



ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA "GENERAL RAFAEL REYES PRIETO"

# Estudios en SEGURIDAD y DEFENSA

Revista científica *Estudios en Seguridad y Defensa*

Revista colombiana de seguridad y defensa  
Bogotá, D.C., Colombia

ISSN: 1900-8325 - eISSN: 2744-8932

[esdeguerevistacientifica.edu.co](http://esdeguerevistacientifica.edu.co)

## ‘Justicia transicional’: ¿Un concepto construido o en formación?

**JEAN CARLO MEJÍA AZUERO**  
<https://orcid.org/0000-0002-7022-7919>  
[jeanmejia3@gmail.com](mailto:jeanmejia3@gmail.com)

**ANGÉLICA SUÁREZ MENDOZA**  
[angelicadelpilar9@gmail.com](mailto:angelicadelpilar9@gmail.com)

### CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO

Mejía Azuero, J. C. y Suárez Mendoza, A. (2020). ‘Justicia transicional’: ¿Un concepto construido o en formación? *Estudios en Seguridad y Defensa*, 15(29), 159-177.  
<https://doi.org/10.25062/1900-8325.247>

### PUBLICADO EN LÍNEA

Junio de 2020



Los contenidos publicados por la revista científica *Estudios en Seguridad y Defensa* son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas.  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.es>

Para mayor información:  
[revistacientificaesd@esdegue.edu.co](mailto:revistacientificaesd@esdegue.edu.co)

Para enviar un artículo:

<https://esdeguerevistacientifica.edu.co/index.php/estudios/login?source=%2Findex.php%2Festudios%2Fsubmission%2Fwizard>



**CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO**

Mejía Azuero, J. C. y Suárez Mendoza, A. (2020). 'Justicia transicional': ¿Un concepto construido o en formación? *Estudios en Seguridad y Defensa*, 15(29), 159-177.

<https://doi.org/10.25062/1900-8325.247>

**JEAN CARLO  
MEJÍA AZUERO<sup>2</sup>**

**ANGÉLICA  
SUÁREZ MENDOZA<sup>3</sup>**  
*Universidad Pontificia  
Bolívariana de Medellín*

**FECHA DE RECEPCIÓN**

9 de marzo de 2020

**FECHA DE ACEPTACIÓN**

3 de mayo de 2020

**PALABRAS CLAVE**

Justicia transicional, Derecho Internacional Humanitario, Derecho comparado, Conflicto armado interno.

**KEYWORDS**

Transitional Justice, International Humanitarian Law, Comparative law, Internal armed conflict.

**PALABRAS-CHAVE**

Justiça Transitória, Direito Internacional Humanitário, Direito comparado, Conflito armado interno.

# 'Justicia transicional': ¿Un concepto construido o en formación?<sup>1</sup>

“Transitional justice”: a concept constructed or in formation?

“Justiça de transição”: um conceito construído ou em formação?

## RESUMEN

La justicia transicional es la herramienta jurídico-política que implementa un Estado, en virtud de su soberanía y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, destinado a investigar, judicializar y sancionar penalmente, si fuere el caso, a los presuntos máximos responsables de violaciones graves a los Derechos Humanos (DD. HH.) o graves infracciones

1. Artículo de revisión resultado del grupo de investigación “Grupo en Estudios Políticos” de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.
2. Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, posdoctor en Derecho de la Universidad Nacional, Colombia, abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Asesor y consultor en Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos y Derecho Operacional. Perito internacional ante el Sistema Interamericano. Docente universitario y profesor visitante e investigador en el “Grupo en Estudios Políticos” de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Grupo de investigación “Victus”. Contacto: jeanmejia3@gmail.com
3. Abogada asociada en Mejía, Ardila & Asociados. Investigadora en Derechos Humanos y magíster en Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás. Grupo de investigación “Victus”. Contacto: angelicadelpilar9@gmail.com

al Derecho Internacional Humanitario (DIH), de forma excepcional y bajo garantías procesales reales. Su literatura relacionada es amplia, en cuanto a la conceptualización, y existen definiciones que van desde lo jurídico hasta lo sociológico y antropológico, pasando también por los diferentes escenarios políticos y académicos, a la par de su aplicación práctica, en prioridad de la justicia restaurativa y reparadora sobre la retributiva, con el propósito de superar la violencia generada en los territorios con casos de violaciones graves a los DD. HH. e infracciones al DIH. El presente documento es una revisión de dichos conceptos, su aplicación y perspectivas.

## ABSTRACT

Transitional justice is the legal-political tool that a State implements by virtue of its sovereignty and in compliance with its international obligations. Intended to investigate, prosecute and penalize, if applicable, the alleged perpetrators of serious violations of Human Rights (HH. RR.) or serious violations of International Humanitarian Law (IHL), its related literature is extensive in terms of to the conceptualization, of which there are definitions that range from the legal to the sociological and anthropological, also passing through the different political and academic scenarios, along with its practical application, in priority of restorative and reparative justice over retributive, with the purpose of overcoming the violence generated in the territories with cases of serious human rights violations and breaches of IHL. This document is a review of these concepts, their application, and perspectives.

