricamente presenta la posibilidad de un retorno a la fase I de justicia transicional internacional, la forma de justicia transicional que de hecho emerge, está asociada con el ascenso de la idea de la reconstrucción nacional<sup>17</sup>. Además, más que entender el estado de derecho en términos de hacer valer la responsabilidad de un reducido grupo de líderes, el modelo transicional de la fase II tiende a sustentarse en una comprensión de un estado de derecho más diverso, ligado a una comunidad política particular y sus condiciones locales<sup>18</sup>. Sin embargo, este acercamiento hacia una justicia más local e

---

<sup>11</sup> Sobre el impacto del precedente establecido por Nuremberg, véase Ruti G. Teitel, “Nuremberg and Its Legacy, Fifty Years Later”, en *War Crimes: The Legacy of Nuremberg* 44 (Belinda Cooper ed., 1999). En cuanto a un ejemplo del impacto de los precedentes de posguerra en la legislación sobre derechos humanos, véase Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights In Context: Law, Politics, Morals* (2000).

<sup>12</sup> Véase Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in The Late Twentieth Century* (1991).

<sup>13</sup> Acerca de las transiciones en América Latina, véase Philippe C. Schmitter et al., *Transitions From Authoritarian Rule: Latin America* (1986); Jaime Malamud-Goti, *Game Without End: State Terror and the Politics of Justice* (1996); Lawrence Weschler, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers* (1998); véase también *Transition to Democracy In Latin America: The Role of the Judiciary* (Irwin P. Stotsky ed., 1993).

<sup>14</sup> Véase nota 12 *supra*.

<sup>15</sup> Sobre América Latina, véase Lars Schoultz, *National Security and United States Policy Towards Latin America* (1987) (hace un análisis de América Latina y el equilibrio de fuerzas a nivel mundial); véase también David Green, *The Containment of Latin America: A History of The Myths and Realities of The Good Neighbor Policy* (1971); *With Friends Like These: The Americas Watch Report on Human Rights and U.S. Policy in Latin America* (Cynthia Brown ed., 1985).

<sup>16</sup> No se ha querido plantear aquí una teoría de causa única, sino más bien aclarar ciertos factores comunes a las múltiples transiciones que se registraron en los últimos 25 años del siglo pasado. Por razones de disciplina, los estudios en cada área tienden a ser aislados.

<sup>17</sup> Hay excepciones en el vuelco hacia la justicia internacional respecto de los conflictos en los Balcanes y en Ruanda. Véase el texto *infra* que acompaña la nota 133.

<sup>18</sup> Véase el texto *infra* que acompaña las notas 53-73.

incluso privatizada, genera una tensión con el potencial de una concepción de justicia más abarcadora asociada con la política transnacional.

Hacia finales del siglo XX emerge la tercera fase o estado estable de la justicia transicional. Esta tercera fase se caracteriza por el fenómeno de la aceleración de la justicia transicional de *fin de siècle*, asociado con la globalización y tipificado por condiciones de marcada violencia e inestabilidad política<sup>19</sup>. La justicia transicional se traslada desde la excepción de la norma, para convertirse en un paradigma del estado de derecho. En esta fase contemporánea, la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo.

## I. FASE I: LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE POSGUERRA

La primera fase de una genealogía de la justicia transicional abarca el modelo de justicia posterior a la Segunda Guerra Mundial. No obstante, la historia comienza más temprano en el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial. Durante el período entre ambas guerras, el objetivo central de la justicia era delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional. Las preguntas que se enfrentaron en este contexto incluyeron si castigar a la Alemania por su agresión, hasta qué punto hacerlo, y qué forma debería tomar la justicia: nacional o internacional, colectiva o individual. En última instancia, la decisión de establecer procedimientos internacionales reflejó las circunstancias políticas predominantes, particularmente los límites que existían sobre la soberanía nacional y la gobernabilidad internacional reconocida en aquél período.

Una perspectiva genealógica sitúa la justicia transicional de la posguerra en su propio contexto histórico, específicamente en la justicia transicional de la Primera Guerra Mundial<sup>20</sup> y revela hasta qué grado esta concepción anterior da cuenta de la respuesta crítica de la justicia post Segunda Guerra Mundial<sup>21</sup>. Al menos dos respuestas críticas emergen respecto a la justicia transicional de la Segunda Guerra Mundial. Primero, la justicia nacional fue desplazada en favor de la justicia internacional. La administración del modelo de justicia transicional punitiva del período post Primera Guerra Mundial, caracterizada por fallidos juicios nacionales, fue dejada en manos de Alemania<sup>22</sup>. Visto con retrospectiva histórica, parecía bastante claro que los juicios nacionales del período post Primera Guerra Mundial no sirvieron para evitar la futura matanza ocurrida en la Segunda Guerra Mundial. En una evidente respuesta crítica al pasado, la justicia transicional del período post Segunda Guerra

<sup>19</sup> Véase el texto *infra* que acompaña las notas 128-145.

<sup>20</sup> Véase Niall Ferguson, *The Pity of War: Explaining World War I* (2000).

<sup>21</sup> Respecto de los juicios de posguerra llevados a cabo por los Aliados, véase Telford Taylor, *The Anatomy of The Nuremberg Trials: A Personal Memoir* (1992); Sheldon Glueck, *War Criminals: Their Prosecution and Punishment* (Kraus Reprint Co., 1976) (1944).

<sup>22</sup> El relato se encuentra en Geo. Gordon Battle, "The Trials Before the Leipsic Supreme Court of Germans Accused of War Crimes", 8 *Va. L. Rev.* 1 (1921).

Mundial comenzó por evitar procesamientos a nivel nacional<sup>23</sup>. En cambio, se buscó la responsabilidad criminal del liderazgo del Reich a nivel internacional<sup>24</sup>.

La segunda respuesta crítica se refiere a las sanciones colectivas impuestas a Alemania a partir del fin de la Primera Guerra Mundial<sup>25</sup>. Visto desde la perspectiva de la genealogía, estas respuestas transicionales claramente fracasaron y vinieron a identificarse como la base para el surgimiento de un sentido de frustración económica y resentimiento que impulsó el rol de Alemania en la Segunda Guerra Mundial<sup>26</sup>. Las onerosas sanciones impuestas y sus crudas consecuencias - que además no discriminaban entre individuos -, hicieron surgir interrogantes normativas profundas<sup>27</sup>. Este abordaje dio cabida a la respuesta crítica que siguió a la Segunda Guerra Mundial y al enfoque más liberal de enjuiciamiento en base a las responsabilidades individuales.

Mientras que el objetivo de la norma de la justicia transicional afirmado en esta fase era la determinación de responsabilidades [*accountability*], la impresionante innovación en aquel tiempo fue el giro hacia el Derecho Penal Internacional y la extensión de su aplicabilidad más allá del Estado, es decir, al individuo. Además, a través de cambios en el Derecho de la Guerra y sus principios de responsabilidad criminal, el sistema legal internacional permitió hacer responsable a los altos mandos del Reich por los crímenes de agresión y políticas represivas. Si bien es cierto que se sostiene que la disuasión tiene una perspectiva de futuro, queda también en claro que los procesamientos de Nuremberg estuvieron básicamente orientados a justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra<sup>28</sup>. Este uso de la justicia transicional reaparece nuevamente en la fase III<sup>29</sup>.

El período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial se considera el apogeo de la justicia internacional. El importante abandono de las respuestas transicionales nacionalistas previas y el acercamiento hacia una política internacionalista se consideró una garantía para el estado de derecho. No obstante, era debatible que establecer responsabilidades criminales a nivel internacional contribuyera a una mayor disuasión. Si bien se estima que la

<sup>23</sup> Sobre la historia de las deliberaciones, véase Robert I. Conot, *Justice at Nuremberg* (1983).

<sup>24</sup> No obstante, los juicios posteriores ante el Consejo de Control Número Diez serían convocados a nivel nacional. Véase *Government Printing Office, Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* (1953) (llamados comúnmente “libros verdes”).

<sup>25</sup> El Tratado de Versalles, en su Artículo 231, establece que: “Los gobiernos aliados y asociados declaran, y Alemania reconoce, que Alemania y sus aliados son responsables, por haberlos causado, de todos los daños y pérdidas infligidos a los gobiernos aliados y asociados y sus súbditos a consecuencia de la guerra que les fue impuesta por la agresión de Alemania y sus aliados”. Según la cláusula de “culpabilidad bélica” contenida en el Tratado, toda la responsabilidad por la guerra debía ser asumida por Alemania. Véase Tratado de Versalles, 28 de junio de 1919, Artículo 231, Parte VIII, Consol. T.S. 225; véase en general Nana Sagi, *German Reparations: A History of the Negotiations* (Dafna Alon trans., 1980).

<sup>26</sup> Véase Ferguson, nota 20 *supra*.

<sup>27</sup> El uso de sanciones económicas en el movimiento contemporáneo ha causado preocupaciones similares. Sobre el debate de la imposición de sanciones por parte de los Estados Unidos, véase Audie Klotz, *Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S. Sanctions Against South Africa*, 49 Int'l Org. 451 (1995).

<sup>28</sup> La justicia transicional se usó como norma para distinguir entre intervenciones militares justificadas e injustificadas. Véase Taylor, nota 21 *supra*, págs. 22–42 (donde se analiza las ideas de Nuremberg relativas a si el inicio de una guerra ofensiva debe considerarse un crimen en virtud del Derecho Internacional).

<sup>29</sup> Véase el texto *infra* que acompaña las notas 133-137.

justicia internacional incorpora la imparcialidad asociada con el estado de derecho<sup>30</sup>, se piensa que otros valores del estado de derecho se derivan del establecimiento a nivel local de responsabilidades, el cual se asocia con la justicia nacional<sup>31</sup>. Más aún, luego de la Segunda Guerra Mundial, la aplicación de la justicia internacional conllevó irregularidades legales que tensaron el estado de derecho, especialmente dado su declarado objetivo liberalizador<sup>32</sup>. En última instancia, el modelo de la fase I ofrecería un precedente muy limitado. Con la bifurcación de la Guerra Fría, se volvió eminentemente claro que este modelo no podría ser exportado fácilmente. Si bien una especie de justicia internacional vuelve a surgir en la fase III<sup>33</sup>, se trata de un modo más contemporáneo de internacionalismo que ha sido moldeado por los desarrollos causados por el fenómeno de la globalización<sup>34</sup>.

El giro hacia el Derecho Internacional de la posguerra reflejó también el sentido de que el tema relevante de la justicia transicional era dar una respuesta legal internacional que fuera gobernada por el Derecho de los Conflictos Armados. A través de los años, este legado ha sido mixto: la fuerza de los precedentes se ha reflejado escasamente en otras instancias de justicia internacional<sup>35</sup>, aunque esto posiblemente esté cambiando con la creación del *Tribunal Penal Internacional* [en adelante TPI] como instancia permanente<sup>36</sup>. La fuerza constante del legado de la posguerra se ha hecho evidente en los desarrollos del Derecho Internacional que incorporó aspectos de los precedentes que establecieron los juicios internacionales por los abusos en tiempos de guerra poco después de la Segunda Guerra Mundial. Tal fue el caso de la Convención contra el Genocidio de 1948<sup>37</sup>. Además, dimensiones de los precedentes de la posguerra, tales como su compromiso fundamental con los derechos individuales, también le ha dado forma al derecho local y al derecho comparado, tal como se ha vuelto evidente en la creciente ola de constitucionalismo relacionado a estas materias<sup>38</sup>. En la fase de la posguerra, la exportación de distintas formas de justicia transicional ocurrió a través del trasplante legal de convenios, tratados, convenciones y constitucionalismo. El período de la posguerra fue

<sup>30</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 30–39; Stotsky, nota 13 *supra*.

