

GARCÍA CASAS, M., *El Derecho internacional de la justicia transicional. La construcción del marco normativo de las transiciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, 401 pp.

Siempre resulta un privilegio poder comentar la *opera prima* de una académica, en este caso, la obra de la Profesora María García Casas titulada *El Derecho internacional de la justicia transicional. La construcción del marco normativo de las transiciones*.

¿Existe un Derecho internacional de la justicia transicional? ¿Puede afirmarse que el ordenamiento internacional impone ya a los Estados unas obligaciones en esos contextos, cuyo cumplimiento es susceptible de control? La Profesora Cristina Izquierdo Sans introduce con estas preguntas el objeto de estudio de esta obra, en un prólogo que da cuenta del cómo y por qué del trabajo, de sus dificultades y desafíos.

Sin duda, una obra con tal propósito -la búsqueda del Derecho internacional de la justicia transicional- debe partir del concepto mismo de justicia de transición manejado. Sin que exista un apartado específicamente conceptual, la autora describe en su presentación (pp. 21-31) los dos elementos en los que se apoya: de un lado, los procesos de “transición de un país a la paz tras el fin de un conflicto armado, o su paso de un terminado régimen político a otro”; de otro lado, el concepto de justicia asociada a dichas transiciones en tanto que “procesos y medidas encaminados a dar respuesta a las graves violaciones de derechos ocurridas en el transcurso de un conflicto armado o de un régimen represivo”.

El punto de partida es la constatación de la inexistencia de normas convencionales específicas en la materia, lo cual no excluye la aplicación de ciertas obligaciones internacionales convencionales derivadas de distintos subsistemas normativos a las situaciones comprendidas en su estudio, como el Derecho internacional humanitario o el Derecho internacional de los derechos humanos. La búsqueda de normas autónomas, específicas para la “justicia transicional”, es la clave que condiciona la estructura y sentido de la obra. La autora fundamenta la existencia y el contenido de un Derecho internacional de la justicia transicional de naturaleza consuetudinaria. Con ello, García Casas busca superar la falta de sistematización y la dispersión de referencias existentes, que en 2012 llevaron al primer Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia y la reparación, Pablo de Greiff, a identificar una “falta de consenso en la materia”. Objeto de una sesión de reflexión en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 2020, la justicia de transición ha adquirido carta de naturaleza como ámbito de “ocupación”, si no de “preocupación” de los internacionalistas. La autora considera, además, que es objeto de un subsector específico del Derecho internacional contemporáneo.

El proceso de gestación e identificación de la norma consuetudinaria es extraordinariamente complejo, pues no sólo requiere la prueba de la existencia de práctica suficiente, sino también de una *opinio iuris* sobre su exigibilidad jurídica, así como la determinación de unos parámetros temporales para identificar si estamos ante una norma *de lege ferenda*, *in fieri* o de *lege lata*. Esto mismo explica la estructura de la obra, que

inicia y concluye con la práctica de los Estados. En el capítulo I (pp. 33-62), examina algunos casos significativos de las dos últimas décadas del siglo XX (El Salvador, Guatemala, República Sudafricana, República Democrática Alemana, Rumanía, Polonia, Hungría, República Socialista Checoslovaca, y Bulgaria), a partir de los cuales se suscitan los debates y actuaciones internacionales que serán objeto de trabajo en los capítulos posteriores. La obra concluye en su capítulo IV (pp. 288-358) con la práctica de los Estados en el siglo XXI, como confirmación de la existencia de una práctica y una *opinio iuris* coherente en relación con las normas internacionales relativas a la justicia transicional.

Si bien la práctica de los Estados es punto de partida -de *lege ferenda* en el capítulo I- y de llegada -como constatación de normas consuetudinarias de *lege lata* en el capítulo IV-, el proceso de construcción normativa -norma *in fieri*- se apoya casi-exclusivamente, según la autora en la labor de las organizaciones internacionales, muy especialmente de la Organización de las Naciones Unidas, aunque con consideración también a la práctica de la Unión Europea y la Unión Africana. A ello dedica el capítulo II (pp. 130-192). En el examen de la misma, García Casas encuentra elementos suficientes para probar tanto la existencia de normas consuetudinarias como el contenido de las mismas en torno a cuatro pilares fundamentales: justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición, respecto de los que analiza un contenido básico, el cual define derechos de las víctimas y deberes de los Estados.