## RESUMO

A justiça transicional é o instrumento jurídico-político implementado por um Estado em virtude da sua soberania e em conformidade com as suas obrigações internacionais. O seu objectivo é investigar, processar e punir criminalmente, se necessário, os supostos responsáveis por ou violações graves dos Direitos Humanos (DH) ou violações graves do Direito Humanitário Internacional (DIH), a sua literatura conexa é ampla em termos de conceptualização, Existem definições que vão desde a jurídica até à sociológica e antropológica, bem como os diferentes cenários políticos e académicos, juntamente com a sua aplicação prática, dando prioridade à justiça restaurativa e reparadora sobre a justiça retributiva, com o objectivo de ultrapassar a violência gerada nos territórios com casos de violações graves dos Direitos Humanos e violações do Direito Internacional Humanitário. O presente documento é uma revisão destes conceitos, da sua aplicação e perspectivas.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, un lugar común a nivel académico, principalmente en el mundo de las ciencias sociales y en el jurídico, es la superación de escenarios de macrocriminalidad política, crímenes de sistema o crímenes nucleares; en otras palabras, la búsqueda de una nueva justicia, posterior a una época de violaciones graves a los DD. HH. y/o de graves infracciones al DIH ocurridas al interior de un Estado o en uno o más entes y/o territorios ligados a una autoridad estatal.

Análogamente a las herramientas jurídico-políticas utilizadas desde que termina un régimen autoritario o se acaba la guerra o conflicto (con el propósito de visibilizar, dignificar y reparar a las víctimas causadas por una violencia estructural), se crea la conciencia de que tales actos no se pueden repetir y se determina la sanción adecuada a los victimarios. A dicha conciencia se le ha denominado ‘justicia transicional’ (Kritz, 1995), ‘justicia posconflictual’ (Bassiouni, 2002), o ‘justicia de transición’ o ‘para la transición’ (Ambos, Malarino y Elsner, 2009).

Asimismo, el abordaje de esta aproximación político-jurídica de justicia es multidisciplinar y extendida (Ambos, Malarino y Elsner, 2009), lo que hace que el tema de cómo superar un pasado violento haga parte de los conflictos a nivel mundial y que comiencen a ser parte de su agenda, permeando la actuación de los principales actores de la comunidad internacional, como las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) y sus similares a nivel europeo, africano y, en menor escala, asiático.

La justicia de transición y sus herramientas deben apuntar a la creación de un sistema contextualizado, dignificante (para todas las víctimas) e integrador (múltiples instrumentos) por parte de los Estados, con el fin de superar un pasado traumático por el nivel de violencia estructural. La misma ha sido objeto de revisión por instancias internacionales y regionales de DD. HH., lo cual ha generado su propia interpretación y fijado límites y prohibiciones para los Estados; sobre todo, en ciertos temas relacionados con el epicentro de este abordaje: las víctimas y sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral, las garantías de no repetición y las medidas de satisfacción.

## DEFINICIONES DE JUSTICIA TRANSICIONAL

De acuerdo con la literatura reconocida sobre el tema, el término ‘justicia transicional’ (*transitional justice*) fue utilizado por primera vez por Neil Kritz (1995) para interpretar adecuadamente el sistema de mecanismos judiciales (casi todos

enfocados al derecho criminal) necesarios para investigar, juzgar y sancionar los casos graves y las violaciones masivas a los DD. HH. en Europa central y en la región centroamericana.

Por una parte, el término ‘justicia’, en la primera fase conceptual de la justicia de la transición, estuvo totalmente influido por lo jurídico (específicamente, en materia penal), tomando como referente el juzgamiento de los alemanes, japoneses y, en menor medida, de otros nacionales pertenecientes al denominado ‘eje ROBERTO’ (Roma, Berlín, Tokio), luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Por otra, el término ‘transición’ fue utilizado para denotar el cambio de un régimen autoritario a uno democrático, o el paso de una guerra internacional o civil (hoy eufemísticamente denominada ‘conflicto armado’) a una democracia (Fisas, 2004), y las medidas de todo tipo (reformas como garantías de no repetición) que se deberían generar para transformar un Estado y una sociedad afectada por una violencia estructural durante un lapso de tiempo.

Estas aproximaciones conceptuales primigenias permiten un acercamiento al concepto de ‘justicia para la transición’ y, sin duda alguna, marcan el significado histórico que se le ha venido dando al término en diferentes instancias académicas, políticas, jurídicas, judiciales y sociales; además, han generado la base de políticas públicas para la superación de rupturas constitucionales en muchos Estados y han atravesado por periodos de violencia, considerada como ‘macrocriminalidad’ (Amony y Baines, 2013).

Adicionalmente, hay que decir que, en la actualidad, el término ‘justicia transicional’ puede generar muchas ambigüedades, dudas y vacíos, incluso en la elaboración de procesos de reconstrucción del tejido social y la institucionalidad, con el propósito de superar los problemas del pasado, ambigüedades tales como estructurar un sistema transicional con una responsabilidad exclusiva del Estado (cuando se pasa de una dictadura o un régimen autoritario a una democracia), o cuando objetivamente no se encuentra una situación de violencia generada por la entidad estatal.

En consecuencia, el tipo de medidas para superar grandes crímenes, en términos amplios, también ha sido conocido como ‘justicia de transición’ (ONU, 2004), ‘justicia en épocas de transición’ (Benavides, 2013) y ‘justicia posconflictual’ (Bassiouni, 2002), como se indicó en párrafos precedentes; términos que solo se pueden entender adecuadamente desde un enfoque puntual sobre el tipo de violencia del pasado que se quiere superar; es decir, bien sea la existencia de dictaduras y regímenes autoritarios o totalitarios en concreto, o de un conflicto armado internacional o interno, incluso si la transición se origina en casos de violaciones graves de los DD. HH., sin que sea producida en las situaciones de violencia descritas (Teitel, 2000), tal y como se muestra en la siguiente figura:

**Figura 1.** Origen del sistema de transición y situaciones de violencia

ORIGEN DEL SISTEMA DE TRANSICIÓN 1	ORIGEN DEL SISTEMA DE TRANSICIÓN 2	ORIGEN DEL SISTEMA DE TRANSICIÓN 3
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Guerras internacionales (II Guerra Mundial)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dictaduras (posteriores a la II Guerra Mundial)</li> <li>• Guerras civiles</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CANI</li> <li>• Violaciones graves a los DD. HH. sin dictadura o autoritarismo</li> </ul>

**Fuente:** Elaboración propia (2020)

En consecuencia, se genera un primer eje problemático sobre la justicia de transición en relación con los aspectos puntuales vinculados con el tipo de herramientas a aplicar en situaciones fácticas específicas, pues se terminan imponiendo aspectos conceptuales generales elaborados de forma más teórica y académica (Benavides, 2013, p. 11) que empírica, posiblemente derivados de un trasplante equivocado de términos desarrollados por órganos de DD. HH. desde la experiencia comparada.