<sup>31</sup> Estos se analizan más adelante en la Parte II, notas 53–57, 58–73 y textos correspondientes. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–40; véase en general Stotsky, nota 13 *supra*.

<sup>32</sup> Véase David Luban, *Legal Modernism* 336 (1994).

<sup>33</sup> Véase Teitel, “Transitional Jurisprudence”, nota 4 *supra*.

<sup>34</sup> Véase el texto *infra* que acompaña las notas 132–137.

<sup>35</sup> Véase Teitel, nota 11 *supra*, pág. 44. Los procesamientos relacionados con la Segunda Guerra Mundial constituyen hasta hoy los precedentes más importantes de responsabilidad penal. Respecto de una bibliografía de los juicios por crímenes de guerra, véase *War Criminals and War Crimes Trials: An Annotated Bibliography and Source Book* (Norman E. Tuterow ed., 1986). Véase Symposium, *Holocaust and Human Rights Law: The Sixth International Conference*, 12 B.C. *Third World L.J.* 191 (1992).

<sup>36</sup> Véase notas 132–134 *infra* (respecto del Estatuto de Roma).

<sup>37</sup> Véase *Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal*, Res. A.G. 95(1), UN GAOR, Doc. A/64/Add.1 (1946). Un análisis del proceso de codificación y la labor de la Comisión de Derecho Internacional aparece en M. Cherif Bassiouni, “The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind”, en *Nouvelles Études Pénales, Commentaries on The International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against The Peace and Security of Mankind 11* (M. Cherif Bassiouni ed., 1993); *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277 (vigente a contar del 12 de enero de 1951); Declaración Universal de Derechos Humanos, Res. A.G. 217A (III), 71 UN Doc. A/810 (1948). Un análisis más amplio de estos acontecimientos de la posguerra aparece en Ruti G. Teitel, “Human Rights Genealogy”, 66 *Fordham L. Rev.* 301 (1997).

<sup>38</sup> Esto se manifiesta en el movimiento constitucionalista del período de posguerra. Véase Louis Henkin, *The Age of Rights* (1990). Respecto del derecho emergente al sistema democrático, véase Thomas M. Franck, “The Emerging Right to Democratic Governance”, 86 *Am. J. Int’l. L.* 46, 53 (1992).

también el apogeo de la creencia en el derecho y el desarrollo y, dicho más generalmente, de la creencia en el derecho como instrumento de modernización del Estado<sup>39</sup>.

La justicia internacional asociada con el período de la posguerra retorna transformada por las circunstancias contemporáneas post-conflicto, revelando la dinámica crítica de la justicia transicional. La justicia internacional se presenta nuevamente, pero es transformada por los precedentes pasados y por un nuevo contexto político. El tema y el campo de acción de la justicia transicional se han expandido para trascender su acción operativa por sobre los Estados y actuar sobre actores privados. La justicia transicional se ha extendido también más allá de su rol histórico en la regulación de conflictos internacionales, pudiendo ahora regular tanto los conflictos intraestatales así como las relaciones en tiempos de paz, estableciendo un mínimo estándar de estado de derecho en las políticas globalizadoras<sup>40</sup>. El significado de estos desarrollos será discutido en la fase III.

## II. FASE II: LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE LA POSGUERRA FRÍA

Las últimas dos décadas del siglo XX se caracterizaron por una verdadera ola de transiciones políticas. El colapso de la Unión Soviética, el fin del balance bipolar del poder y la concomitante proliferación de procesos de democratización política y modernización marcó el comienzo de la fase de la posguerra fría de la justicia transicional<sup>41</sup>.

La decadencia y finalmente el colapso del Imperio Soviético encendió una ola liberalizadora que comenzó con las transiciones en el Cono Sur de Sudamérica a finales de los años '70 y comienzos de los '80. Ésta continuó a través de Europa del Este y Centroamérica<sup>42</sup>. Mientras estos acontecimientos regionales son generalmente representados como mutuamente independientes, una perspectiva genealógica ilumina la conexión entre estas transiciones políticas e ilustra cuántos conflictos locales fueron apoyados por el bipolarismo soviético y estadounidense<sup>43</sup>. El término de este esquema histórico no implica que dichos conflictos también hayan terminado, pues continúan activos numerosos movimientos insurgentes interconectados<sup>44</sup>.

Cuando ocurrían las transiciones políticas en los años '80, la interrogante encarada por los regímenes sucesores fue si acaso, y hasta qué punto, adherir al modelo de justicia

<sup>39</sup> John Henry Merryman, "Law and Development Memoirs II: SLADE", 48 *Am. J. Comp. L.* 713 (2000). Véase John Henry Merryman, "Comparative Law and Social Change", 25 *Am. J. Comp. L.* 457, 483 (1977); véase también Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* (1999).

<sup>40</sup> Véase notas 128–140 *infra* y textos correspondientes.

<sup>41</sup> Otras obras se refieren a este hecho como "la tercera ola" de democratización. Véase, por ejemplo, Huntington, nota 12 *supra*.

<sup>42</sup> Véase notas 14–15 *supra*; Walter Lefebvre, *Inevitable Revolutions: United States and Central America* (1984).

<sup>43</sup> Un examen de esta tercera ola de transición, aparece en Huntington, nota 12 *supra*. Véase también Schoultz, nota 15 *supra*, págs. 112–204 (analiza cuestiones de geopolítica y derechos humanos en el contexto de la política de Estados Unidos hacia Centroamérica).

<sup>44</sup> Esto quedó sumamente claro después del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001. Véase Ahmed Rashid, *Jihad: The Rise of Militant Islam in Central Asia* (2002); véase también Harold Hongju Koh, "A United States Human Rights Policy for the 21st Century", 46 *St. Louis U. L.J.* 293 (2002); notas 130–131 *infra* y textos correspondientes.

transicional de la fase I<sup>45</sup>. En las nuevas democracias que emergieron en Sudamérica después del colapso de las juntas militares represivas no había seguridad de que pudiera seguirse con éxito el enjuiciamiento de los líderes de ellas al estilo de Nuremberg<sup>46</sup>. Esta cuestión se presentó primero en la Argentina después de la guerra de las Malvinas/Falklands<sup>47</sup>, donde el régimen sucesor hizo lo posible por hacer una distinción entre el contexto nacional y aquel de justicia internacional de posguerra e impulsó juicios a nivel nacional<sup>48</sup>. En distintos países de Latinoamérica los gobiernos de las nacientes democracias se enfrentaron con sus fuerzas armadas nacionales sobre la cuestión de cuál política de justicia aplicar<sup>49</sup>. Esto produjo, a su vez, un inquietante recordatorio del período post Primera Guerra Mundial y volvió a surgir la pregunta de si acaso la justicia criminal promovía o no el progreso del estado de derecho. En la fase II, la modernización y el estado de derecho fueron equiparados con someter a proceso criminal, por parte del Estado-nación, a los inculpados para legitimar el nuevo régimen y hacer avanzar la reconstrucción de la nación.

La fase II, al igual que la fase I, presenta una capacidad limitada para ser transferida a contextos políticos de formas de soberanía radicalmente diferente<sup>50</sup>. No obstante, a pesar de la ausencia general de juicios internacionales en la fase II, un examen de la jurisprudencia transicional demuestra que el Derecho Internacional puede jugar un rol constructivo, proveyendo una fuente alternativa de estado de derecho para guiar los juicios nacionales en una sociedad en transición<sup>51</sup>. En este sentido, las normas legales internacionales son útiles para construir una percepción de continuidad y consistencia en el estado de derecho<sup>52</sup>. El profundo y permanente significado del modelo de Nuremberg radica en que mediante la definición del estado de derecho en términos universalizadores, éste se ha convertido en el patrón estándar en el cual se enmarcan todos los debates posteriores sobre justicia transicional. Mientras la política de justicia de la fase I sencillamente asumió la legitimidad de castigar los abusos a los derechos humanos, en la fase II la tensión entre castigo y amnistía se complicó con la admisión y reconocimiento de dilemas inherentes a períodos de cambio político.

La justicia transicional, en su segunda fase, reflejó que los valores relevantes puestos en la balanza de la justicia no eran exactamente aquellos de los de un estado de derecho ideal.

---

<sup>45</sup> Respecto a uno de los principales defensores del “Modelo Nuremberg,” véase Aryeh Neier, “What Should Be Done About the Guilty?,” *N.Y. Rev. Books*, 1 de febrero de 1990; véase también Aryeh Neier, *War Crimes: Brutality, Genocide, Terror, and The Struggle for Justice* (1998).

<sup>46</sup> Véase Ruti G. Teitel, “How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?,” en Kritz, nota 3 *supra*; Jaime Malamud-Goti, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?,” *12 Hum. Rts. Q.* 1 n.1 (1990). Otros aspectos de este tema, tales como las reparaciones, se abordaron en una fase posterior.

<sup>47</sup> La guerra culminó con la derrota total de la junta militar del país y permitió que la transición avanzara. Para un análisis de la política de procesamientos en Argentina, véase Carlos Santiago Nino, *Radical Evil on Trial* (1996) (*Juicio al Mal Absoluto*); véase también Carlos S. Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina,” *100 Yale L.J.* 2619 (1991).

<sup>48</sup> Véase Nino, nota 47 *supra*.

<sup>49</sup> Véase Alice H. Henkin, “Conference Report,” en *State Crimes: Punishment or Pardon*, Papers and Report of the Conference, 4–6 de noviembre de 1988, Wye Center, Maryland 1 (1989).

<sup>50</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–39.

<sup>51</sup> Véase *idem*, págs. 20–23 (donde se identifican y evalúan diversos ejemplos en los que se extraen del Derecho Internacional valores alternativos al imperio de la ley y se los incorpora a la legislación nacional de las sociedades en transición).

<sup>52</sup> Véase Álvarez, nota 56 *infra*; Schabas, nota 56 *infra*.

Allí donde el propósito era promover y consolidar la legitimidad, los principios del pragmatismo guiaron la política de justicia y el sentido de adherencia al estado de derecho. La jurisprudencia transicional se vinculó a una concepción de justicia imparcial e imperfecta. Lo que es justo y equitativo en circunstancias políticas extraordinarias tendría que ser determinado desde la posición transicional en sí<sup>53</sup>. Por consiguiente, emergieron múltiples concepciones de justicia en la fase II.

Las reflexiones sobre la justicia en la transición se entienden mejor cuando se está situado en las verdaderas realidades políticas y en el contexto político de la transición, los que incluyen las características del régimen predecesor, así como contingencias de tipo político, jurídico y social. La factibilidad de perseguir la aplicación de la justicia y la capacidad de ésta para contribuir al estado de derecho transicional, dependía de la escala de los crímenes previos, así como también del grado en que éstos se convirtieron en sistemáticos o fueron patrocinados por el aparato del Estado. El intento de hacer valer la responsabilidad en los hechos por medio del derecho penal, a menudo generó dilemas propios del estado de derecho, incluyendo la retroactividad de la ley, la alteración y manipulación indebida de leyes existentes, un alto grado de selectividad en el sometimiento a proceso y un poder judicial sin suficiente autonomía<sup>54</sup>. Por ello, en la medida en que la imposición de la justicia penal incurrió en tales irregularidades, corrió el riesgo de desvirtuar la contribución que la justicia puede hacer para el reestablecimiento de un estado de derecho<sup>55</sup>. En democracias débiles, donde la administración de sanciones y castigos puede provocar agudos dilemas sobre el estado de derecho, las contradicciones generadas por el uso de la ley pueden volverse demasiado grandes<sup>56</sup>. Estos profundos dilemas fueron reconocidos en las deliberaciones que precedieron a las decisiones, en muchos países, de renunciar a procesos penales en favor de

<sup>53</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 234.

