

## Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénale  
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

### Sección de investigación desde el Derecho Internacional Penal

La autoría mediata en el asesinato del obispo  
Enrique Angelelli de La Rioja, perpetrado por  
el terrorismo de Estado en Argentina  
*Carlos Julio Lascano*

### Sección ensayos de investigación seleccionados en la V Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento  
creado para erradicar la impunidad?  
*Joana Loyo Cabezudo*

Natureza bifronte da recuperação de ativos pelo  
Tribunal Penal Internacional: dissuasão da prática  
delitiva e reparação em favor das vítimas  
*Flavio Pimenta De Souza - Diogo De Oliveira Machado*

El derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales  
*Ana Morell Sanz*

### Sección de artículos de investigación desde otras áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

El amor en un mundo de opresión: Aportes de la  
Teología de la Liberación a la reflexión sobre las  
relaciones entre justicia y misericordia  
*María José Caram*

Sumak Kawsay: Una cosmovisión desde el sur  
con sentido de justicia bio-social  
*Pascual G. García Macías*

### Sección de reporte de jurisprudencia

#### Reporte de jurisprudencia

Situación en África Central, caso del Fiscal contra  
Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme  
al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de  
marzo de 2016  
*María Camila Ospina - Jannluck Canosa Cantor*

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL  
CERTAMEN DE  
ENSAYOS SOBRE  
BLATTMANN, ODIOS BENITO Y STEINER



**ANIDIP**

Bogotá, Colombia - Número 5  
Páginas 1 - 168 – ISSN: 2346-3120  
Doi: [dx.doi.org/10.12804/anidip](https://dx.doi.org/10.12804/anidip)

# ANIDIP

## ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénale  
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





## **ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP**

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law  
Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénale  
Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal

---

ISSNe: 2346-3120

Doi de la Revista: [dx.doi.org/10.12804/anidip](http://dx.doi.org/10.12804/anidip)

### DIRECTOR

Olasolo Alonso, Héctor (España)

Profesor titular de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

Presidente, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

### EDITORA

Mateus Rugeles, Andrea (Colombia)

Profesora de carrera, Universidad del Rosario (Colombia)

### SECRETARÍA

Giraldo Lasso, María Camila (Colombia)

Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Jácome Romero, Carlos Gabriel (Colombia)

Monitor Académico del ANIDIP en la Universidad del Rosario (Colombia)

Mahecha Álvarez, Laura Marcela (Colombia)

Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Pardo Costa, Emely Mar (Colombia)

Monitora Académica del ANIDIP en la Universidad del Rosario (Colombia)

Pedraza Moreno, Daniela (Colombia)

Monitora Académica del ANIDIP en la Universidad del Rosario (Colombia)

---

Las opiniones de los artículos solo comprometen a los autores y en ningún caso al Comité Editorial o a la Universidad del Rosario. Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta revista, salvo autorización previa de los autores.

Visítenos en la página: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip>

## COMITÉ EDITORIAL

### **Coelho Zilli, Marcos Alexandre (Brasil)**

Profesor de Derecho Procesal, Universidad de São Paulo (Brasil)

### **Galaín Palermo, Pablo (Uruguay)**

Director, Observatorio Latinoamericano en Política Penal y Reforma (Uruguay)

### **Kiss, Alejandro (Argentina)**

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Holanda)

### **Pansters, Wil (Holanda)**

Catedrático, Universidades de Utrecht y Groningen (Holanda)

### **Pérez Cepeda, Ana Isabel (España)**

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

### **Villegas, Myrna (Chile)**

Directora, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile (Chile)

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **AAbraão, Paulo (Brasil)**

Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

### **Fornasari, Gabriele (Italia)**

Catedrático, Universidad de Trento (Italia)

### **García Ramírez, Sergio (México)**

Investigador honorario, UNAM (México)  
Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007-2010)

### **Kress, Klaus (Alemania)**

Catedrático y director del Instituto para la Paz y Seguridad, Universidad de Colonia (Alemania)

### **Muñoz Conde, Francisco (España)**

Catedrático, Universidad Pablo de Olavide (España)