Habrà de precisarse que el trasplante es aquella migración de principios, conceptos jurídicos o metodologías, bien sea de otros Estados hacia el propio, o de organismos intergubernamentales frente a Estados obligados a cumplir obligaciones derivadas de instrumentos internacionales (Choudri, 2007). En términos de Carlos Bernal Pulido (2015), el trasplante es una de las manifestaciones de interacción de los sistemas jurídicos dentro de un contexto de globalización; de paso indica que, frente a cada migración, se debe analizar si existe alguna razón que justifique el trasplante y si la migración resulta apropiada o no (pp. 60–61). Seguidamente, amplía la idea en la cual postula que los trasplantes de conceptos o metodologías dependen de la existencia de una justificación en abstracto para el uso de estos.

Resulta claro que existe un sinnúmero de debates en torno a los trasplantes y la forma en que se efectúan, aclarando que cuando provienen del Derecho Internacional Público (DIPUB) se suelen encontrar fundamentados en la existencia de obligaciones estatales que provienen de manifestaciones soberanas de los Estados, en virtud de la suscripción de instrumentos internacionales o de la aplicación de la costumbre internacional.

No obstante, esas obligaciones estatales tienen que ponderarse de acuerdo con la situación del receptor de una eventual migración, lo cual causa, por lo menos, dos problemas más; en primer lugar, las presiones de todo orden, surgidas de tribunales y organizaciones internacionales, sustentadas en interpretaciones inadecuadas en relación a situaciones internas concretas; en segundo lugar, la

posición interna de las autoridades (entre ellas, las judiciales) acerca de que las situaciones fácticas correspondan exactamente a las producidas en el escenario de origen (en este caso, tribunales y organizaciones internacionales o, incluso, otros países).

El escenario anterior cobra mayor relevancia a nivel explicativo, a través del debate actual entre una concepción amplia del control de convencionalidad (Quinche, 2014) ligada con la importancia del bloque de constitucionalidad en el caso colombiano. Por ello, de acuerdo con Bernal Pulido (2015), sostiene respecto a los trasplantes o migraciones normativas:

El derecho se encuentra arraigado en las actitudes y el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada cultura. Más aún, estos elementos determinan, al menos en parte, el significado de las reglas jurídicas. Esta singularidad explica el profundo debate que los trasplantes en materia jurídica han generado (pp. 61-62).

Un ejemplo de los problemas originados por los trasplantes se encuentra en la aplicación en la Argentina de una interpretación de la Sentencia Barrios Altos contra el Perú (caso de amnistía en un conflicto armado no internacional), proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), dentro de un contexto de reapertura de procesos judiciales en contra de militares, civiles, jueces, fiscales, sacerdotes y empresarios. Lo anterior ha generado cambios con consecuencias políticas, ideológicas y mediáticas entre las dos versiones (Crenzel, 2007) del prólogo del informe sobre la verdad acerca de la desaparición forzada en ese país durante la dictadura (1976-1983), conocido como *Nunca más*.

El informe originado en la CONADEP, presidida por el literato Ernesto Sábato (el primer prólogo fue del año 1984; el actualizado, del año 2006), ha tenido un cambio y ha pasado de la concepción de la existencia de los ‘dos demonios’, sobre la existencia de un terrorismo subversivo y otro estatal, a la concepción de que el único terrorismo que existió en la Argentina fue el de Estado. Esto, junto con otras actuaciones políticas y judiciales, ha propiciado nuevos odios, revalidado otros y causado una crisis institucional que se ahonda con el pasar de los días. Además de la persecución a varios sectores, incluso judiciales, y de un derecho penal revalidado del enemigo, a pesar de haberse superado la violencia política hace más de treinta y dos años (Olásolo, 2007, p. 2).

Vale la pena observar el escenario descrito en una situación específica. Es famoso el caso del juez Federico Hooft, declarado inocente recientemente en el máximo nivel judicial (2014), luego de haber sido acusado de apoyar a la dictadura argentina al supuestamente negar y no tramitar el *habeas corpus* de los desaparecidos en Mar del Plata, lo cual demostraba toda la politización de los conceptos y discursos con fines exclusivamente justificatorios de persecuciones criminales.

El testigo principal de descargo del juez Hoofft fue el fiscal en el proceso penal contra las juntas militares (1976–1983) Julio César Strassera (1933–2015) y la prueba reina documental también de descargo fue el informe de la inteligencia policial del régimen militar, en el que se daba cuenta del peligro que representaba dicho juez en Mar del Plata para el “gobierno de facto” (Nación, 2014); además, se acompañó del informe de la CIDH de 1980 sobre Argentina, que reconoció la labor de dicho juez (CIDH, 1980; Nación, 2015).