El capítulo III (pp. 202-279) permite a la autora contrastar su análisis de la práctica de las organizaciones internacionales y la *opinio iuris* deducida de la misma con la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular en relación con tratados de protección de derechos humanos (incluyendo el relativo a la prohibición del genocidio y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el mismo), así como la emanada de los tribunales internacionales y mixtos de carácter penal. El capítulo está dirigido a precisar o confirmar el contenido de algunas normas del Derecho internacional de justicia transicional, más que a probar la existencia de las mismas. En el fondo, construye un puente entre el contenido de los tratados de derechos humanos -a la luz de la interpretación de los tribunales u órganos casi-jurisdiccionales- y el Derecho internacional de justicia transicional, tal y como quedó definido su planteamiento en el capítulo I (pp. 73-93). Este capítulo sobresale por su riqueza en el tratamiento de la casuística jurisprudencial de cada sistema en relación con las amnistías o el deber de reparar en los contextos de transición.

Como he avanzado, la confirmación de sus hipótesis se realiza a través del examen de la práctica relativa a procesos de transición ya en el siglo XXI (Perú, Costa de Marfil, Túnez, Colombia, e incluso las transiciones acompañadas por organizaciones internacionales como Kosovo, Timor Oriental Afganistán, Sudán, Sudán del Sur, Sri Lanka, República Centroafricana y Gambia), presentada en el capítulo IV (pp. 288-358).

La obra presenta conclusiones parciales en cada uno de los capítulos, que contribuyen a sistematizar el recorrido por el número amplísimo de materiales analizados (pp. 93-95; pp. 190-192; pp. 277-279; pp. 356-358) y a mantener el interés e hilo discursivo, a veces

distraído por eso mismo volumen de referencias normativas, documentales y de la práctica. Además, y como es de rigor, la obra concluye con un capítulo V dedicado a conclusiones generales. En el mismo, García Casas realiza un balance sosegado y realista sobre el alcance y contenido del Derecho internacional de la justicia transicional, que le permite distinguir entre obligaciones de los Estados vigentes en cualquier circunstancia y, por tanto, también en procesos de transición, y aquellas específicas de tales procesos. Bien podría concluir aquí este comentario. Sin embargo, el anterior recorrido por los contenidos de la obra ofrece sólo una perspectiva parcial de la aportación de la autora al estudio del Derecho internacional contemporáneo. Esta monografía va más allá del examen concreto de los procesos de transición y de si existe un Derecho internacional propio aplicable a los mismos que satisfaga la idea de justicia que tanto la práctica de las organizaciones internacionales como ella misma sostienen. Este libro es susceptible de una segunda lectura, cuya línea argumental, desarrollada con tesón, bien podría ser objeto de su propia monografía.

García Casas analiza y discute cuestiones esenciales en la creación contemporánea de normas consuetudinarias: ¿Cómo se analiza una costumbre en formación o de formación reciente? ¿Qué papel tiene la opinión iuris en relación con la práctica? ¿Cuál es el valor del “tiempo”? ¿Qué consideración debemos dar a la actividad de las organizaciones internacionales en el desarrollo del Derecho internacional contemporáneo? ¿Constituye la actividad de las organizaciones internacional prueba de la práctica y *opinio iuris* de los Estados o constituye per se práctica u *opinio iuris* en un proceso de elaboración consuetudinario como el estudiado? ¿Contribuye la jurisprudencia a definir la práctica o la *opinio iuris*, como medio auxiliar de determinación del derecho? La autora abre la puerta a interrogantes que no siempre resuelve: ¿es la jurisprudencia sólo un medio auxiliar de determinación del derecho? ¿Es la jurisprudencia en relación con derechos humanos una fuente de desarrollo progresivo y por, tanto, con carácter normativo y no meramente interpretativo? ¿Constituyen las observaciones generales y otras formas de producción jurídica de los órganos de tratados de derechos humanos “jurisprudencia” en el sentido de las fuentes del Derecho internacional?