### **Stahn, Carsten (Alemania)**

Catedrático y director del Centro Grotius sobre Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad de Leiden (Holanda)

### **Vervaele, John (Holanda)**

Catedrático, Universidad de Utrecht (Holanda)  
Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

## COMITÉ HONORARIO

### **Blattmann, René (Bolivia)**

Magistrado (2003-2012) y vicepresidente (2006-2009) de la Corte Penal Internacional

### **Odio Benito, Elizabeth (Costa Rica)**

Magistrada (2015-2016) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Magistrada (2003-2012) y vicepresidenta (2003-2006) de la Corte Penal Internacional  
Magistrada (1993-1998) y vicepresidenta (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

### **Steiner, Sylvia H. (Brasil)**

Magistrada (2003-2015) y presidenta de la División de Cuestiones Preliminares (2008-2011) de la Corte Penal Internacional

### **Universidad del Rosario**

Rector

José Manuel Restrepo

Vicerrectora

Stephanie Lavaux

Síndico

Miguel Francisco Diago Arbélaez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

Juan Carlos Forero Ramírez

Preparación editorial

Claudia Luque Molano  
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Mónica Quintana Rey

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Carrera 6 N° 15-18 edificio Jockey Club

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

### **Tirant lo Blanch**

Director

Salvador Vives López

### **Instituto Ibero-Americano de La Haya (IIH)**

Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya  
Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Piet Willems

## Contenido

Doi del número: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/vol5>

<b>Editorial</b> .....	<b>6</b>
------------------------	----------

Héctor Olasolo Alonso

### SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

<b>La autoría mediata en el asesinato del obispo Enrique Angelelli de La Rioja, perpetrado por el terrorismo de Estado en Argentina</b> .....	<b>12</b>
---	-----------

Carlos Julio Lascano

### SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

seleccionados en la V edición del Certamen Blattmann,

Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

<b>La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad?</b> .....	<b>32</b>
--	-----------

Joana Loyo Cabezudo

<b>Natureza bifronte da recuperação de ativos pelo Tribunal Penal Internacional: dissuasão da prática delitiva e reparação em favor das vítimas</b> .....	<b>62</b>
---	-----------

Flavio Pimenta De Souza - Diogo De Oliveira Machado

<b>El derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales</b> ...	<b>94</b>
--	-----------

Ana Morell Sanz

### SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

desde otras áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

<b>El amor en un mundo de opresión: Aportes de la Teología de la Liberación a la reflexión sobre las relaciones entre justicia y misericordia</b> .....	<b>122</b>
---	------------

María José Caram

<b>Sumak Kawsay: Una cosmovisión desde el sur con sentido de justicia bio-social</b> .....	<b>138</b>
--	------------

Pascual G. García Macías

**SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA**

Realizada con el acompañamiento  
de la profesora Andrea Mateus Rugeles

**Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre  
Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI,  
ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016. .... 157**

María Camila Ospina - Jannluck Canosa Cantor

## Editorial

Me complace darles la bienvenida al volumen 5 (2017) del ANIDIP, que continúa con el proyecto iniciado en 2013 para la promoción de la investigación, desde los distintos aspectos de las humanidades y las ciencias sociales, sobre las áreas de paz y conflicto armado, graves violaciones de Derechos Humanos y crímenes internacionales, justicia internacional (en particular, penal) y justicia transicional, en lengua española y portuguesa. El lector observará que este quinto volumen presenta varios cambios con respecto a los cuatro volúmenes anteriores. En primer lugar, se han reconstituido el Comité Editorial y el Comité Científico para cumplir con los requisitos de indexación internacionales que requieren que la mayoría de sus miembros tengan un índice de impacto H2. De esta manera, se han incorporado a dichos comités los profesores Paulo Abrão (Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Brasil), Marcos Alexandre Coelho Zilli (Universidad de São Paulo, Brasil), Wil Pansters (Universidades de Utrecht y Groningen, Holanda), Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca, España) y Myrna Villegas (Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile). Así mismo, se ha renovado el grupo de evaluadores anónimos para incluir evaluadores con especialidad en áreas tan diversas como la antropología, la ciencia y tecnología, las ciencias políticas, la economía, la filosofía, la psicología, las relaciones internacionales y la teología.