El caso anterior, como se ha descrito en otras investigaciones (Mejía, 2009a), es uno más dentro de la larga lista de injusticias cometidas so pretexto de luchar contra la impunidad, como el caso del juzgamiento a los autores de la masacre de Malmedy al finalizar la Segunda Guerra Mundial, parte del famoso informe *American atrocities in Germany* del juez Van Roden (1949), publicado en *The Progressive*; el caso Yamashita, sentenciado a muerte por un tribunal organizado por el general MacArthur (Yamashita había derrotado militarmente en batalla a MacArthur), cuando perdió totalmente la comunicación con sus tropas en las Filipinas y fue juzgado por responsabilidad objetiva por ser el máximo comandante militar en el área; o el caso de Adolf Eichmann, quien fue secuestrado en Buenos Aires y juzgado en Israel, bajo la doctrina *male captus bene detentus*, desarrollada por la misma Corte Suprema de Justicia de los EE. UU., en los casos Ker y Frisbie (Mejía, 2012).

Desde esta perspectiva, podrían surgir al interior de los Estados trasplantes que conducirían a situaciones equivocadas, como sería en el caso del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH). Esto, debido a las siguientes causas:

1. Concepción y análisis equivocado sobre la situación fáctica que genera un pronunciamiento internacional, como confundir escenarios de autoritarismo con CANIS, en donde existe, incluso fácticamente, democracia (Cte. IDH, 1997).
2. Un trasplante inadecuado del sistema de principios y estándares desarrollados para otro tipo de contextos (Cte. IDH, 2012).
3. Confusión entre los principios del DIDH con los del DIH (Cte. IDH, 2013b).
4. Una interpretación inadecuada de posibles convergencias entre el DPI y el DIDH (Cte. IDH, 2006e).
5. Confusión frente a los contextos en los que se desarrolla un tipo de violencia que genera la necesidad de aplicar herramientas de justicia para la transición (Cte. IDH, 2007b; Cte. IDH, 2015a; Nash y Sarmiento, 2007).



6. Descontextualización acerca de la evolución doctrinal sobre el papel y la aplicación del derecho penal en escenarios transicionales diversos a los de superación de regímenes autoritarios (CIDH, 2014).
7. Subsunción del DIH y de sus principios en el DIDH (Cte. IDH, 2013a).

## DEFINICIONES ORIGINADAS EN LA NECESIDAD DE ENJUICIAR EL PASADO PENALMENTE

Los orígenes de la justicia transicional no se encuentran necesariamente en el enfoque criminalizador del pasado, a nivel estatal, sino en la iniciativa de crear una corte penal, a nivel internacional, que persiguiera ciertos crímenes considerados graves y generados principalmente en contiendas bélicas.

De hecho, en 1872, Gustave Moynier (Mejía, 2009), cofundador del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), realizó la primera propuesta seria de creación de un tribunal internacional permanente que juzgara los crímenes cometidos contra los usos y las costumbres de la guerra; especialmente, luego de la confrontación bélica franco-prusiana (1870–1871). Lo anterior ha sido visto como una forma de superar un pasado violento, con un enfoque en el DIH y no en los DD. HH. o el DIDH, como sucede en la actualidad casi en forma exclusiva. El origen desde esta perspectiva del enfoque de justicia propuesto fue criminalizar los excesos durante la guerra, con un enfoque de víctimas militares y, excepcionalmente, civiles.

Para Lindermann (2004), la expresión ‘*transitional justice*’ hace relación a una “tarea de aplicación” (entendiendo aplicación como el proceso de transformación social a partir del enjuiciamiento penal de los hechos del pasado) para una sociedad en transición entre un Estado sin derecho a un Estado de derecho (p. 94). Por ello, concibe a la Corte Penal Internacional (CPI) como una herramienta esencial para superar el pasado, a través de la persecución penal y la búsqueda de la verdad (también ver Nino, 2006, p. 51).

Con respecto del caso chileno, en el concepto de José Luis Guzmán Dalbora, por ‘superación de un pasado conflictivo’ se entiende tan solo al enjuiciamiento penal de los crímenes perpetrados en esas anteriores circunstancias y a la reparación de las víctimas por parte del Estado (Ambos, 2009, p. 206). Mientras que Alejandro Aponte (Ambos, 2009, p. 243) afirma que es en el llamado derecho penal diferencial en el que se podría concentrar más la reacción penal, en el contexto de fórmulas de ‘justicia transicional’.

Para el Centro Internacional de Justicia Transicional (ICTJ), esto hace referencia al conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y múltiples reformas institucionales. De hecho, las primeras medidas reconocidas por este afamado organismo son las penales, ejercidas contra los criminales considerados de mayor responsabilidad.

El Consejo de Seguridad de la ONU, en el año 2004, en el “Informe sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, estableció la siguiente definición:

8. La noción de “justicia de transición” que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, **servir a la justicia** y lograr la reconciliación<sup>4</sup>.

Para los efectos de este aparte, y en el sentido del informe de la ONU (2004), vale la pena resaltar que existe una clara tendencia de circunscribir el término ‘justicia’ al ámbito penal, con lo cual, en un comienzo, se podría advertir la existencia de dos ámbitos: un ámbito de derecho penal reduccionista (en Ambos, derecho penal diferencial) y una concepción de derecho penal retributivo, más cercano a la concepción de venganza (Orozco, 2005; Uprimny, 2006, p. 26; Pastor, 2004).

En ese sentido, para la ONU, es fundamental la complementariedad entre lo judicial y extrajudicial:

Tales mecanismos **pueden ser judiciales** o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella), **así como abarcar el enjuiciamiento de personas**, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción de cargo o combinaciones de todos ellos (ONU, 2004, p. 6)<sup>5</sup>.