<sup>54</sup> En aquellos casos en que la estrategia procesal se centra en personas determinadas, ésta habitualmente fracasa en su intento de condenar al sistema que define al régimen represivo moderno, anulando el propósito esencial de la justicia transicional. Véase Jon Elster, “On Doing What One Can: An Argument Against Post-Communist Restitution and Retribution”, en Kritz, nota 3 *supra*, págs. 566–68. Respecto a juicios selectivos, compárese Teitel, *Transitional Jurisprudence*, nota 4 *supra* (que presenta a los juicios selectivos como un límite en la política del castigo transicional), con Payam Akhavan, “Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, 20 *Hum. Rts. Q.* 774, 774–81 (1998) (que plantea argumentos a favor de los juicios selectivos por el impacto que produce el hecho de “decir la verdad”), y Diane F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *Yale L.J.* 2537 (1991) (ofrece un argumento a favor de los juicios selectivos por contribuir, a fin de cuentas, a imponer el imperio de la ley).

<sup>55</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 2016–30 (donde se analizan los problemas del imperio de la ley).

<sup>56</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 36–39, 46–51. Véase en general Ruti G. Teitel, “Persecution and Inquisition: A Case Study”, en Stotsky, nota 13 *supra*, pág. 141. El fracaso de los juicios en democracias novatas, tales como Ruanda, ejemplifican los conflictos que se suscitan entre los procesos nacionales de reconciliación y la justicia penal. Un análisis del sistema judicial ruandés y el debate acerca de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para crear un tribunal penal internacional en Ruanda aparece en Neil J. Kritz, U.S. Inst. of Peace, Special Report, *Rwanda: Accountability For War Crimes and Genocide (A Report On A United States Institute For Peace Conference)* (1995) que está disponible en <http://www.usip.org/oc/sr/rwanda1.html> (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Véase también William Schabas, *Justice, Democracy and Impunity in Post-Genocide Rwanda: Searching for Solutions to Impossible Problems*, 7 *Crim. LF* 523, 551–52 (1996) (se cita la Res 955 CS, ONU SCOR, Ses. XLIX, 3453era reunión, Doc. ONU S/RES/995 (1994)). Compárese la solución internacional; véase José Álvarez, “Crimes of State/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda”, 24 *Yale J. Int’l L.* 365 (1999) (que analiza los límites que enfrentan los tribunales penales internacionales).

métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos<sup>57</sup>.

Dadas las tensiones presentes en la administración de la justicia transicional en esta segunda fase, los principios de justicia asociados con la fase I fueron cada vez más cuestionados. En una respuesta crítica al proyecto de justicia de postguerra de la fase I, la fase II fue más allá de la justicia retributiva - del modo como se entiende históricamente. Los dilemas transicionales en juego en la fase II se enmarcaron en términos más abarcadores que la simple práctica de confrontar y demandar responsabilidades al régimen predecesor, e incluyeron interrogantes acerca de cómo sanar las heridas de una sociedad entera e incorporar diversos valores de un estado de derecho, tales como la paz y la reconciliación, los que habían sido tratados previamente en gran medida como externos al proyecto de justicia transicional. En consecuencia, el abandono de los juicios asociados con la justicia internacional reflejó un giro en la comprensión de la justicia transicional, la que vino a asociarse con las condiciones políticas más complejas y diversas de la reconstrucción de la nación.

La fase II de la posguerra fría se encuentra en una posición crítica relativa a la justicia transicional de la fase I. En el contexto de la fase II, con una creciente ola de transiciones a la democracia y de reconstrucciones de naciones, la justicia transicional significó realizar concesiones cruciales sobre el estado de derecho. Por ello, si bien inicialmente la justicia transicional de la fase I parecía asumir su potencialmente ilimitada extensión y universalidad en el derecho, ya en su segunda fase ésta fue reconocidamente más contextual, limitada y provisional. En última instancia, el énfasis en la responsabilidad local en las transiciones de la posguerra fría respondió a una perspectiva parcial y distorsionada de un conflicto bipolar históricamente mucho más extenso. Dado que en la fase II se confió en formas de justicia local o nacional y ello constituyó una respuesta crítica a la fase I, el modelo de la posguerra fría, en último término, no fue apropiada para posteriormente generar una globalización de la política en la cual los factores nacionales e internacionales contribuyeran interdependientemente al cambio político.

#### A. *Yuxtaponiendo la Verdad con la Justicia*

Esta sección profundiza en el vínculo entre la forma de justicia transicional escogida y el contexto político. En la fase II, la dinámica transicional central respondió a la justicia transicional de posguerra mientras, al mismo tiempo, se diferenciaba respecto de ese período. Las respuestas de la justicia transicional en la segunda fase, se apartaron de la justicia transicional internacional de posguerra hacia estrategias alternativas. Esto se ilustró con el surgimiento de un tipo de derecho con características híbridas y un giro hacia respuestas del derecho y de la sociedad.

---

<sup>57</sup> Sudáfrica es un ejemplo destacado. Un análisis de la función del Poder Judicial de Sudáfrica como factor en el acuerdo transicional de amnistía nacional aparece en Paul Van Zyl, "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", 52 *J. Int'l Aff.* 647 (1999). Se ofrece un análisis integral del papel histórico que le cupo al Poder Judicial bajo el régimen de apartheid en Stephen Ellmann, *In A Time Of Trouble: Law And Liberty In South Africa's State Of Emergency* (1995); David Dyzenhaus, "Transitional Justice", 1 *Int'l J. Const. L.* 163 (2003).

El modelo más destacado en esta fase es el que se conoce como *el modelo restaurativo*. En esta fase, el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado. Emergió entonces una dicotomía entre verdad y justicia. Así, el paradigma de la fase II mayoritariamente evitó enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo institucional: *las comisiones de verdad*. Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico. Si bien este nuevo mecanismo institucional fue usado por primera vez en la Argentina<sup>58</sup>, este modelo investigativo es ahora asociado con la respuesta adoptada por la Sudáfrica post-Apartheid en los años '90<sup>59</sup>. Desde entonces, se han propuesto o convocado comisiones de verdad y reconciliación de diversos tipos en todo el mundo y - frecuentemente - han generado un significativo apoyo internacional<sup>60</sup>.

Lo atrayente de este modelo es su capacidad para ofrecer una perspectiva histórica más amplia, en lugar de meros juicios para casos aislados<sup>61</sup>. Las comisiones de verdad son preferidas donde el régimen predecesor hizo desaparecer personas u ocultó información sobre su política persecutoria, como fue el caso típico en Latinoamérica<sup>62</sup>. En contraste, las comisiones de verdad han sido de poco interés en la Europa post-comunista, donde el uso de la historia por parte de los gobiernos fue en sí mismo una dimensión destructiva de la represión comunista<sup>63</sup>. En consecuencia, en la Europa del Este, la respuesta crítica principal de los regímenes sucesores no fue crear historias oficiales, sino que garantizar el acceso a los archivos históricos<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> Argentina estableció la primera comisión oficial transicional de investigación de la era moderna. Si bien era una comisión de verdad, su objetivo no era la reconciliación. La investigación realizada por la Comisión "Nunca Más" fue la primera fase de la justicia argentina posterior a la junta, tras el colapso del régimen militar después de la derrota en la guerra de Las Malvinas. Un relato de estos hechos aparece en Nino, nota 47 *supra*. Véase también *Nunca Más: The Report of The Argentine National Commission on The Disappeared* (Farrar et al. trans, 1986).

<sup>59</sup> Véase *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (Truth and Reconciliation Comm'n eds., 1999); Ley N° 34 de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación (1995) (Sudáfrica) (crea la Comisión de Verdad y Reconciliación). Véase Alex Boraine, *A Country Unmasked* (2000) que contiene un relato a fondo de esta historia desde un punto de vista biográfico.

<sup>60</sup> En Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2001) se ofrece un análisis integral sobre las comisiones de verdad., Véase Boraine, nota 59 *supra* que contiene un análisis del modelo sudafricano. Para una interpretación crítica del proyecto de comisiones de verdad, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 77-88.

<sup>61</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 70 (donde analiza los "régimenes de verdad" foucaultianos y su inevitable asociación con un régimen político).

<sup>62</sup> Véase Teitel, nota 46 *supra*. Véase también *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile* (Phillip E. Berryman trans., 1993) disponible en [http://www.nd.edu/~ndlibs/eresources/etexts/truth/table\\_of\\_contents.htm](http://www.nd.edu/~ndlibs/eresources/etexts/truth/table_of_contents.htm) (última visita realizada el 11 de enero de 2003).

<sup>63</sup> Sobre Alemania Oriental y el tratamiento dado a los archivos oficiales después de la transición, véase Tina Rosenberg, *The Haunted Land: Facing Europe's Ghosts After Communism* 261-394 (1996). Véase también Timothy Garton Ash, *The File: A Personal History* (1998).

<sup>64</sup> Varios países de la región han promulgado leyes que permiten que las víctimas y otras personas tengan acceso a los archivos. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 95-103; véase también Ruti Teitel, "Preface", en *Truth and Justice: The Delicate Balance: The Documentation of Prior Regimes and Individual Rights* (1993).

El modelo de la fase II pareció impulsar algunos de los objetivos de la justicia criminal del estado de derecho en sociedades en transición, en las cuales las instituciones legales funcionaban bajo condiciones de tensión transicional. Visto desde una perspectiva genealógica, el objetivo primordial de las comisiones de verdad no era la verdad, sino la paz. Esto planteó la interrogante sobre la relación esperada entre la paz y la promoción del estado de derecho y la democracia. Mientras los defensores del modelo sudafricano argumentaron que la paz era una condición previa necesaria para la democracia<sup>65</sup>, la construcción de instituciones democráticas no fue su objetivo primario<sup>66</sup>. Es para nada evidente que políticas cortoplacistas de manejo de conflictos puedan promover efectivamente el estado de derecho<sup>67</sup>. No obstante, a menudo los propósitos de una comisión de verdad se consideran análogos a aquellos de la justicia criminal, ya que tanto los procesos judiciales como las comisiones de verdad pueden entenderse como animados fundamentalmente por la idea de la disuasión<sup>68</sup>. De hecho, los mandatos de tales comisiones frecuentemente incluyen recomendaciones para prevenir la recurrencia de los abusos a los derechos humanos<sup>69</sup>.

La respuesta de la fase II trascendió el enfoque unidimensional sobre responsabilidad individual en favor de una concepción más comunitaria. Sin embargo, el propósito de esta fase puede difícilmente considerarse como un proyecto de justicia social a gran escala<sup>70</sup>. En cambio, los propósitos de la justicia transicional en esta fase se trasladaron desde la primera meta de establecer el estado de derecho por medio de hacer valer responsabilidades, hacia el

---

<sup>65</sup> Véase Boraine, nota 59 *supra*; Margaret Popkin y Naomi Roht-Arriaza, *Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America*, Law and Soc. Inquiry, Vol. 20 (Invierno de 1995); Kader Asmal et al., *Reconciliation Through Truth: A Reckoning of Apartheid's Criminal Governance* 12–17 (1997) (describe la Comisión de Verdad y Reconciliación como una instancia que “consigue la justicia mediante la verdad”).

<sup>66</sup> Véase George Bizos, *No One to Blame: In Pursuit of Justice in South Africa* 229–39 (1998) (analiza el debate del Congreso Nacional Africano acerca de los objetivos que logrará la Comisión de Verdad Sudafricana).