También ha habido cambios importantes en la estructura del ANIDIP, entre los que destaca la introducción de una nueva sección de artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales sobre la justicia internacional (penal), que nace con un trabajo escrito desde la teología y otro desde la economía. Con ello se quiere favorecer la publicación de artículos de investigación que presenten nuevos enfoques sobre el objeto de estudio del Anuario por provenir de otras áreas del derecho, así como de otras ciencias humanas y sociales, para cuya evaluación hemos renovado este año nuestro listado de evaluadores.

La introducción de esta nueva sección nos ha llevado a concentrar el contenido del Anuario en el análisis académico inédito. Por ello, se ha puesto fin a la sección de Reporte de doctrina y se ha limitado de manera notable la sección de



Reporte de jurisprudencia. Se mantiene, sin embargo, la sección sobre Ensayos de investigación seleccionados por el jurado internacional del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal, porque uno de los objetivos centrales del ANIDIP, con una evidente dimensión social, es permitir la publicación de trabajos de alta calidad escritos por los jóvenes investigadores que participan en dicho certamen.

En consecuencia, a partir del número 5, el ANIDIP presenta, junto al reporte de jurisprudencia sobre una decisión de particular trascendencia, tres secciones principales: (i) artículos de investigación escritos desde el Derecho Internacional Penal (DIP); (ii) ensayos de investigación seleccionados por el jurado internacional del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner; y (iii) artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales. Todos los trabajos recogidos en cada una de estas tres secciones son sometidos al correspondiente proceso de evaluación anónima por dos evaluadores seleccionados entre los incluidos en el nuevo listado arriba referido.

Explicados los cambios de composición orgánica y estructura, pasemos ahora a analizar el contenido sustantivo del número 5 del ANIDIP. En la sección de artículos de investigación escritos desde el DIP se recoge el trabajo del Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba (Argentina) y magistrado de la Audiencia Oral de La Rioja (Argentina), Carlos Julio Lascano. En su trabajo, el profesor Lascano analiza la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el caso relativo a los asesinatos del obispo Angelelli y del sacerdote Pinto, cometidos en La Rioja en 1976, como parte del plan sistemático de aniquilación de opositores al régimen de las Juntas Militares Argentinas que caracterizó al terrorismo de Estado sufrido en este país durante los años 1976 a 1983.

La sección de ensayos de investigación constituye también en esta ocasión la más extensa del número 5 del ANIDIP, lo que nos congratula, pues no es sino el reflejo de que los trabajos presentados al Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner continúan alcanzando altos estándares de calidad. El primero de los tres ensayos recogidos en esta sección es el de la investigadora y candidata al doctorado por la Universidad del País Vasco, Joana Loyo Cabezado. Su excelente ensayo sobre un tema de tanta actualidad como el sistema de penas recogido en el último modelo de justicia transicional aprobado en Colombia a raíz del acuerdo firmado por el Gobierno de Colombia y las FARC-EP el 12 de noviembre de 2016, fue declarado vencedor por el jurado internacional de la V Edición del Certamen. En el mismo, la autora trata de responder a la pregunta formulada en el propio título del trabajo: ¿Es la justicia transicional en Colombia un instrumento creado para erradicar la impunidad?

En segundo lugar, se recoge el ensayo de los investigadores brasileños Flavio Pimenta de Souza y Diogo de Oliveira Machado, sobre un tema que presenta particular interés a la hora de obtener los recursos necesarios para ejecutar los programas de reparación a las víctimas de los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción: la recuperación de activos. El trabajo aborda los desafíos que enfrenta la CPI para establecer lo que los autores denominan “soluciones creativas”, dirigidas a obtener mejores resultados desde el mismo momento en que las Salas de Cuestiones Preliminares dictan órdenes de arresto y comparecencia.