En ese sentido, tener precedentes del Derecho Penal Internacional (DPI) y del Derecho Internacional Penal (DIP), integradores de la justicia de transición en experiencias como las de Núremberg, el lejano Oriente, Dachau, la antigua Yugoslavia, Ruanda, y casos como los de Yamashita, Eichmann y Hussein, pueden no solo conducir a alabar la justicia penal de vencedores (Orozco, 2005, p. 50) y la justicia politizada (criticada, por ejemplo, en los casos de los tribunales *ad hoc* por el origen de su mandato), sino a convertir la justicia penal en transición en un

4 Negrillas propias.

5 Negrillas propias.

nuevo escenario de guerra (Nino, 2006), con lo cual se desvanece el más mínimo intento de reconciliación social.

La posición asumida de tiempo atrás ha sido la de indicar que, en un contexto de justicia de transición, no puede persistir aquella concepción de justicia penal sustentada en Núremberg, el lejano Oriente y los procesos de Dachau, pero tampoco puede sobrevivir una concepción de persecución penal sin límites que irrespete los DD. HH. y el DIDH, como es el caso de ciertas extradiciones solicitadas con el ánimo de procesar a personas vinculadas con actos de guerra, terrorismo o violaciones graves de los DD. HH., dentro del epicentro del nuevo DIP.

En este sentido, aquí se evidencia otro grave problema conceptual de la justicia de transición desde un enfoque criminal, pues ya, en el siglo XXI, el paradigma de la persecución penal de personas naturales por la comisión de crímenes de sistema ha terminado cediendo en lo teórico ante posiciones más amplias de generación de verdad extrajudicial (esencialmente, a través de comisiones de la verdad), justicia administrativa (e incluso civil) y reparaciones de diferente naturaleza. No obstante, en la práctica, el discurso sigue siendo altamente retributivo y tiene el hábito de justicia de vencedores o la justicia politizada o de venganza (Nino, 2006; Pastor, 2004; Ibañez, 2014).

A pesar de la nueva concepción de un nuevo DPI, más objetiva y garantista, también se encuentra la problemática generada por la exigencia, desmedida a veces, de algunos grupos en torno a la aplicación de un derecho penal maximalista y retributivo frente a los agentes del Estado (Cte. IDH, 2005b) que han cometido violaciones graves a los DD. HH. o incluso infracciones graves al DIH, sin importar el contexto en el cual se generaron; es decir, en tiempos de paz o en circunstancias relacionadas con una guerra.

Al tener en cuenta los presupuestos anteriores, es posible finalizar este acápite proponiendo una definición de justicia de transición sustentada en la necesidad de criminalización del pasado, con el propósito de superar un escenario violento de violaciones graves a los DD. HH. y de infracciones graves al DIH:

La justicia para la transición se entiende como aquel sistema de herramientas y mecanismos jurídico-políticos que implementa un Estado, en virtud de su soberanía y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, destinado a investigar, judicializar y sancionar penalmente, si fuere el caso, de forma excepcional y bajo garantías procesales reales, a los presuntos máximos responsables de violaciones graves a los Derechos Humanos (DD. HH.) o graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH), cometidas dentro de un contexto de autoritarismo o en medio de conflictos armados de diferente naturaleza, siempre priorizando la justicia restaurativa y reparadora sobre la retributiva.

Las herramientas propias de esta forma especial de concebir la justicia se encuentran destinadas a satisfacer, como parte de un sistema dignificante, los derechos de todas las víctimas de los crímenes del sistema, a obtener prioritariamente la verdad judicial y una reparación integral, así como garantías de no repetición, como consecuencia de la sanción penal de los máximos responsables o de quienes hayan tenido un papel o rol preponderante en la comisión de dichas conductas, sin importar su ubicación dentro de organizaciones *de iure* o *de facto*.

Las herramientas de este tipo de justicia, en lo penal, son diversas y corresponde desarrollarlas e implementarlas a cada Estado, como consecuencia de la autonomía y libertad de configuración normativa, y con el propósito de superar, dentro de contextos particulares, la violencia generada en su territorio, siendo límites a esa soberanía las obligaciones asumidas internacionalmente; de forma especial, las relacionadas con el cumplimiento de instrumentos suscritos y aprobados en materia de derechos humanos, las que constituyen normas imperativas y las que tienen como origen el derecho consuetudinario (especialmente, en materia del DIH).

## DEFINICIONES ORIGINADAS EN UN ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR PARA SUPERAR UN PASADO VIOLENTO

Paulatinamente, la justicia para la transición ha ido separándose de la mirada estricta de lo jurídico a fin de llegar a escenarios más relacionados con las ciencias sociales (especialmente, con la sociología, la sociología jurídica, la ciencia política, la antropología, etc.). Este tipo de miradas es necesario para entender, enfrentar y superar el pasado violento de una forma más próxima a la vivencia y el sufrimiento de las víctimas, y ha venido generando nuevas formas de aproximación conceptual acerca de la justicia de la transición o la justicia del posconflicto o la justicia de la posguerra (O’Donnell, 1997, p. 262). Incluso, en la actualidad y en sentido estricto, hay un énfasis en las herramientas no judiciales (IIDH, 2006) ligadas con áreas como la historiografía y la memoria (Rodríguez, en Barbosa y Bernal, 2015, p. 538), a través de sus aportes a la comprensión de las causas y la evolución de la violencia que se pretende superar.

De igual forma, la sociología (especialmente, la jurídica) se torna esencial para entender los procesos de victimización, la razón de los crímenes de sistema y los aspectos esenciales en la producción de violencia (como la exclusión y la marginación), por citar algunos ejemplos en los cuales la antropología es apical para conocer las relaciones complejas entre los seres humanos en situaciones de crímenes de sistema, desde los territorios, las costumbres, etnias, cosmogonías,

mitos, religiones, la evolución de sus formas de pensar y actuar e incluso la misma concepción de la muerte y sus significados.