<sup>67</sup> En cuanto a argumentos relacionados, véase *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia* 13–31 (Carla A. Hesse & Robert Post eds., 1999); véase también Ruti Teitel, *Millennial Visions: Human Rights at Century's End*, *id.*, págs. 339–42.

<sup>68</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 81. El establecimiento de las Comisiones de Verdad no implica necesariamente que sus investigaciones constituirán la respuesta completa y exclusiva del gobierno frente a las injusticias del pasado. Véase *Nunca Más*, nota 58 *supra* donde aparece un análisis del proceso argentino. En El Salvador y Sudáfrica, las confesiones ante la Comisión de Verdad y Reconciliación se recibieron a cambio de amnistías. Véase *The Truth Commission for El Salvador, From Madness to Hope: The 12-Year War in El Salvador*, UN SCOR, Anexo a carta fechada 29 de marzo de 1993, dirigida por Boutros-Boutros Ghali al Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/25500 (1993), disponible en [http://www.usip.org/library/tc/doc/reports/tc\\_elsalvador.html](http://www.usip.org/library/tc/doc/reports/tc_elsalvador.html) (última visita efectuada el 11 de enero de 2003); Thomas Buergenthal, “The United Nation’s Truth Commission for El Salvador”, 27 *Vand. J. Transnat’l L.* 497 (1994). El ejemplo contrario sería Argentina, cuya transición se inició con una comisión de verdad, que luego llevó a la formación de una política judicial penal y, finalmente, al inicio de procesamientos. Respecto de los acuerdos latinoamericanos, véase Weschler, nota 13 *supra*. Respecto al sistema sudafricano, véase Ley de Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación, nota 59 *supra*. Sobre el otorgamiento de amnistías en Sudáfrica, véase Comisión de Verdad y Reconciliación, Transcripción de Dictámenes de Amnistía, que se encuentra en <http://www.doj.gov.za/trc/amntrans/index.htm> (última visita realizada el 11 de enero de 2003). Se pueden encontrar comentarios adicionales sobre el proceso de reconciliación en Abdullah Omar, “Truth and Reconciliation in South Africa: Accounting for the Past”, 4 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 5 (1997).

<sup>69</sup> Véase Popkin & Roht-Arriaza, nota 65 *supra*.

<sup>70</sup> Sin duda, hay excepciones. Cuando se inició la transición sudafricana, la Liga Nacional Africana intentó implementar un programa redistributivo más amplio.

objetivo de preservar la paz<sup>71</sup>. Este cambio de énfasis redefine la comprensión de los propósitos de la transición.

Además, en esta fase, la modalidad de justicia transicional se convirtió comúnmente en un tema de orden privado. Incluso cuando fue investida con la autoridad gubernamental, la justicia transicional, realizada a través de las comisiones de verdad, frecuente y básicamente se convirtió en un vehículo para que las víctimas se reconciliaran y se recuperaran del daño sufrido en el pasado, muchas veces a través de la asesoría y la ayuda de varios actores no estatales. La justicia transicional se convirtió en una forma de diálogo entre las víctimas y sus victimarios. Hubo un alejamiento desde el foco de la fase I en torno a la universalización de juicios, hacia un enfoque en torno a la reconstrucción de la identidad política<sup>72</sup> a través del estado de derecho sobre la base de los conceptos locales de legitimidad.

El problema del enjuiciamiento dio paso a otras formas de respuesta, sobre todo comisiones nacionales investigadoras que tenían la ventaja de ser capaces de investigar más sistemáticamente los crímenes del Estado<sup>73</sup>. A pesar de apartarse de la justicia criminal internacional asociada con la primera fase, la respuesta de la fase II sí incorporó la retórica de los derechos humanos del modelo de posguerra, aunque en un abordaje más amplio, societal y restaurativo. El dilema central asociado con esta fase fue frecuentemente enmarcado en términos de derechos humanos tales como, si acaso las víctimas tienen el derecho a saber la verdad y si acaso el Estado tiene el deber de investigar para revelar dicha verdad<sup>74</sup>. Dentro de este marco, la dinámica central de “*verdad versus justicia*” sugirió que necesariamente existían conflictos entre justicia, historia y memoria. Esta formulación dinámica se entiende mejor como una respuesta crítica al modelo de posguerra previo. No obstante, el intento de acomodar la retórica internacional de derechos humanos a una amplia variedad de objetivos

<sup>71</sup> Véase Ruti Teitel, “Bringing the Messiah Through the Law”, en Hesse y Post, nota 67 *supra*, págs. 177–93 (analiza el conflicto entre el proceso político de pacificación y la imposición de la ley en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia).

<sup>72</sup> En este vuelco hay una variedad de propósitos relacionados, incluyendo el recuerdo, el duelo y la recuperación. Existe una literatura creciente acerca de las alternativas al castigo. Véase, por ejemplo, *The Politics Of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies* (Alexandra Barahona de Brito et al. eds., 2001); Gary Jonathan Bass, *Stay The Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals* (2000); Boraine, nota 59 *supra*; John Borneman, *Rule of Law, Justice and Accountability in Post-Socialist Europe* (1997); Hayner, nota 60 *supra*; Jennifer J. Llewellyn y Robert Howse, “Institutions for Restorative Justice: the South Africa Truth and Reconciliation Commission”, 49 *U. Toronto L.J.* 355 (1999); Mahmood Mamdani, *When Victims Become Killers: Colonialism, Nativism, and the Genocide in Rwanda* (2001); A. James McAdams, *Judging the Past in Unified Germany* (2001); *The (Un)Rule of Law and The Underprivileged in Latin America* (Juan E. Méndez et al. eds., 1999); Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence* (1998); Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law* (1997); Popkin and Roht-Arriaza, nota 65 *supra*; Margaret Popkin, *Peace Without Justice: Obstacles to Building The Rule of Law in El Salvador* (2000); *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions* (Robert I. Rotberg y Dennis Thompson eds., 2000); Desmond Impilo Tutu, *No Future Without Forgiveness* (1999); Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State* (2001).

<sup>73</sup> Hayner, nota 60 *supra*, ofrece un relato integral de las recientes comisiones de verdad y un argumento a favor de la investigación; véase también Kritz, nota 3 *supra*.

<sup>74</sup> Véase Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra*, pág. 79; véase también Rotberg y Thompson, nota 72 *supra*. Por cierto, no necesariamente existe un conflicto entre la investigación y la justicia, tal como se refleja en la primera comisión de verdad, convocada durante la transición política argentina de 1983. Véase *Nunca Más*, nota 58 *supra*, Prefacio.

sociales de gran espectro pone en relieve muchas contradicciones y arriesga un probable mal uso de dicha retórica<sup>75</sup>.

Aún cuando limitada, la justicia transicional en su segunda fase posibilitó una suerte de justicia de preservación. La respuesta de la fase II permitió la creación de un registro histórico y al mismo tiempo dejó abierta la posibilidad de acciones y resoluciones judiciales futuras. El énfasis en la preservación significó aceptar las restricciones existentes sobre la soberanía política asociada con la democratización moderna, la globalización de la fragmentación política y otras restricciones políticas en el núcleo de la justicia transicional contemporánea.

### B. *Canjeando Justicia por Paz*

En la fase II emergió un discurso dinámico que yuxtapuso e incluso sacrificó el objetivo de la justicia por la meta más modesta de la paz<sup>76</sup>. Esta sección desarrolla ese discurso y reflexiona sobre su lugar en la genealogía, sobre todo en términos de su dinámica crítica con el modelo de justicia de la fase I. Esta sección, en última instancia, sostiene el que el modelo de la fase II expandió la categoría de justicia transicional, con implicancias para su futura normalización<sup>77</sup>.

Una teoría del perdón<sup>78</sup> y la reconciliación<sup>79</sup>, está asociada con el modelo de la fase II. El proyecto de verdad y reconciliación extrajo la mayor parte de su discurso normativo desde fuera del derecho, especialmente desde la ética, la medicina y la teología<sup>80</sup>. Su propósito no era meramente la justicia, sino la paz, tanto para los individuos como para la sociedad como un todo<sup>81</sup>. El problema de la justicia transicional fue reconcebido a través de líneas morales y psicológicas para redefinir la identidad. La mezcla evidente de lenguaje legal, político y religioso, reflejó tanto la arrogancia como la limitación del derecho. La fase II tuvo sus raíces en la fase I y constituyó una respuesta crítica ante el proyecto más amplio de la justicia de la posguerra. Mientras en su primera fase el problema de la justicia transicional se enmarcó en

<sup>75</sup> Respecto al argumento de que sí existe dicha obligación, véase Velásquez Rodríguez, Inter-Am. CHR 35, en 166, OEA/ser. L/V/III.19, doc. 13 (1988) (“[E]l Estado debe evitar, investigar y castigar toda violación de derechos reconocida por la convención y ... restituir el derecho violado y entregar la indemnización que el hecho amerite.”). Véase también *Torture Victim Protection Act*, 28 USC § 1350 (1992).

<sup>76</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, pág. 51.

<sup>77</sup> Véase el análisis *infra* en la Parte III.

<sup>78</sup> Véase Tutu, nota 72 *supra*, pág. 260; Minow, nota 72 *supra*; Jacques Derrida, *On Cosmopolitanism and Forgiveness* 55–59 (Mark Dooley y Michael Hughes trans., 2001).

<sup>79</sup> Respecto a una justificación filosófica ponderada de la justicia restaurativa, véase Elizabeth Kiss, *Moral Ambitions Within and Beyond Political Constraints: Reflections on Restorative Justice*, en Rotberg y Thompson, note 72 *supra*, pág. 68.

<sup>80</sup> Para un análisis del giro hacia el lenguaje terapéutico, véase Minow, nota 72 *supra*, págs. 21–22; Kenneth Roth & Alison Desforges, “Justice or Therapy?”, *Boston Rev.*, Summer 2002, disponible en <http://bostonreview.mit.edu/BR27.3/rothdesforges.html>. Un relato histórico del giro hacia el lenguaje moral y religioso aparece en nota 87 *infra*; Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 25.

<sup>81</sup> Sobre los usos de la justicia para promover la paz, véase Teitel, nota 71 *supra*, págs. 177–93. La Comisión de Verdad y Reconciliación enfrentó “cuestiones cruciales de responsabilidad moral y política”. Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 25. Compárese Popkin y Roht-Arriaza, nota 65 *supra* (la verdad como vía hacia la paz), con Akhavan, nota 54 *supra* (los juicios como una vía hacia la paz). Véase Hayner, nota 60 *supra*, págs. 134–35 (donde se analizan los complejos resultados de la comisión de verdad para el propósito de la sanación individual).

términos de justicia versus amnistía, con la consideración de que la amnistía es una excepción respecto a la aplicación del estado de derecho, la segunda fase adoptó una política más amplia a favor de la amnistía con miras a la reconciliación<sup>82</sup>. La excepción se generalizó y reflejó un intento explícito de incorporar a la ley tanto la clemencia como la gracia.

Tanto los activistas políticos como los académicos buscaron salirse de la política y la historia contingente para comprender el conflicto en términos universales y atemporales<sup>83</sup>. La fase II no resistió el ímpetu universalizador asociado con la fase I<sup>84</sup>. Hubo algo de la fase I en su despliegue de los derechos universales como parte de la estructura justificadora de la fase II. El tipo de derecho que se propició presenta un lenguaje universalizador acerca de los objetivos del perdón y la posibilidad de redención política<sup>85</sup>. Mientras el derecho, como se entiende convencionalmente, prácticamente desapareció, se dijo que el modelo alternativo tenía aplicación universal y se aseguraba que podría ser difundido en todo el mundo<sup>86</sup>. Considérese el grado en que se está exportando la justicia transicional en el paradigma de la posguerra fría como una religión secularizada y sin ley<sup>87</sup>.