Esta segunda sección finaliza con el ensayo de la investigadora de la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile, Ana Morell Sanz, sobre el derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales, que tiene como premisa esencial la consolidada creencia de la autora de que una parte muy importante de los males que actualmente afligen a la humanidad se encuentra en el fenómeno de la discriminación. En consecuencia, la autora desarrolla una interesante fundamentación del conjunto de Derechos Humanos sobre la base del derecho a no ser discriminado.

El número 5 del ANIDIP inicia su nueva sección sobre artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales, con dos artículos relativos a campos del conocimiento tan aparentemente alejados como la teología y la economía, y entre las que sin embargo, existen numerosos elementos en común, como lo muestran la condición de profesor de ética de Adam Smith en Edimburgo (Escocia) y de asistente de la cátedra de teología de Karl Max en Colonia (Alemania).

María José Caram, profesora de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina), indaga en su ensayo “El amor en un mundo de opresión” sobre las relaciones entre la justicia y la misericordia. Su trabajo parte del enorme sufrimiento injusto de los pueblos y las personas de América Latina, para luego analizar la manera en que teología latino-americana considera a la misericordia como un principio de acción concreta y urgente, que es capaz de instaurar la justicia y convertir, con ello, “la inhumanidad en humanidad”.

Por su parte, Pascual García, profesor de la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador), inicia su trabajo constatando que nos encontramos ante una situación crítica global, manifestada por fenómenos tales como el cambio climático, el agotamiento de los bienes naturales, la degradación ambiental o la persistencia de la pobreza y la desigualdad social, para abordar a continuación la cuestión relativa a la relación entre capital y naturaleza. En su análisis, se apoya en ciertas posiciones postmodernistas y de movimientos sociales indigenistas, para finalmente proponer el Sumak Kawsay (traducido por “buen vivir”) como modelo de desarrollo del ser humano medio ante la actual situación de crisis global.

El número 5 del ANIDIP finaliza con el comentario de jurisprudencia que María Camila Ospina y Jannluck Canosa Cantor realizan sobre los aspectos centrales de la sentencia condenatoria dictada el 21 de marzo de 2016 por la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en el caso contra el exvicepresidente de la República Democrática del Congo (y presidente del Movimiento para la Liberación del Congo), Jean Pierre Bemba Gombo. Los autores dan particular atención a la interpretación realizada por la Sala de los distintos elementos de la responsabilidad del superior en relación con delitos que tradicionalmente se han considerado en el ámbito interno como delitos de propia mano, como es el caso de la violación.

Para concluir, quiero agradecer a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la Editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Asimismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este quinto volumen del ANIDIP, en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles (editora del ANIDIP), a Carlos Gabriel Jácome Romero, Emely Mar Pardo Costa y Daniela Pedraza Moreno (monitores del ANIDIP en la Universidad del Rosario) y a María Camila Giraldo y Laura Marcela Mahecha Álvarez (pasantes del Instituto Ibero-Americano de La Haya).

Llegados a este punto, me permito invitar al lector para que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen del ANIDIP.

En Bogotá, a 28 de enero de 2017,

Héctor Olasolo Alonso  
*Director ANIDIP.*



# SECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

**La autoría mediata en el asesinato del obispo Enrique Angelelli de La Rioja, perpetrado por el terrorismo de Estado en Argentina**

*Carlos Julio Lascano*

# La autoría mediata en el asesinato del obispo Enrique Angelelli de La Rioja, perpetrado por el terrorismo de Estado en Argentina\*

The Notion of Indirect Perpetration in the Case concerning the Murder of La Rioja Bishop Enrique Angelelli by State Terrorism in Argentina

A autoria mediata no assassinato do bispo Enrique Angelelli da Rioja, perpetrado pelo terrorismo de estado na Argentina

Carlos Julio Lascano\*\*

Fecha de recepción: 19 de julio de 2016

Fecha de aprobación: 5 de enero de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5661>

Para citar este artículo: Lascano, C.J. (2017). La autoría mediata en el asesinato del obispo Enrique Angelelli De La Rioja, perpetrado por el terrorismo de Estado en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal-ANIDIP*, 5, 12-30, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5661>

## Resumen

El presente artículo analiza la aplicación de la teoría de Roxin sobre la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en el caso del asesinato del obispo de La Rioja (Argentina), Enrique Angelelli, cometido en 1976 por el terrorismo de Estado en Argentina en el contexto del plan sistemático de aniquilación de opositores al régimen militar. La singularidad de este caso radica en la simulación de un accidente automovilístico para ocultar el delito.