A saber, la justicia de la transición tiene sus orígenes reales en la superación de la guerra convencional (Bouthol, 1975), con las consecuencias políticas, sociológicas y jurídicas que ocasionó; entre ellas, la frustración aliada en el juzgamiento del káiser Guillermo II (artículo 227 y 228 del Tratado de Versalles), que también suscitó una preocupación al interior de la principal potencia perdedora (Alemania) de juzgar y sancionar algunos excesos (Yanez, 2001, p. 812) que hubieran podido cometer sus civiles y militares durante la contienda bélica, como una forma de cumplir con las obligaciones producto del armisticio y posterior tratado de paz (IIDC, 1920, p. 183 y ss).

Entonces, surgieron los procesos penales de Leipzig, como fruto de una decisión originada en el campo político (IIDC, 1920, pp. 303-304) y las discusiones de los mismos vencedores sobre el enfoque del juzgamiento a los derrotados y la necesidad de un estudio con respecto de las responsabilidades en la guerra (más allá de lo penal). Lo anterior ocasionó que, por iniciativa y ley alemana, se propusiera el juzgamiento por parte del Tribunal Supremo Alemán (*Reichsgericht*), inicialmente de 45 personas por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

Las personas a investigar y juzgar fueron propuestas por el Reino Unido, Francia y Bélgica, algo inaceptable polemológicamente para el pueblo alemán, aunque hoy se puede entender que esto entrañó una forma de reparación a los prisioneros de guerra de esos países, además de la dignificación, de alguna forma, de las personas protegidas (consideración actual proveniente del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949) víctimas de los alemanes, principalmente heridos y náufragos, entre otros casos.

Se buscó la verdad en relación con los hechos sucedidos. Así, en un escenario estrictamente penal, se fue abriendo un marco de reparación a través de entender el *ius ad bellum* y el *ius in bello*. En otras palabras, el *ius post bellum* debe tener en cuenta necesariamente el nexo causal con la guerra como fenómeno social.

Todo lo descrito podría tener varias lecturas desde las ciencias sociales; entre ellas, la cada vez más elevada contienda ideológica al interior de Alemania de la primera posguerra, la preponderancia que empezaron a tener las concepciones nacionalistas con enfoque geopolítico y geoestratégico (Strausz, 1945), frente a la escisión del territorio teutón, considerado espacio vital (*lebensraum*) para una raza superior; de igual forma, las presiones que se empezaron a generar, a nivel judicial, amén de un juzgamiento penal impuesto por las potencias vencedoras.

Lo importante es entender que, hoy en día, estos temas se estudian desde la perspectiva de las ciencias sociales y no solo desde la mirada jurídico-penal, y

que, desde allí, se pueden estructurar nuevas hipótesis para comprender por qué resulta tan difícil superar el pasado violento. Por otra parte, las imposiciones sobre las diferentes miradas posiblemente se conviertan polemológicamente en otras formas de continuar una contienda.

Solo así, desde la multidisciplinariedad, se pueden comprender las complicaciones políticas, sociales y polemológicas, como lo describe Bouthol (1970) en su clásico *Ganar la paz para evitar la guerra*. Estas se generan al mirar y tratar de entender un pasado bélico desde lo jurídico-penal, para el caso específico de una eventual estructuración de una justicia de la transición y las consecuencias que una mirada de juzgamiento criminal pueden ocasionar; entre estas, algunas muy graves, como el surgimiento de otras guerras, tal y como sucedió a partir del 1 de septiembre de 1939, cuando Hitler decidió invadir a Polonia e inició una ordalía peor que la que generó la Primera Guerra Mundial. Una ‘paz’ mal construida engendra muchas contiendas futuras.

Ahora bien, los párrafos anteriores se pueden tomar como base con la intención de establecer (con criterios más amplios que el jurídico) unas etapas de evolución de la justicia de la transición en la cual, en términos de Teitel (2003), se entroniza la existencia de una primera fase (fase de transición) de perdón y olvido en la práctica, en donde los intentos de criminalizar las conductas más graves terminaron en amnistías totales.

Posteriormente, se pasa a una segunda fase retributiva de justicia para la transición (Benavides, 2013), sustentada en el derecho penal y la formalización de justicia de vencedores. Esto tiene una explicación desde la polemología como parte de las ciencias sociales: la victoria debe darse en todo escenario, no solo en el bélico.

Luego, con la llegada del modelo sudafricano (Benavides, 2013, p. 21) de justicia para la transición, se inicia a una tercera etapa más restaurativa desde lo penal, ligada con el derecho a la verdad y la entronización de comisiones especiales, a fin de esclarecer causas, patrones y prácticas de violaciones graves a los DD. HH. y al DIH, con efectos a veces judiciales en el nivel criminal, por lo cual la justicia penal no se excluye en esta fase y modelo, sino que se priorizan otros enfoques (Ceballos, 2009).

Precisamente, desde esta fase (1995), se empiezan a construir diferentes definiciones más elaboradas de ‘justicia transicional’ o ‘justicia de transición’, pero con las mismas deficiencias a nivel conceptual, partiendo por la ausencia de claridad sobre la naturaleza y el alcance de la violencia que se trata de superar, lo cual produce nuevos problemas de origen, caracterización, enfoque, alcance (Ambos, 2009) o de abordaje frente a responsabilidades de todo tipo en periodos de cambio

político, de acuerdo con la posición y el enfoque que se tenga (Correa, 2015, p. 185 y ss)<sup>6</sup>.