En la fase II hubo una aparente fusión del dominio de la ética, generalmente considerada como pertinente a la esfera de lo privado más que al de las decisiones públicas<sup>88</sup>, y el dominio de la política. Esto fue el indicio del derrumbe e interconexión de la esfera pública y la esfera privada, un fenómeno asociado a la globalización<sup>89</sup>. Más aún, en la segunda fase, los actores políticos relevantes cambiaron desde aquellos con autoridad legal y política hacia aquellos con autoridad moral en la sociedad civil. Si bien en su primera fase la justicia se encontraba eminentemente en la esfera de acción del régimen sucesor y de los tribunales, en la segunda fase muchos de los actores y las instituciones relevantes estaban asentadas fuera del dominio del derecho y la política, e incluyeron iglesias, ONGs y grupos defensores de los derechos humanos que incorporaron una amplia gama de alternativas en la resolución de conflictos<sup>90</sup>.

---

<sup>82</sup> Las amnistías se han otorgado mayoritariamente en conformidad con la legislación, como ha ocurrido en gran parte del Cono Sur en América Latina. Véase Teitel, nota 46 *supra*. Otras amnistías, como ha sucedido en Sudáfrica, se han abordado de manera individual, aunque siguen correspondiendo a un proyecto de amnistía transicional más amplio. Véase nota 59 *supra*.

<sup>83</sup> Por ejemplo, ha habido una verdadera “explosión” editorial sobre el tema de la maldad. Véase, por ejemplo, Alan Badiou, *Ethics: An Essay on the Understanding of Evil* (2001); Susan Neiman, *Evil in Modern Thought: An Alternative History of Philosophy* (2002); John Kekes, *Facing Evil* (1990).

<sup>84</sup> Véase Steiner y Alston, nota 11 *supra* (se realiza un análisis sobre Nuremberg y la evolución del movimiento universal de derechos humanos); Véase también Henkin, nota 38 *supra*.

<sup>85</sup> Por cierto, este propósito se explicita en los Informes de la Comisión de Verdad. Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 69–72.

<sup>86</sup> Véase Boraine, nota 59 *supra*.

<sup>87</sup> Acerca del vínculo entre la corrupción de la autoridad política y legal y el desplazamiento hacia la autoridad moral y religiosa, véase Boraine, nota 59 *supra*, págs. 340–78; véase también *Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa* (Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd eds., 2000) (que analiza el carácter religioso de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica).

<sup>88</sup> En lo referente a los avances actuales más amplios hacia un discurso público con motivación ética, véase *The Turn to Ethics* (Marjorie B. Garber et al. eds., 2000); véase también Zygmunt Bauman, *Postmodern Ethics* (1993).

<sup>89</sup> Véase David Held, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture* (1999); Ulrich Beck, *What is Globalization?* (Patrick Camiller trans., 2000).

<sup>90</sup> Véase notas 120, 123 *infra*.

Además, el modelo de la fase II adhirió apenas de manera endeble a los procesos legales convencionales. Esto se ilustró con el desplazamiento desde la sala de tribunales hacia la sala de audiencias públicas y el giro hacia testimonios confesionales discursivos. El lenguaje escogido tuvo implicancias jurídicas y políticas muy significativas. Un discurso ético-religioso introdujo una base moral a la justicia transicional. Sin embargo, el movimiento por la verdad y la reconciliación tendió a evitar juicios y, en cambio, apuntó a ir más allá de nociones legales de culpa y responsabilidad. Contribuyó a una verdadera teología política<sup>91</sup>, construyendo un discurso que incorporó imperativos morales y tuvo el potencial de poner en amenaza los parámetros del legítimo discurso político en estados liberales, que concibe la esfera pública como un dominio de debate libre e informado<sup>92</sup>. No obstante, la comisión de verdad se asoció también con una postura crítica ante la globalización, donde la percepción de un déficit democrático ha llevado a una búsqueda de un discurso legitimante y universalizador<sup>93</sup>.

La evolución del discurso de la justicia transicional en la segunda fase hizo destacar una compleja interacción entre las dimensiones de lo universal, lo global y lo local. Mientras que, al enmarcar el problema en términos universalizadores de derechos humanos, la fase I sugiere una forma de justicia que está alejada de los intereses y necesidades de las sociedades, pero también la modalidad de la fase II asumió condiciones que no estaban formalmente presentes en muchos países, con resultados restaurativos frecuentemente dudosos. El examen retrospectivo de la genealogía ilumina las contingencias históricas y políticas presentes en las decisiones que se tomaron respecto de políticas específicas. También indica hasta qué punto el régimen jurídico de la fase II incorporó las ideas del estado de derecho que se vinculan estrechamente a la legitimidad de las instituciones locales, enfrentando, así, los múltiples propósitos asociados con períodos de cambio político.

Las consideraciones políticas asociadas con la respuesta transicional característica de la posguerra fría son ilustrativas. Se decía que el objetivo de los planes de acción y lineamientos transicionales sería la meta de la paz, más que la democracia. El giro hacia estrategias alternativas, ya fuesen teológicas o terapéuticas, fue animado por el objetivo de la reconciliación que miraba hacia el futuro. El perdón se convirtió en la contrapartida de la petición política de disculpas<sup>94</sup>, entendida como un acto de contrición en el dominio de las

---

<sup>91</sup> En el tema de la teología política, véase Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab trans., 1985). Sobre la relación entre religión y violencia, véase Hent de Vries, *Religion and Violence: Philosophical Perspectives From Kant to Derrida* (2002); véase también Jacob Taubes, *Die Politische Theologie Des Paulus* (Aleida Assman et al. eds., 1993). En lo referente a argumentos relacionados, véase Hannah Arendt, *The Human Condition* 38–78 (U. Chi. Press 2da. ed. 1998) (1958) (que explora las distinciones entre los ámbitos público y privado).

<sup>92</sup> Véase Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* (1985).

<sup>93</sup> La aparición de esta forma de discurso sobre la justicia transicional en este momento refleja su asociación con las políticas de globalización y los desafíos relacionados con la mantención de una esfera pública fuerte.

<sup>94</sup> Un análisis de algunas de las implicaciones filosóficas y sociológicas del perdón aparece en Nicholas Tavuchis, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation* (1993); véase también Jeffrie G. Murphy y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (1990); Michel Rolph-Trouillot, “Abortive Rituals: Historical Apologies in the Global Era”, en *Interventions: Righting Wrongs, Rewriting History*, vol. 2(2), págs. 171–86 (H. Bhabha & R. S. Rajan, eds., 2000).

políticas de unidad<sup>95</sup>. Una gran variedad de mecanismos conciliatorios surgió en muchas sociedades en transición, con el ostensible propósito de estabilizar la situación política interna. Estas políticas se convirtieron en los signos de una época de restauración del estado de derecho en la política global.

Sin embargo, este tipo de políticas de reconciliación puede perfectamente acarrear consecuencias negativas en el largo plazo. Por ejemplo, la incitación a llegar a acuerdos sobre los reclamos por actos del pasado puede tener ramificaciones conservadoras. Tal enfoque puede socavar reformas políticas más amplias<sup>96</sup> y en general puede que no ayude a echar las bases para el desarrollo de la democracia<sup>97</sup>. Además, dado que las respuestas discutidas aquí han implicado, en gran medida, decisiones políticas nacionales, éstas comúnmente pasan por alto las causas estructurales de mayor escala asociadas al equilibrio bipolar del poder. El discurso de la fase II se renegociaba al mismo tiempo que se daba el debate sobre las reformas del proceso de globalización. Esto parece ser más que una coincidencia histórica. Aún cuando la disparidad entre ricos y pobres asociada con la economía del libre mercado ha crecido<sup>98</sup>, el ímpetu ha sido recurrir en forma creciente al discurso de la justicia transicional y a un proyecto que, hasta cierto punto, mira hacia el pasado y se limita a la restauración<sup>99</sup>. En el presente, el grado en que la justicia transicional ha desplazado a otros proyectos de justicia señala la presencia de expectativas políticas disminuidas como respuesta a los experimentos fallidos de un pasado no tan lejano.

### C. *La Justicia Transicional de Fin-de-Siècle y el Transcurso del Tiempo*

Esta sección examina la justicia transicional a lo largo del tiempo. Explora hasta qué punto el discurso de la justicia transicional se ha tornado omnipresente en la política. Con procesos de justicia transicional demorados, el significado mismo de la categoría de la transición se ha expandido a lo largo del tiempo hasta convertirse en una persistente metáfora<sup>100</sup>.

Los acontecimientos descritos más arriba tienen implicancias para el autoconocimiento histórico humano. Hacia finales del siglo XX, parecía que toda justicia se había vuelto transicional, *ex-post*, y orientada hacia el pasado. Entre algunos de los teóricos del período,

<sup>95</sup> En lo que atañe al papel del perdón en la esfera política, véase Arendt, nota 91 *supra*, págs. 236–43. Respecto a Sudáfrica, véase Boraine, nota 59 *supra*, págs. 340–78 (analiza la necesidad de “[e]nfrentar la responsabilidad colectiva”). Sobre el papel esperado de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, véase Asmal et al., nota 65 *supra*, pág. 143.

<sup>96</sup> Compárese Robert Meister, *The Politics and Political Uses of Human Rights Discourse: A Conference on Rethinking Human Rights*, ponencia presentada en una conferencia en Columbia (Nov. 8–9, 2001) (centrada en el efecto que el modelo tiene en el proyecto revolucionario y no en el proyecto de construcción de la democracia), con Jung & Shapiro, nota 97 *infra*.

<sup>97</sup> En Sudáfrica, la política de reconciliación estaba asociada con la política de consociacionalismo. Véase *Constitución Política de Sudáfrica*. Cap. 15, No. 251 (1993) (la disposición relativa a “Unidad y Reconciliación Nacional”); Courtney Jung & Ian Shapiro, “South Africa’s Negotiated Transition: Democracy, Opposition, and the New Constitutional Order”, 23 *Pol. & Soc.* 269 (1995).

<sup>98</sup> Véase Joseph E. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents* (2002) en lo referente a un análisis de las tensiones actuales en la globalización del mercado.

<sup>99</sup> Un análisis de algunas de las contradicciones aparecen en Meister, nota 96 *supra*.

<sup>100</sup> Respecto de la normalización de la justicia transicional, véase Parte III(A) *infra* y notas 130–147.

las dinámicas post-soviéticas y la ola de transiciones relacionadas a éstas llevarían, como era esperado, a un proceso de estabilización política y, según Francis Fukuyama, “*al fin de la historia*”<sup>101</sup>. Otros teóricos sugirieron que el colapso comunista dejó pocas opciones políticas y, de ahí entonces, que la política era el pasado y todo lo que quedaba pertenecía a la historia. De esta manera, Jacques Derrida escribió sobre el marxismo como un fantasma en espera de su duelo<sup>102</sup>. Y si bien Derrida y Fukuyama compartían poco o nada en el ámbito de la política, ambos representaron a un amplio espectro de escritores políticos cuyos escritos, a finales del siglo, claramente relegaron a un mausoleo el tiempo en que la política involucraba un marcado proyecto revolucionario<sup>103</sup>. Sin embargo, estas conclusiones que pronosticaban el fin de la historia o el final de la política parecían ciertamente fuera de lugar<sup>104</sup>. Los académicos actuales no han captado aún la dinámica predominante de la justicia transicional ni su nexo con los cambios políticos en curso.