El análisis desde la perspectiva de la “construcción” de la norma consuetudinaria cobra sentido por su especial dificultad en esta temática relativa a la justicia transicional. El impulso inicial, la aspiración normativa -fase de *lege ferenda*-, no está en la voluntad de los Estados en el sentido tradicional de la práctica, que por acumulación y concordancia (uniformidad y generalidad) lleva al establecimiento de un consenso general y, en consecuencia, a una norma universalizable -fase de *lege lata*-. La identificación del interés social objeto de regulación, su impulso, su práctica primigenia reside en la promoción de unos valores e idea de la justicia en el marco de las organizaciones internacionales universales y regionales. El desafío en términos consuetudinarios es tanto mayor cuanto que la problemática abordada persigue el desarrollo de normas de derecho internacional cualificadas: no se trata de normas que buscan ordenar la coexistencia o la cooperación entre Estados, sino de normas que pre-determinan la forma en que los Estados, en un contexto específico, deben ejercer su soberanía interna, afectando por tanto a los derechos de las personas bajo su jurisdicción y al ejercicio de competencias, en principio soberanas.

El esfuerzo por construir un derecho internacional de la justicia transicional no se queda sólo en la acumulación de práctica y en el intento de demostrar una *opinio iuris* específicamente temática en el ámbito de la justicia transicional. La autora realiza un estudio serio y profundo del proceso de elaboración consuetudinaria en toda su complejidad desde una perspectiva teórica, y al hilo de los trabajos de la CDI, concluidos con la adopción de conclusiones en 2018, sobre la identificación de la norma consuetudinaria. El lector curioso encontrará en sus páginas los debates clásicos y contemporáneos sobre la costumbre: la duración de la práctica y las teorías de la costumbre instantánea, el peso de la práctica y de la opinión iuris, respectivamente en la determinación de la existencia de una norma consuetudinaria *in fieri* o *de lege lata*, o la teoría de la interacción normativa entre las fuentes formales. Además, encontrará todo un análisis minucioso de la consideración de los actos de las organizaciones internacionales desde la perspectiva de los dos elementos de la norma consuetudinaria, tanto en su consideración de manifestaciones de voluntad propias de la organización como expresión de la voluntad de los Estados que han contribuido a las mismas. García Casas llega a proponer un “test de aptitud de una resolución de una organización internacional para interactuar con el Derecho internacional consuetudinario” (pp. 123—130), basado en tres elementos: el contenido de la resolución, las condiciones de apoyo al texto y la reiteración. Dicha prueba fundamenta el análisis luego aplicado a los materiales de las organizaciones internacionales que selecciona y analiza para fundamentar el Derecho internacional de la justicia transicional. Detrás de ello se encuentra la dificultad e indefinición de determinar si la práctica de las organizaciones internacionales puede o debe ser considerada práctica relevante como tal elemento de la costumbre, o constituye prueba de la *opinio iuris* de los Estados. Todo un dilema sobre el que reflexionar.

Metodológicamente, la autora podría haber estructurado su monografía en dos partes: una aproximación teórica a la construcción de la costumbre contemporánea sobre la base de la consideración como práctica y como expresión de la opinión iuris de los actos acumulados, repetidos o concordantes de las organizaciones internacionales, seguida de un examen temático, aplicado al nacimiento de un Derecho internacional de la justicia de transición. Sin embargo, María GARCÍA CASAS ha optado por entrelazar el examen teórico y su aplicación concreta a cada uno de los elementos examinados en ese esfuerzo de sistematización de los documentos y elementos que deben ser tenidos en cuenta como práctica y *opinio iuris* del corpus normativo cuya existencia actual trata de demostrar. Así, en cada capítulo emergen los elementos de estudio específico directamente relacionados con el aspecto abordado.

En el capítulo I plantea los parámetros desde los que analizará el proceso de construcción de normas consuetudinarias, sobre la base del protagonismo adquirido por las organizaciones internacionales -universales y regionales- en la materia y la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos y penales en relación con la vulneración de derechos en procesos de transición, excluyendo por su parte la perspectiva usada por algunos autores, centrada en la responsabilidad internacional del Estado (pp. 62-93). En el capítulo II, quizás el más denso y elaborado de esta dimensión de la monografía (pp. 97-130), valora el papel de las resoluciones de las organizaciones internacionales en relación con el derecho internacional, recurriendo a varios modelos

como la interacción de fuentes, el examen de las resoluciones como práctica o el propio test de aptitud propuesto por García Casas, al que ya me he referido.