Como elemento común de estas fases, y de las anteriores, se encuentra la necesidad de aplicar figuras como las amnistías, pero mucho más limitadas. Desde esa perspectiva, queda proscrita cualquier aplicación de amnistía frente a la comisión de violaciones graves a los DD. HH. e infracciones graves al DIH. En consecuencia, jamás se pueden amnistiar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio (Cte. IDH, 2001a).

Para esta fase, ya se encuentra la existencia de un instrumento internacional, como el protocolo II de Ginebra, adicional a los Cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949, que, en su artículo 6.5, para el caso de los CANI, indica que, al terminar las hostilidades, se otorgará a las partes en contienda la amnistía más ampliamente posible (CICR, 1996; CICR, 1998).

En consecuencia, el criterio de posibilidad de aplicación de amnistía se encontrará limitado por el tipo de delitos cometidos y su relación eventual con el delito político o con otras circunstancias propias del contexto de guerra, sin que se comprendan allí los actos atroces. Adicionalmente, se sostuvo de una forma clara el alcance que se le debe dar a las amnistías para que no violen la CADH; de esa forma, se determinó:

6. Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, **el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras** (Caso Castillo Páez, 1998)<sup>7</sup>.

Es más, la Cte. IDH precisa con claridad que las normas de amnistía siempre entrañarán un nivel de impunidad tal que debe ser mirado y ponderado necesariamente desde el fin que persigue esta medida: la finalización de un conflicto armado sin carácter internacional. En esa misma providencia, se estableció:

**Las leyes de amnistía se hallan en el cruce, tan complejo y delicado, entre la lucha contra la impunidad y el propósito de promover la reconciliación nacional** (cfr. *Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations, prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1992/23. E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr. 1*)<sup>8</sup>.

6 Año de la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica. <http://www.justice.gov.za/trc/>

7 Negrillas propias.

8 Negrillas propias.

Realmente, la virtud que tiene la sentencia contra El Salvador del año 2012 es que, en el voto razonado, el juez proveniente del Perú, un país que tuvo un CANI entre el año 1980 y el año 2000 (por lo menos, políticamente, amén de la continuación de las hostilidades en el Valle del Río Apurímac, Eno y Mantaro), estructura toda una aproximación a cómo debería entenderse una justicia de transición para un Estado que pretende superar una situación bélica. Paradójicamente, una aproximación polemológica indebida no permite valorar las diferencias entre un CANI, como el peruano, y una guerra civil (GUECIV) como la salvadoreña, en donde el nivel de responsabilidad del Estado debe ser mayor. No obstante, estos temas se aclaran más en el escenario extrajudicial de verdad a través de las comisiones creadas, que en el terreno judicial.

Ahora bien, frente a las amnistías restringidas la Sentencia masacres del Mozote y lugares aledaños precisa:

16. Un contexto como el aquí delineado —y que en la sentencia se describe con más detalle— es distinto del que precedió a las demás leyes de amnistía a las que se ha referido la jurisprudencia de la Corte. Por ello, el análisis y razonamiento del Tribunal tiene, como se ha dicho, particularidades que lo llevaron a incorporar elementos del Derecho Internacional Humanitario...

## CONCLUSIONES

Se evidencia que las ciencias sociales y la estructuración de contextos multidisciplinarios son los elementos de estudio que han venido a delimitar adecuadamente la conceptualización en torno a la justicia de la transición. Además, bajo estas dimensiones, el análisis cualifica el tipo de violencia que se quiere investigar, juzgar y sancionar y aporta a una ponderación mucho más adecuada con las obligaciones estatales.

Asimismo, es evidente que la construcción de contextos, desde las ciencias sociales, también puede generar, desde lo político, otras interpretaciones, tipos de violencias y la necesidad de desarrollar otras formas de interpretación y aplicación de sus estándares. Ejemplo de ello, tanto en Perú como en El Salvador, se alegó la aplicación de una amnistía en relación con agentes del Estado; sin embargo, ese mismo argumento se utiliza en casos como el colombiano, con el propósito de argumentar que es imposible aplicar amnistías parciales frente a agentes del Estado, así no hayan cometido crímenes graves, puesto que el concepto de amnistía está ligado indefectiblemente a la existencia del delito político. Es decir, los únicos que se pueden amnistiar son los rebeldes, en contraste, con el Protocolo II, no hace discriminación alguna entre agentes del Estado e ilegales (CICR, 1996).



Dichas posiciones olvidan el precedente colombiano, en el cual se otorgaron amnistías a agentes del Estado (De la Calle, 2005) en otro tipo de circunstancias. No es que existan dos tipos de amnistía, incluso dentro del mismo articulado constitucional, sino dos enfoques sobre la misma figura, los cuales deberían ser complementarios para poder alcanzar una reconciliación nacional verdadera en un mediano plazo. No obstante, habrá que indicar que el problema que se presenta con el enfoque de exclusión de la aplicación de amnistía para los agentes del Estado que no hayan cometido graves crímenes se puede solucionar con otras medidas de tipo procesal en un escenario transicional, partiendo de la aplicación del principio *pro homine*.

## REFERENCIAS

- Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (Eds.). (2009). *Justicia de transición*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Ambos, K. (2008). *El marco jurídico de la justicia de transición*. Temis.
- Amony, E. y Baines, E. (2013). *'Human Rights in Transitions from Conflict'*. *Human Rights: The Hard Questions*. Cambridge University Press.
- Aponte, A. (2006). *Guerra y derecho penal del enemigo*. Gustavo Ibáñez.
- Barbosa, G. y Bernal, C. (2015). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Universidad Externado de Colombia.
- Bassiouni, M. (2002). *Post-conflict Justice*. Transnational Publishers.
- Bassiouni, M., Broomhall, B. y Camargo, P. (2002). *La Corte Penal Internacional*. Leyer.
- Benavides, F. (2013). *Justicia en épocas de transición. Conceptos, modelos, debates y experiencias*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Bernal, C. (2015). Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del Análisis de contexto para la investigación penal. En G. y Barbosa. *El análisis de contexto en la investigación penal* (pp. 46-136). Universidad Externado de Colombia.
- Bouthol, G. (1975). *La Guerra*. Oikos-Tau.
- Bouthol, G. (1970). *Ganar la paz evitar la guerra*. Plaza y Janes.
- Ceballos, M. (2009). *Comisiones de la verdad. Guatemala, El Salvador, Sudáfrica. Perspectivas para Colombia*. La Carreta Editores E.U.