El persistente discurso de los últimos años del siglo XX fue aquel de la justicia transicional. Actitudes que buscaban un cierre, asociado tanto con el fin del siglo como con el fin del milenio, reflejaron un sentido dominante de meta-transición. Al final del siglo, hubo un evidente aumento de situaciones de la permanencia de antiguas injusticias y de una justicia transicional pospuesta. Hubo persistentes llamados a pedir disculpas, realizar reparaciones, publicar memorias, y todo tipo de ajuste de cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados<sup>105</sup>. Abundaron los ejemplos de demandas y arreglos, incluyendo aquellos relativos a patrimonios y propiedades perdidas durante la Segunda Guerra Mundial<sup>106</sup>, reparaciones económicas por esclavitud<sup>107</sup> e incluso injusticias mucho más antiguas tales como las colonizaciones, la Inquisición y las Cruzadas<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> Véase Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (1992).

<sup>102</sup> Véase Jacques Derrida, *Specters of Marx: the State of the Debt, the Work of Mourning, and the New International* (Espectros de Marx. El estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional) (Peggy Kamuf trans., 1994) (analiza lo que queda del marxismo tras la caída del comunismo).

<sup>103</sup> No obstante, véase Eric Hobsbawm, *On the Edge of the New Century* 95–107 (Allan Cameron trans., Antonio Polito ed., 2000) (analiza los cambios en el significado de la discusión política de izquierda y derecha y particularmente la política “progresiva”).

<sup>104</sup> Por cierto, existe una fragmentación y disgregación post-soviética manifiesta. En cuanto al argumento de que el mundo contemporáneo pareciera ser más violento actualmente, véase Ken Jowitt, *New World Disorder* (1992). Respecto del análisis del papel de la ley en circunstancias en que pareciera haber un conflicto perpetuo, véase Ruti Teitel, “Humanity’s Law: Rule of Law in the New Global Politics”, 35 *Cornell Int’l L.J.* 352 (2002).

<sup>105</sup> Véase en general John Torpey, “Making Whole What Has Been Smashed: Reflections on Reparations”, 73 *J. Mod. Hist.* 333, 334 (2001) (analiza la difusión global de la “política de reparación”); Sharon K. Hom & Eric K. Yamamoto, Symposium, “Race and the Law at the Turn of the Century: Collective Memory, History, and Social Justice”, 47 *UCLA. L. Rev.* 1747 (2000).

<sup>106</sup> En lo referente al Holocausto como modelo estándar y globalizado, véase Torpey, nota 105 *supra*, págs. 338–42. Véase también *Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corp.*, No. CV-02-1862 (EDNY, presentada el 26 de marzo de 2002); Anthony Sebok, “Prosaic Justice”, *Legal Aff.*, Sept.–Oct. 2002, págs. 51–53; Anthony Sebok, *The Brooklyn Slavery Class Action: More than Just a Political Gambit* (Apr. 9, 2002), en <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20020409.html> (Findlaw’s Legal Commentary); *When Sorry Isn’t Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice* (Roy L. Brooks ed., 1999).

<sup>107</sup> Declaración de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Intolerancias, Durban, Sudáfrica (31 de agosto al 8 de septiembre de 2001), en <http://193.194.138.190/pdf/Durban.pdf>.

<sup>108</sup> Respecto de un análisis histórico, véase por ejemplo Elazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices* (2002); *Justice Delayed: The Records of the Japanese American Internment*

Como lo ilustra la perspectiva genealógica, el interés en la búsqueda de la justicia no necesariamente declina con el transcurso del tiempo<sup>109</sup>. Esto puede que suceda porque la justicia transicional se relaciona con condiciones políticas excepcionales, donde el Estado mismo está implicado en crímenes y entonces la búsqueda de la justicia necesariamente debe guardar a que el régimen cambie. En años recientes, esto ha sido caracterizado por algunos como el “*Efecto Scilingo*”, por una confesión entregada dos décadas después de que el régimen de las juntas militares acabó en la Argentina. Esta confesión reabrió la cuestión de la justicia para los crímenes cometidos durante la guerra sucia<sup>110</sup>. La justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. Este fenómeno se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia la litigación caso a caso<sup>111</sup>. En el ámbito internacional, este dilema se resolvió por medio de la adopción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad*, aunque ésta no necesariamente resolvió las tensiones políticas concomitantes<sup>112</sup>.

Existe una complicada relación entre justicia transicional, verdad e historia. En el discurso de la justicia transicional, volver a visitar el pasado es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro<sup>113</sup>. Existe una noción implícita de una historia que progresa. Desde la perspectiva de la historiografía intelectual y autoentendimiento humano, esta noción está cuestionada<sup>114</sup>. Sin embargo, las transiciones son períodos atípicos de quiebre que ofrecen una elección entre narrativas en disputa. El objetivo paradójico de la transición es deshacer la historia. La finalidad es reconcebir el significado social de conflictos pasados, en particular de las derrotas, en un intento por reconstruir sus efectos presentes y futuros<sup>115</sup>.

*Cases* (Peter Irons ed., 1989); véase en general Eric Yamamoto *et al.*, *Race, Rights, and Reparation: Law and the Japanese American Internment* (2001).

<sup>109</sup> Compárese Jeremy Waldron, “Superseding Historic Injustice”, 103 *Ethics* 4, n.1 (1992) (argumenta a favor de la “sucesión” de reclamaciones) con Teitel, nota 1 *supra*, págs. 138–39 (analiza la paradoja del paso del tiempo en lo que concierne a la justicia transicional, lo que generalmente involucra actos ilícitos por parte del Estado).

<sup>110</sup> Véase Marguerite Feitlowitz, *A Lexicon of Terror* (1988) (analiza el “Efecto Scilingo” argentino en cuanto a demoras en la justicia).

<sup>111</sup> Véase nota 124 *infra* (con respecto a los litigios relacionados con Pinochet).

<sup>112</sup> Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad Res. A.G. 2391, UN GAOR, Sesión 23ra., Supp. No. 18, pág. 40, Doc. ONU A/7218 (1968).

<sup>113</sup> Por cierto, esta idea aparece en toda la literatura de la comisión de verdad. En Sudáfrica se concebía el papel de la Comisión de Verdad y Reconciliación como un “puente” entre el pasado y el futuro. Véase Constitución Política de Sudáfrica, Cap. 15, N° 251 (1993) (la disposición relativa a “Unidad y Reconciliación Nacional”).

<sup>114</sup> En su mayoría, dichas ideas de la historia están asociadas con proyectos perfeccionistas ya pasados de moda, tales como el marxismo. Respecto a presentaciones críticas posteriores, véase Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, en *Illuminations: Essays and Reflections*, págs. 253–64, 257 (Hannah Arendt ed., 1968) (se opone al pensamiento histórico progresivo); véase también Foucault, nota 7 *supra* (que distingue a la genealogía de la historia progresiva).

<sup>115</sup> Sobre la idea de “avenirse con la historia” o “*vergangenheitsbewältigung*,” véase Marc Silberman, “Writing What - for Whom? ‘Vergangenheits Bewältigung’ in GDR Literature”, 10 *German Stud. Rev.* 527, n.3 (1987); Richard Evans, “The New Nationalism and the Old History: Perspectives on the West German Historikerstreit”, 59 *J. of Mod. Hist.* 761, 785 n.4 (1987); véase también Gordon Craig, “The War of the German Historians”, *N.Y. Rev. Books*, Jan. 15, 1987, at 16–19; Charles Maier, *The Unmasterable Past* (1988).

Las transiciones presentan un dilema de determinación de mínimos. Por definición éstas son épocas de disputas en torno a narrativas históricas. Así, las transiciones presentan el potencial para la creación de contra-historias. La pregunta vuelve a plantearse con el transcurso del tiempo, lo que subraya el desafío de permanecer en la historia así como el de los límites de la transformación. De hecho, la posibilidad de una mínima mejoría con frecuencia se enfrenta con una resistencia a trabajar dentro de parámetros históricos y políticos para hacer posible el cambio. La noción que debe elegirse un mínimo o límite después de una tragedia masiva aparece en trabajos principalmente orientados a la búsqueda de respuestas en relación con el Holocausto<sup>116</sup>. En este contexto, a menudo hay resistencia a la idea misma de transición, la cual podría plantear la posibilidad de cambios políticos. El problema apunta al modo como conviene seguir comprometido después de una catástrofe masiva, ya sea mediante dar testimonio, tomar acciones políticas o contribuir al cuerpo de conocimientos sobre el tema<sup>117</sup>.

En la fase de la posguerra fría, la elaboración de la historia fue fundamental para construir una identidad política del Estado<sup>118</sup> y la tarea de controlar la construcción de una historia alternativa podía involucrar múltiples actores, incluyendo historiadores, abogados, periodistas y víctimas<sup>119</sup>. Esto puso de relieve el problema normativo de quién debería escribir la historia de la transición. En este sentido, la justicia transicional de la fase II se desplazó desde un proyecto que dependía del rol principal del Estado hacia un proceso que con frecuencia lo pasa por alto. La transferencia del poder del Estado reflejó las condiciones políticas más abiertas asociadas con las transiciones de posguerra fría y la globalización. Dado que los regímenes predecesores fueron frecuentemente implicados en crímenes, el disminuido rol de la autoridad política en la fase II consiguió evitar muchos de los dilemas asociados con el proyecto de justicia más ambicioso de la fase I.

Este contexto transformador aumentó la posibilidad de contar con varios caminos alternativos e incluso de justicia transicional, relacionados con arreglos a disputas de carácter internacional, transnacional, nacional e incluso de orden privado. En la fase II había una variedad de nuevos actores políticos<sup>120</sup> y una distintiva privatización de la respuesta transicional. La tendencia hacia la privatización tomó muchas formas, desde su transferencia a la sociedad civil hasta dejarla en manos de personas individuales por vía del litigio<sup>121</sup>. Estos

---

<sup>116</sup> Véase Jean Amery, *At the Mind's Limits: Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities* (Stella P. Rosenfeld y Sidney Rosenfeld trans., 1980).

<sup>117</sup> Respecto al problema de la representación posterior al holocausto, especialmente en la literatura docta, véase por ejemplo *Probing the Limits of Representation: Nazism and the Final Solution* (Saul Friedlander ed., 1992).

<sup>118</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 77–92.

<sup>119</sup> En lo referente al testimonio de las víctimas, véase Lawrence L. Langer, *Holocaust Testimonials: The Ruins of Memory* (1993); Minow, nota 73 *supra*.

<sup>120</sup> Respecto al creciente protagonismo de las redes transnacionales, véase Martha Finnemore y Kathryn Sikkink, “International Norms Dynamic and Political Change”, *52 Int'l Org.* 887, 907 (1998); Margareth Keck & Kathryn Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics* (1998).