**Palabras clave:** Terrorismo de Estado, sistematicidad, autoría mediata, aparatos organizados de poder, régimen militar.

\* Este trabajo constituye la reformulación de la disertación pronunciada en La Haya (Holanda) el viernes 12 de junio de 2015 en el "Segundo Seminario de Pensamiento Iberoamericano sobre Justicia Internacional", organizado por el Instituto Iberoamericano de La Haya para la paz, los derechos humanos y la justicia internacional.

\*\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Director del Instituto de Ciencias Penales de dicha corporación académica.

## Abstract

This article analyzes the application of Roxin's theory on indirect perpetration through organized structures of power to the case of the murder of Bishop of La Rioja (Argentine), Enrique Angelelli. This crime took place in 1976 as part of a practice of state terrorism in the context of a systematic plan of annihilation of opponents to the military regime. The uniqueness of the case lies on the use of a simulation of a car accident to conceal the crime.

**Keywords:** State terrorism, systematic, indirect perpetration, organized structures of power, military regime.

## Resumo

O presente artigo analisa a aplicação da teoria de Roxin sobre a autoria mediata através de aparatos organizados de poder, no caso do assassinato do Bispo da Rioja (Argentina), Enrique Angelelli, cometido em 1976 pelo terrorismo de Estado na Argentina no contexto do plano sistemático de aniquilação de opositores ao regime militar. A singularidade deste caso radica na simulação de um acidente automobilístico para ocultar o delito.

Palavras-chave: Terrorismo de Estado, sistematicidade, autoria mediata, aparatos organizados de poder, regime militar.

## Introducción

La República Argentina transitó por una oscura noche en la cual imperó el terrorismo de Estado que perpetró numerosos delitos de lesa humanidad. Estos lamentables sucesos comenzaron a partir del año 1974, durante la presencia de un gobierno elegido democráticamente, y se recrudecieron desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, bajo el autoritarismo de la dictadura cívico-militar que enlutó la conciencia de todos los argentinos.

El juzgamiento de tales crímenes puso en evidencia la dificultad de diferenciar entre autores y partícipes en sentido restringido (cómplices e instigadores), porque aquellos hechos fueron ejecutados materialmente por personas ubicadas en los peldaños inferiores de una estructura organizada de poder, en la que en la cúspide se encontraban quienes habían diseñado un plan sistemático o habían generalizado comportamientos delictivos en contra de la población civil, con el declamado propósito de aniquilar el accionar subversivo.

En tales casos resulta decisivo resolver el interrogante de cómo responsabilizar penalmente a los integrantes de esa maquinaria estatal de poder que no intervinieron directamente en la ejecución material de los concretos delitos, pero que sí los

planificaron y ejercieron la dirección o el control de su puesta en práctica a través de sus subordinados.

El 4 de agosto de 1976, en un solitario paraje rural de la Provincia de La Rioja murió asesinado el obispo de esa ciudad, monseñor Enrique Angelelli, quien se encontraba con el sacerdote Arturo Aído Pinto, que se salvó. Este atentado criminal fue fríamente planificado para darle la apariencia de un accidente automovilístico. El 12 de septiembre de 2014, el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Rioja expuso los fundamentos del veredicto dictado el 4 de julio del mismo año, luego de un juicio oral y público en que los acusados fueron juzgados con todas las garantías del Estado de Derecho consagradas por la Constitución argentina y los pactos internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados.

La lectura de ese fallo, confirmado por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal con fecha 4 de diciembre de 2015, resulta interesante a los efectos de observar cómo se pudo dictar aquella sentencia poco más de treinta y ocho años después del hecho criminal, culminando así un largo proceso que tuvo marchas y contramarchas, no sólo durante el gobierno dictatorial, sino también a lo largo de varios mandatos constitucionales que se sucedieron tras la restauración democrática de 1983.