En cambio, el capítulo III resulta ser quizás el más escueto de la obra desde la perspectiva de la teoría de fuentes (no así cuando consideramos el volumen jurisprudencial y la multiplicidad de tribunales analizados en relación con el contenido sustantivo relativo a la justicia transicional). En este capítulo aborda el papel de la jurisprudencia como medio auxiliar de determinación de las normas (pp. 193-196). En la perspectiva teórica, la autora obvia el tratamiento de problemas sustanciales a los que se enfrenta la práctica “jurisprudencial” que maneja en la parte sustantiva del estudio sobre jurisprudencia en relación con procesos de transición. Por una parte, y si bien define de manera restringida el concepto de tribunal conforme al proyecto de la CDI sobre identificación de la norma consuetudinaria, acude con profusión a documentos de naturaleza jurídico-internacional cuestionada -en términos de valor jurídico obligatorio- como son las observaciones generales de los órganos de tratados, cuya calificación como “jurisprudencia” puede ser discutida (pp. 206-215). Por otro lado, no aborda claramente el debate que confronta la naturaleza de “medio auxiliar”, confirmatorio de un Derecho aplicable y, por tanto, pre-existente, conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con las teorías sobre el papel “creativo”, de desarrollo progresivo, que a veces se atribuye a los tribunales internacionales, y en concreto, a los tribunales de derechos humanos. En esa línea, más bien parece atribuir a la jurisprudencia una función cuasi-creativa, constitutiva en su trayecto hacia la identificación del contenido de las normas consuetudinarias de justicia transicional. En concreto, este parece ser el recorrido que le permite determinar el alcance de las normas consuetudinarias en relación con la prohibición de las leyes de amnistía respecto de los crímenes más graves, como el genocidio o la tortura.

Por último, el capítulo IV cierra la dimensión teórica del proceso de elaboración consuetudinaria con un examen de la práctica de los Estados (pp. 281-288). A primera vista, podría parecer que es banal abordar las especificidades de la práctica de los Estados a los efectos de determinar la existencia de la costumbre. Sin embargo, García Casas, de manera muy acertada se detiene en el análisis de dos cuestiones esenciales: la duración de la práctica (a la luz de las teorías de la costumbre instantánea) y el análisis singular de la práctica de los Estados relativa a la aplicación de derechos humanos, o, mejor dicho, a su eventual vulneración.

La obra contiene una cuidada y muy amplia bibliografía y documentación, que cubre ambas dimensiones de la obra, la relativa a la justicia de transición y la orientada al análisis del proceso de elaboración y análisis de la norma consuetudinaria. De forma específica, y en relación a la temática principal -conforme al propio título-, esta monografía viene a sumarse al conjunto de libros dedicados por la doctrina española a este tema contemporáneo, y del que son, sin duda, precedentes significativos *Justicia transicional en Iberoamérica* (ALMQVIST y ESPÓSITO MASSICCI (coords.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009), *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional* (BONET I PÉREZ y ALIJA FERNÁNDEZ, Universidad de

Deusto, 2009) y el más reciente *Amnistías y justicia transicional. Límites a la luz del Derecho internacional* (GUTIÉRREZ CASTILLO (coord.), Aula Magna, 2019).

En suma, este volumen desarrolla una investigación extraordinariamente rica, que somete a tensión y a reflexión permanente el conocimiento teórico sobre la creación de la costumbre internacional. A la par, el trabajo realizado sobre un volumen de material de práctica de diferentes orígenes sobre un ámbito sustantivo de relevancia y carácter actual es fiel reflejo de la madurez investigadora de la autora.

Concluyo como comencé: es un privilegio leer y comentar la *opera prima* de una joven investigadora como la Profesora María García Casas, que abre la una puerta a un nuevo ámbito del Derecho internacional -la justicia de transición- y, a la par, arroja nueva luz sobre una cuestión estructural como es el proceso de creación de la norma consuetudinaria a la luz de la práctica de las organizaciones internacionales.

Eulalia W. Petit de Gabriel
Universidad de Sevilla