<sup>121</sup> Esto se ve en la proliferación contemporánea de demandas contra las multinacionales. Véase “Developments in the Law—International Criminal Law: II. The Promises of International Prosecution”, *114 Harv. L. Rev.* 1957 (2001). Acerca del problema de la relación entre el Estado y la responsabilidad individual, véase *State Responsibility and the Individual: Reparations in Instances of Grave Violations of Human Rights* (Albrecht Randlezhofer y Christian Tomuschat eds., 1999); Guillermo A. O'Donnell, “Democracy, Law and Comparative Politics”, *36 Stud. Comp. Int'l Dev.* 7 (2001).

procesos estuvieron parcialmente relacionados con la globalización y plantearon la cuestión de hasta qué punto había principios normativos disponibles que guiaran la toma de decisiones transicionales. La política de la fase II reflejó una lucha entre soluciones locales y globales, aún cuando la globalización aumentó las interconexiones entre distintas decisiones políticas. El examen genealógico, interdisciplinario y comparativo, revela altamente divergentes concepciones del estado de derecho<sup>122</sup>, que a su vez reflejan perspectivas legales y culturales diferentes<sup>123</sup>. Se planteó un profundo problema normativo en la interacción de justicia transicional, globalización y soberanía, es decir: si acaso y hasta qué punto la reacción frente a un agravio debería permanecer bajo el control del Estado donde la acción lesiva ocurrió. En la fase II, las acciones relacionadas a la justicia transicional fueron tomadas de modo cada vez más independiente de los actores estatales. Estas decisiones desestabilizaron determinaciones previas como bien lo ilustra el señero caso del proceso de extradición del general Augusto Pinochet<sup>124</sup>. Más aún, este caso demostró también la expansión de la justicia transicional a través del tiempo<sup>125</sup>. En un mundo que es cada vez más interdependiente en aspectos tan diversos como lo económico, lo tecnológico, lo político y lo jurídico, se ponen de manifiesto profundos problemas en la intersección de los principios de jurisdicción y soberanía. Dados los procesos de globalización en curso, es altamente probable que este fenómeno se acelere<sup>126</sup>. Esto parece presagiar una categoría de justicia transicional expandida.

La vinculación de la justicia transicional de la posguerra fría con una política de globalización refleja de manera aguda la dimensión constructivista de las políticas más limitadas de la fase II. Mientras la primera fase concibió al estado de derecho en términos universalizadores asociados a la obligación de responder por acciones u omisiones lesivas para la humanidad, el modelo de la fase II, en cambio, se ocupó en hacer avanzar la idea opuesta de un estado de derecho vinculado con la legitimidad de la jurisdicción nacional y soberanía de los países. Al restringir la esfera de investigación, la fase II reveló la concepción política que se correlacionaba a esta forma de justicia transicional, en particular en la medida en que se implicó a actores locales más que internacionales, y a aquellos que estaban más bien abajo que arriba en los mandos de poder y de responsabilidad política. Esto fue un indicio de la fuerza constructiva de los postulados de la fase II y mostró también el grado en que el modelo de la fase II era susceptible a la politización y, a fin de cuentas, dependía de la promoción de valores alternativos, al margen de los derechos universales y la responsabilización por hechos indebidos que subyace al estado de derecho.

---

<sup>122</sup> Mientras que el enfoque empleado en Estados Unidos tiende a delegar la solución de controversias a litigios tratados caso por caso, el enfoque europeo está orientado al establecimiento de normas generales a través de la legislación. Para ver un análisis comparativo que ilustra el imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*.

<sup>123</sup> Un ejemplo que ilustra estas diferencias en la justicia transicional son los litigios de posguerra, principalmente los relativos al Holocausto, lo que ha ocasionado una oposición a la supuesta exportación al extranjero del enfoque “americano” en lo referente al daño.

<sup>124</sup> Véase Regina v. Bow St. Metro. Stipendiary Mag., *ex parte* Pinochet Ugarte (No. 3) 1 A.C. 147 (2000).

<sup>125</sup> Un análisis de la relación entre la justicia transicional y el paso del tiempo aparece en el texto *supra* que acompaña a la nota 109.

<sup>126</sup> Comentarios sobre el potencial de una jurisdicción universal aparecen en la nota 138 *infra*; véase en general Human Rights Watch, 2001 World Report, en <http://www.hrw.org/wr2k1/index.html> (última visita realizada el 13 de enero de 2003).

En la medida que la segunda fase se distanció de las soluciones legales tradicionales, ésta desafió la idea de que aún hubiese algún umbral o límite respecto de lo que es el estado de derecho transicional<sup>127</sup>. Estos cambios ilustran las implicancias normativas de desplegar un discurso de justicia. Tal discurso puede influir en otorgar legitimidad a la respuesta en la medida en que se origina en un régimen sucesor, con credenciales democráticas, y al infundirle a la respuesta transicional la legalidad tradicionalmente asociada a los procedimientos judiciales<sup>128</sup>. Subsiste la pregunta de si acaso existe algún tipo de mínimo de la justicia transicional más allá del cual la indagación histórica, psicológica o religiosa debiese ser caracterizada como búsqueda de la justicia. Este examen genealógico sugiere que las reflexiones sobre esta materia no son actividades metafísicas, sino que deben ser entendidas en su contexto político e histórico. Aún así, hay fundamentos independientes para una crítica que influya en la naturaleza del discurso emergente y afecte la probabilidad de que éste o bien apenas colabore a los objetivos inmediatos de la resolución de conflictos o bien, por otro lado, contribuya a los objetivos de la democracia, la reconstrucción de la nación, y el progreso de objetivos políticos liberales<sup>129</sup>.

### III. FASE III: EL ESTADO ESTABLE DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

#### A. *Justicia Transicional en Todo Momento*

La presente fase puede ser caracterizada como la del estado estable y asentado de la justicia transicional. El discurso se trasladó ahora desde la periferia hasta el centro. Como se discutió más arriba, el nuevo milenio parece estar asociado con la expansión y normalización de la justicia transicional. Lo que era históricamente visto como un fenómeno legal asociado a condiciones post-conflicto extraordinarias, ahora parece ser cada vez más un reflejo de tiempos normales. La guerra en tiempos de paz<sup>130</sup>, la fragmentación política, Estados débiles, guerras pequeñas y el conflicto permanente, todas son características condiciones políticas contemporáneas<sup>131</sup>. Estos acontecimientos contemporáneos han estimulado el intento de lograr una normalización de la justicia transicional, conduciendo en última instancia a consecuencias ambivalentes. En su condición de una teoría asociada al cambio político permanente, la justicia transicional se relaciona con una politización más alta del derecho y también con un cierto grado de concesiones en los estándares del estado de derecho.

El símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase I en la forma del *Tribunal Penal Internacional* (TPI),

<sup>127</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 213–28 (promueve un imperio de la ley explícitamente transicional que no es meramente simbólico).

<sup>128</sup> Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed. 1997); véase también Henkin, nota 38 *supra*, págs. 31–41.

<sup>129</sup> Sobre la evolución de la justicia transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 223–28.

<sup>130</sup> Véase David Halberstam, *War in a Time of Peace: Bush, Clinton, and the Generals* (2001).

<sup>131</sup> Un análisis más completo acerca de la ley y la política en el contexto político posterior al 11 de septiembre aparece en Teitel, nota 104 *supra*.

la nueva institución internacional establecida a finales del siglo XX<sup>132</sup>. Este tribunal fue precedido por los tribunales criminales internacionales *ad hoc* convocados para responder a conflictos genocidas en los Balcanes y en Ruanda<sup>133</sup>. Medio siglo después de la Segunda Guerra Mundial, el TPI simboliza el afianzamiento del modelo de Nuremberg: la creación de un tribunal internacional permanente designado para someter a proceso a autores de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad como una materia de rutina bajo el Derecho Internacional<sup>134</sup>. El estándar global del estado de derecho actualmente parece estar basado en una expansión del Derecho de la Guerra<sup>135</sup>. Sin duda, la vuelta atrás hacia el Derecho Internacional Humanitario incorpora la compleja relación entre el individuo y el Estado como un modelo legal que permite a la comunidad internacional hacer valer la responsabilidad de los líderes de un régimen y condenar las políticas de persecución, incluso cuando ocurren fuera del Estado en cuestión<sup>136</sup>. Más aún, esta forma particular de justicia internacional ofrece el potencial de deslegitimación de un régimen, lo que puede apoyar e incluso incitar a una transición<sup>137</sup>. No obstante, hay también muchos dilemas y límites que surgen del giro hacia el Derecho de la Guerra en tiempos de relativa paz, así como por la preferencia por un sistema legal internacional. Emerge entonces una tensión dinámica entre la fragmentación propia de distintas sentencias y el potencial de jurisdicción universal asociado con la justicia transicional<sup>138</sup>, y el intento de centralizar en el TPI la función de establecer responsabilidades<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Doc. ONU A/CONF.183/9 (1998) *reimpreso en* 37 I.L.M. 999 (1998) [en adelante Estatuto de Roma].

<sup>133</sup> Véase el Estatuto del Tribunal Internacional para el Procesamiento de Personas Responsables de Violaciones Graves a la Ley Humanitaria Internacional Cometidos en el Territorio de la Ex-Yugoslavia desde 1991, Doc. ONU S/25704/Anexos (1993); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, UN SCOR, Ses. XLVIII, 3217a Reunión., Doc. ONU S/RES/827 (1993), modificado por UN SCOR, Doc. ONU S/RES/1166 (1998); Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, U.N. SCOR, Ses. XLIX, 3453era Reunión, Doc. ONU S/RES/955 (1994), adjunto a Doc. ONU S/IN-F/50 (1996). Respecto al análisis de las expectativas de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, véase Teitel, nota 71 *supra*. Un análisis de las limitaciones de estos tribunales aparece en Álvarez, nota 56 *supra* (examina los límites de los tribunales internacionales).

<sup>134</sup> Véase Estatuto de Roma, nota 132 *supra*, Preámbulo, pág. 1002 (afirma que “los crímenes de guerra más graves que preocupan a la toda comunidad internacional no deben quedar impunes”).

<sup>135</sup> Véase Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre la Creación de una Corte Criminal Internacional, 17 de julio de 1998, Anexo 11, Doc. ONU A/CONF. 183/9, *reimpreso en* 37 ILM 999 (1998), disponible en <http://www.un.org/icc>.

<sup>136</sup> Véase texto *supra* que acompaña las notas 27–28.

<sup>137</sup> Véase Teitel, nota 71 *supra* (analiza el potencial normativo limitado de los tribunales externos); véase también Christopher Rudolph, “Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals”, 55 *Int’l Org.* 655, 684–85 (2001). Por cierto, esto representa algo de la teoría para el juicio de Milošević a la luz de las conclusiones a las que llegó la Comisión de Kosovo en cuanto a que la intervención de la OTAN en el conflicto fue “ilegal pero legítima”. La Comisión Internacional Independiente para Kosovo y el Informe Kosovo (2001) están disponibles en <http://www.kosovocommission.org>.

<sup>138</sup> Sin duda, es el legado de la Fase 1 de la justicia de posguerra el que se amplía en el contexto globalizante, en el que la mayor interconectividad internacional permite procesar a los infractores independientemente de su rango o ciudadanía. Véase el *Programa de la Universidad de Princeton sobre Derechos y Asuntos Públicos*, los *Principios de la Universidad de Princeton sobre la Jurisdicción Universal* (2001); Kenneth C. Randall, “Universal Jurisdiction under International Law”, 66 *Tex. L. Rev.* 785 (1988). Respecto a los efectos de la jurisdicción universal, compárese Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, 10 *Eur. J. Int’l L.* 237 (1999), con Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, “Pinochet and International Human Rights Litigation”, 97 *Mich. L. Rev.* 2129 (1999).