En el pronunciamiento del Tribunal Oral de La Rioja se contextualizó históricamente el fenómeno del terrorismo de Estado materializado entre marzo de 1976 y diciembre de 1983, período en el que las Fuerzas Armadas –entronizadas por sectores que veían con recelo cómo amplias porciones de la población intentaban disputar espacios de discusión política, económica y social– ejercieron un poder absoluto “de facto” sobre las instituciones del país, anulando con ello la vigencia del Estado de Derecho y, por ende, consumando el avasallamiento de las garantías individuales protegidas por la Constitución.

Para llevar adelante ese plan sistemático de represión, los conductores de las Fuerzas Armadas pergeñaron un curso de acción secreto, basado en mantener, de forma paralela, dos ordenamientos jurídicos distintos; por un lado, el ordenamiento normal, destinado a luchar contra la criminalidad común, y por el otro, un ordenamiento que puede ser designado como “anormal”, que ejecutaba sus acciones clandestinamente y con la protección del poder “de facto” y que tenía como único propósito aniquilar aquellos sectores que se consideraban enquistados y ocultos dentro de la sociedad civil, pues, según el régimen, eran peligrosos enemigos internos que subvertían el orden económico y político institucional.

En el documento denominado “Planes del Ejército contribuyentes al Plan de Seguridad Nacional”, se describe la cuidadosa planificación del golpe de Estado, que fue cumplida a cabalidad a partir del 24 de marzo de 1976.



En particular, dicho documento incluye varios anexos: el Anexo II, en su punto A, realiza una caracterización del “oponente” y una prolija enumeración de los considerados enemigos, como las organizaciones político-militares, colaterales, gremiales, estudiantiles y religiosas. Aquí se menciona:

E) ORGANIZACIONES RELIGIOSAS... El Movimiento de Sacerdotes para el “Tercer Mundo” es en la práctica la única organización de accionar trascendente al ámbito de ciertos sectores de nuestra población. De definida prédica socializante sirve a la postre a la lucha de clases que pregona el marxismo. (p. 409 [en línea])

Por ello, los sacerdotes clasificados como del Movimiento Tercermundista fueron considerados enemigos del régimen y *ab initio* incluidos como “blancos” desde la planificación misma del golpe militar del 24 de marzo de 1976.

En la Provincia de La Rioja ese plan contemplaba la persecución a integrantes de la Iglesia Católica conducida por el obispo Enrique Angelelli, afines al denominado “Movimiento de Sacerdotes del Tercer Mundo”; por esta razón, sus miembros sufrieron la represión del Estado a través de secuestros, torturas y ejecuciones.

Como punto culminante de esta metodología criminal, el 18 de julio de 1976 se produce el secuestro y posterior asesinato de los sacerdotes Carlos de Dios Murias y Gabriel Longueville en un paraje próximo a la ciudad de Chamental, Provincia de La Rioja, en una maniobra claramente premeditada y ajustando todos los detalles de un plan prolijamente concebido. La sentencia dictada en el año 2012 por el mismo Tribunal Oral Federal de La Rioja –confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal– había condenado como autores mediatos de dichos crímenes a los imputados Luciano Benjamín Menéndez y Luis Fernando Estrella. Días después fue asesinado en Sañogasta el laico Wenceslao Pedertera, cuya investigación judicial se encuentra todavía en marcha.

El hecho juzgado por el Tribunal Oral de La Rioja se refiere a la muerte, meticulosamente provocada, de un obispo (Monseñor Enrique Angelelli), a quien se le reprochaban vínculos con la denominada “subversión” por haber hecho de su profesión de fe una praxis a favor de los pobres, particularmente de los llanos de la Provincia de La Rioja, denunciando a través de sus homilías radiales, desde su llegada a la provincia en 1968, las profundas injusticias que se hacía padecer a estas gentes: falta de trabajo, de cobertura de salud, educación y hasta del insumo básico para la subsistencia: el agua.