- Choudri, S. (2007). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge Press.
- CICR. (1996). *Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. CICR.
- CICR. (1998). *Comentario del Protocolo II y del Artículo 3 de estos Convenios*. CICR y Plaza y Janes.
- CIDH. (1997). 11137, caso Abella v. Argentina (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, 18-noviembre).
- CIDH. (2014). *Verdad, Justicia y Reparación. Cuarto Informe sobre la República de Colombia*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Correa, M. (2015). Análisis de contexto. Estudio desde el derecho constitucional. En G. & Barbosa, *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno* (pp. 135-296). Universidad Externado de Colombia.
- Crenzel, E. (2007). *Dos prólogos para un mismo informe: el nunca más y la memoria de las desapariciones*. [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-95042007000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-95042007000100003&script=sci_arttext)
- Cte. IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997 йил 3-noviembre).
- Cte. IDH, Barrios Altos vs Perú. Fondo (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001a, 14-marzo).
- Cte. IDH, Goiburú y otros vs Paraguay. Fondo y reparaciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006e).
- Cte. IDH, Masacre de Mapiripán versus Colombia (Cte. IDH, 2005b, 15-sep).
- Cte. IDH, Masacres de Pueblo Bello versus Colombia (Cte. IDH, 2006a, 31-enero).
- Cte. IDH, Masacres de Ituango versus Colombia (Cte. IDH, 2006b, 1-julio).
- Cte. IDH, Masacre de la Rochela versus Colombia (Cte. IDH, 2007a, 11-mayo).
- Cte. IDH, Zambrano Vélez y otros versus Ecuador (Cte. IDH, 2007b, 4-julio).
- Cte. IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) versus Colombia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 270 (Cte. IDH, 2013a, 20-noviembre).
- Cte. IDH., Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (Cte. IDH, 2013b, 19-agosto).
- Cte. IDH., Cruz Sánchez y otros Vs Perú (Cte. IDH, 2015a, 17-abril).
- Cte. IDH., Wong Hi Wing versus el Perú (Cte. IDH, 2015b, 30-junio).

- De la Calle, H. (2005). Hallazgos del delito político. *El Espectador*.
- Fisas, V. (2004). *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Editorial Paidós.
- Ibáñez, J. (2014). *Justicia transicional y las comisiones de la verdad*. Instituto Berg.
- IIDC. (1920). *El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes*. Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado.
- IIDH. (2006). *Verdad, Justicia y Reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Joinet, L. (1985). *Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights. Preliminary Report by Mr. Louis Joinet*. ECOSOC, Commission on Human Rights, Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.
- Kritz, N. (1995). *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. United States Institute of Peace.
- Mejía, J. (2012). *La extradición pasiva de nacionales a los Estados Unidos y la constitución colombiana*. Grupo editorial Ibáñez.
- Mejía, J. (2009). Un acercamiento al establecimiento de los tribunales internacionales modernos. *Prolegómenos. Derechos y valores*, 201-219.
- Mejía, J. (2009a). *La Corte Penal Internacional y las Fuerzas Armadas de Colombia. Una mirada desde la trinchera*. Dike.
- Nación. (2015). No más venganza. *La Nación*.
- Nación. (2014). Amplio apoyo al fallo que absolvió a Hoof. <http://www.lanacion.com.ar/1687219-amplio-apoyo-al-fallo-que-absolvio-a-hoof>
- Nash, C. y Sarmiento, C. (2007). Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH. [http://www.cd.h.uchile.cl/anuario04/5-Seccion\\_Internacional/7-Nash\\_Sarmiento/CaudiaSarmiento-ClaudioNash.pdf](http://www.cd.h.uchile.cl/anuario04/5-Seccion_Internacional/7-Nash_Sarmiento/CaudiaSarmiento-ClaudioNash.pdf)
- Nino, C. (2006). *Juicio al mal absoluto*. Ariel.
- O'Donnell, G. (1997). *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Paidós.
- Olásolo, H. (2007). *Ataque contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Tirant Lo Blanch.
- ONU. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en sociedades que sufren o han sufrido conflicto*. ONU.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la consciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América latina*. Temis.

- Pastor, D. (2004). *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Editores del Puerto.
- Quinche, M. (2014). *Control de convencionalidad*. Temis.
- Sánchez, C. & Ibáñez, C. (2014). La Justicia transicional como categoría constitucional. En Ambos, K. *Justicia de transición y constitución. Análisis de la Sentencia C- 579 del 2013 de la Corte Constitucional* (pp. 107-154). Temis.
- Strausz, H. (1945). *Geopolítica. la lucha por el espacio y el poder*. Editorial Hermes.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. Oxford University Press.
- Teitel, R. (2003). Transitional justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 69-94.
- Uprimny, R. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? verdad, justicia y reparación para Colombia*. Dejusticia.
- Van Roden, E. (1949). American Atrocities in Germany. *The Progressive*, p. 21f.
- Yanez, J. (2001). Hacia un tribunal de la Humanidad: La Corte Penal Internacional, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, volumen V*. Tirant lo Blanch.