<sup>139</sup> En cuanto al posible papel del TPI y su interacción con la justicia transicional nacional, véase Leila Nadya Sadat y S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, 88 *Geo. L.J.* 381

La normalización de la justicia transicional actualmente toma la forma de la expansión del Derecho de la Guerra, como lo ilustra el incremento en la importancia del Derecho Humanitario<sup>140</sup>. Los acontecimientos contemporáneos implican una apropiación del discurso del Derecho Humanitario con un doble significado. El establecimiento del Derecho Humanitario como el estado de derecho del presente restringe no sólo la forma en que se conduce la guerra<sup>141</sup>, sino que también parece expandir el sistema humanitario para responder a aspectos más amplios del Derecho de la Guerra, incluyendo la justificación de su posible iniciación. Más aún, el uso del sistema internacional humanitario para justificar la intervención de la OTAN en Kosovo parece haber establecido un precedente para expandir las bases legítimas para la intervención armada, específicamente, una base humanitaria para una guerra justa<sup>142</sup>. Un esquema jurídico en el que el Derecho de la Guerra forma la base de la justicia criminal internacional tiene resonancias más profundas y ofrece una estructura justificatoria más acabada. Ya sea unilateral o multilateralmente, el expandido Derecho Humanitario permite la identificación de fallas en la acción del Estado, pero también parece presionar para que el Estado cumpla con los derechos humanos. Esto demuestra el potencial para deslizarse desde una justicia transicional normalizada hacia la campaña en contra del terrorismo. El uso del Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de la Guerra ha cambiado después del abandono de la teoría del Estado moderno a favor de la idea de un período de la globalización. La combinación contemporánea del Derecho de los Derechos Humanos, el Derecho Penal y, el Derecho Internacional de Guerra, implica una pronunciada pérdida para aquellos que buscaban desafiar la acción del Estado. A través del uso del modificado Derecho de la Guerra y la noción de hacer cumplir los derechos como una base para la intervención armada, el sistema humanitario expandido presenta nuevos dilemas para los derechos humanos que resaltan la tensión entre los objetivos de la justicia y la paz.

Bajo el rótulo de “autodefensa preventiva”, se está adoptando un discurso de aparente guerra permanente, para legitimar la próxima etapa de la guerra contra el terrorismo<sup>143</sup>. Esta retórica intenta vaciar la distinción entre la guerra y la paz, y entre la ley y su excepción. La noción de justicia transicional permanente de la fase III es evidente en el despliegue del sistema humanitario, el que se ha expandido y fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos<sup>144</sup>. La apelación a un lenguaje de moralidad universal en el discurso legal humanitario guarda semejanza con los recientes desarrollos en la justicia transicional. La aparente normalización de la justicia transicional es también evidente en la capacidad para

---

(2000); Gwen K. Young, “Amnesty and Accountability”, 35 *U.C. Davis L. Rev.* 427 (2002). En lo referente al punto relacionado al precedente Pinochet, véase Richard J. Wilson, “Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law”, 21 *Hum. Rts. Q.* 927 (1999) (analiza las implicaciones de la universalidad).

<sup>140</sup> Mayores detalles de este acontecimiento se encuentran en Teitel, nota 104 *supra*.

<sup>141</sup> Sobre la distinción entre *jus in bello* y *jus ad bello*, que ha dado origen al derecho humanitario moderno, véase *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (Christophe Swinarsky ed., 1984). Respecto al *jus ad bello*, véase Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* 21 (1977).

<sup>142</sup> Véase Comisión Internacional Independiente para Kosovo, nota 137 *supra*.

<sup>143</sup> Véase Richard Tuck, *The Rights of War and Peace* 22–25 (1999) (analiza las justificaciones históricas para los ataques preventivos en la ley del imperio).

<sup>144</sup> Respecto a esta evolución, véase Teitel, nota 104 *supra*.

tolerar una mayor discreción política<sup>145</sup>, la politización en los usos de la justicia, la aparición de procedimientos altamente irregulares y distanciamientos explícitos del derecho predominante<sup>146</sup>, todo lo cual es justificado en términos humanitarios<sup>147</sup>.

La expansión del discurso de la justicia transicional para incluir el problema del terrorismo se torna problemática por lo inadecuado de las analogías entre terrorismo y guerra o crisis política. La justicia transicional tiende a mirar hacia atrás para responder ante el último conflicto y, en consecuencia, no se adapta fácilmente para ser usada como una plantilla para garantizar seguridad en el futuro. Cualquier intento de generalizar livianamente a partir de situaciones excepcionales post-conflicto para dar forma a determinadas políticas es extremadamente problemático.

Es difícil resistir la normalización de la justicia transicional. Hay una significativa pérdida en el vocabulario desde el cuál hacer cualquier crítica, puesto que en el discurso expandido de la justicia transicional el Derecho de la Guerra se ha fusionado con el Derecho de los Derechos Humanos. Sólo el tiempo dirá, si acaso y hasta qué punto, estos acontecimientos presentarán un serio desafío al estado de derecho o si bien están asociados con el presente ciclo de política contemporánea.

#### B. *Justicia Transicional: Discontinuidad versus Continuidad*

La pregunta que nos queda, dadas las actuales tendencias en la normalización, es qué es lo que una perspectiva genealógica de la justicia transicional puede decirnos acerca de la concepción de justicia en tiempos normales y corrientes. ¿Hasta dónde existe la continuidad y hasta dónde la discontinuidad, tanto descriptivamente como normativamente? En años recientes este tema ha sido objeto de controversia, desencadenando una prolifera producción de escritos académicos. Algunos académicos han desafiado cualquier conceptualización de las transiciones como algo excepcional en la vida política, afirmando que las aspiraciones durante períodos de transición deben formularse sobre la base de una teoría general del estado de derecho<sup>148</sup>.

El examen genealógico de este artículo sobre el fenómeno de la búsqueda de justicia transicional en períodos de cambio político sustancial sugiere que esto es una falsa dicotomía. Dos dimensiones políticas determinan qué es lo que significa estado de derecho en períodos de transición: el contexto transicional, específicamente las circunstancias vinculadas con condiciones legales y políticas asociadas con períodos de cambio político y otros factores

<sup>145</sup> Esto se aprecia en la falta de una definición exacta de “enemigo”, excepto en términos de la discrecionalidad ejecutiva. Véase *Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, en § 1(e), 66 Fed. Reg. 57,833, 57,834 (2001) (orden militar del 13 de noviembre de 2001).

<sup>146</sup> Véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (1997). Compárese con el análisis de las características del imperio de la ley transicional, véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 11–26.

<sup>147</sup> En cuanto al descenso general de apoyo al imperio de la ley durante este período, véase Ruti G. Teitel, “Empire’s Law: Foreign Relations by Presidential Fiat”, en *September 11th: Transformative Moment? Culture, Religion and Politics in an Age of Uncertainty* (Mary Dudziak ed., 2003).

<sup>148</sup> Véase Martin Krygier, *Transitional Questions about the Rule of Law: Why, What and How?*, presentado ante la Conferencia del Instituto de Estudios Centroeuropeos Avanzados, Budapest (L’Europe du Centre Est. Eine wissenschaftliche Zeitschrift at Collegium Budapest) (15–17 de febrero de 2001); Dyzenhaus, nota 57 *supra*.

políticos, tales como el contexto local. Más allá de la concepción de transición, los factores locales también afectan la legitimidad de las respuestas o soluciones transicionales. Por tanto, la sola exportación de modelos ideales del estado de derecho no otorga una guía de acción suficiente. Mientras no exista un claro límite entre períodos normales y períodos de transición, la búsqueda de justicia en períodos de transición se caracterizará por el estado de derecho marcado por condiciones restrictivas del cambio político. El dilema central de la justicia transicional se relaciona con los temas recurrentes que, si bien no son *sui generis*, sí están asociados en gran medida con los factores legales y políticos que son comunes a períodos inestables de transformaciones políticas liberalizadoras<sup>149</sup>. En la medida que estas condiciones políticas estén presentes en un régimen sucesor, las circunstancias presentarán desafíos al estado de derecho que son peculiares o que surgen de modo más frecuente en el contexto de las transiciones. Por ello, mientras en un nivel abstracto pudiese ser deseable insistir en que los proyectos que persigan la justicia en tiempos de transición emulasen aquellos de las democracias liberales establecidas, esta exhortación será, a fin de cuentas, de muy poca ayuda normativa. La capacidad del estado de derecho de sociedades en transición no se puede esperar que opere al mismo nivel que los Estados que tienen un aparato jurídico liberal consolidado.

Dependiendo de las condiciones políticas y legales existentes en la sociedad en cuestión, los períodos de transición se ubicarán en algún punto a lo largo del continuo del estado de derecho de las democracias establecidas. Esta observación debiera tener implicancias en el intento por afianzar cualquier forma particular de estado de derecho transicional. Hasta cierto punto, los dilemas de la justicia transicional en sus fases contemporáneas ponen de relieve temas que calzan en general con los esfuerzos para establecer el estado de derecho en un mundo en proceso de globalización. Estos incluyen cómo moldear reformas legales y proyectos de justicia a la luz de una creciente interdependencia global, y hasta qué punto acomodar las estructuras locales a las fuerzas externas a la sociedad local<sup>150</sup>.

## CONCLUSIÓN

Este artículo proporciona una genealogía de la justicia transicional que abarca la mitad del siglo pasado. La perspectiva de la genealogía sitúa la justicia transicional en un contexto político, alejándose de concepciones esencialistas y de esta manera iluminando la relación dinámica entre justicia transicional y la política a lo largo del tiempo.

La reflexión genealógica destaca la relación entre las condiciones jurídicas y políticas durante períodos de transformación política. Esta indagación indica que la justicia transicional, si bien es contingente a las condiciones y la cultura local, también muestra dimensiones comúnmente asociadas con períodos de cambio político.

<sup>149</sup> Véase Teitel, nota 1 *supra*, págs. 11–18, 33–36.

<sup>150</sup> Véase Stiglitz, nota 98 *supra*. Véase Tina Rosenberg donde aparece un análisis de los efectos de la globalización en el tercer mundo, “Globalization”, *N.Y. Times Mag.*, Aug. 18, 2002, § 6, pág. 28.

La mirada genealógica ofrece una necesaria panorámica sobre el duradero predominio del modelo de la posguerra en el campo de la justicia transicional. También ilumina el desplazamiento crítico, en la fase II, hacia enfoques locales y alternativos asociados con la reconstrucción de naciones y destaca la privatización e hibridización del derecho en dicha fase II, lo que también refleja tendencias de la globalización. El enfoque de la posguerra fría en torno a métodos alternativos para transformar la identidad política fue una estrategia que respondió críticamente a la tendencia del período post Segunda Guerra Mundial que buscaba internacionalizar e universalizar el estado de derecho, pero esta estrategia también estaba cercanamente vinculada con la situación particular de política nacional en el momento inmediatamente posterior a la posguerra fría. El cambio fue entonces inevitable: aproximadamente quince años después del fin de la guerra fría, estamos siendo testigos de la normalización de la justicia transicional, como se ha visto en la actual expansión del Derecho Humanitario hacia contextos normales en tiempos de paz.

Finalmente, la justicia transicional es una parte importante de un desarrollo político más amplio en la historia internacional reciente. Así, en la fase I, la justicia transicional se apegó a la exigencia de hacer cumplir los derechos jurídicos asociados con los ideales liberales del estado de derecho. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, esas suposiciones normativas fueron desafiadas y surgieron tendencias similares tanto en la justicia transicional, como en la más amplia discusión sobre el concepto de estado de derecho. Del mismo modo que los desafíos posmodernos generalmente son más conducentes a generar críticas que estrategias prácticas<sup>151</sup>, el modelo contemporáneo de justicia transicional, al distanciarse del discurso universalizador del estado de derecho, representa una respuesta crítica limitada. El método genealógico no es la excepción a lo anterior: produce ciclos críticos continuos, en vez de una historia progresiva de la justicia transicional.

---

<sup>151</sup> Acerca del postmodernismo como fuente de teoría crítica, compárese *Postmodernism and Social Theory: The Debate Over General Theory* (Steven Seidman & David G. Wagner eds., 1992) (analiza la crítica postmodernista) con Jacques Derrida, “Force of Law: Mystical Foundation of Authority”, 11 *Cardozo L. Rev.* 919 (1990).