La sentencia, luego de valorar las pruebas incorporadas al debate, afirmó que el supuesto “accidente” ocurrido el 4 de agosto de 1976, en el que perdió la vida

Monseñor Angelelli y resultó gravemente lesionado el sacerdote Pinto, fue provocado por la intervención intencional y voluntaria del conductor de un automóvil marca Peugeot de color claro (blanco o gris) no identificado hasta la fecha que, habiéndose interpuesto en la línea de marcha de la camioneta Fiat Multicarga que conducía Angelelli, generó la maniobra brusca y el vuelco del vehículo, terminando de modo instantáneo con la vida de Monseñor Angelelli. También dio por probado que dicho suceso tuvo entidad suficiente para causar la muerte de su acompañante Arturo Pinto, la que no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o autores materiales.

La principal novedad de este interesante pronunciamiento judicial radica en que dio por acreditada la metodología utilizada para consumar el homicidio de Monseñor Angelelli y del sacerdote Pinto –en éste último caso no lográndose tal cometido–, la cual se apartó de la mayoría de conductas típicas perpetradas por la dictadura cívico-militar (1976-1983), puesto que, en esta oportunidad, se simuló un accidente automovilístico. Sin embargo, ello no le impidió al tribunal aplicar a quienes cumplían funciones de mando y control dentro de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas argentinas, que monopolizaban el poder político, la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización que había diseñado el profesor Claus Roxin.

## 1. Móvil del crimen

Respecto del móvil del crimen, el tribunal destacó dos elementos de importancia: la relevancia que tenía para el poder militar la pastoral de la Iglesia riojana, que desarrollaba el obispo Enrique Angelelli, y la relación del momento en que suceden los hechos con la documentación que celosamente guardaba Angelelli, producto de la investigación que días previos había llevado a cabo sobre el asesinato en Chamental de los curas Murias y Longueville, y en Sañogasta de Wenceslao Pedernera.

Con relación al primer elemento, el cúmulo probatorio permitió tener por acreditadas con solidez las amenazas y persecuciones previas a las que fueron sometidos Angelelli y los integrantes de la Diócesis riojana con motivo de la acción pastoral desarrollada en general y, en particular, por la investigación llevada a cabo por el Obispo sobre el crimen de los sacerdotes de Chamental. En este contexto resultó particularmente significativa la reconstrucción efectuada por la sentencia sobre los últimos días de Monseñor Angelelli, quien hizo saber a sus más allegados que su suerte estaba sellada.

El fallo enfatizó en la progresividad de las medidas de amedrentamiento que fueron acrecentándose desde el año 1975 y agravándose con el correr del año 1976

hasta el 4 de agosto de ese año, donde también los testigos afirmaron que una vez muerto Angelelli cesaron estas medidas de control, no sin antes ocurrir ciertos episodios claramente intimidatorios, como lo acontecido en el mismo sepelio, donde fuerzas de seguridad pretendieron limitar la participación de la gente o, particularmente, las consecuencias personales y laborales que debió padecer el laico Salomón José Jatuff por el hecho de haber hablado en las exequias del obispo, pues fue despedido de su trabajo como empleado público y su casa fue allanada por fuerzas conjuntas del Ejército y la Policía, según relató su esposa al tribunal en la audiencia, ya que Jatuf había fallecido para ese momento.

En esta cronología convergente de sucesos, el tribunal valoró los discursos del entonces jefe del Regimiento de La Rioja, el coronel Pérez Battaglia, y del vicecomodoro Estrella, en ocasión de un aniversario de la Independencia Nacional. El primero expresó que la ciudadanía toda debe combatir al que caracterizado de representante de Dios, ora por la integridad o el descanso de los traidores a la patria. Está muy claro que sus palabras estaban dirigidas al obispo y cuyos términos son claramente amenazantes, en tanto Estrella expuso que debemos adherirnos al occidentalismo cristiano, pero siempre que ese occidentalismo sea verdaderamente cristiano como Cristo quiere al mundo y no como el hombre zorro disfrazado de oveja quiere que sea Cristo; términos estos que fueron vertidos sin que mediara algún hecho que pudiera haber motivado semejantes manifestaciones. Evidentemente, había un coro de voces de las jerarquías militares que buscaban crear el clima propicio que permitiera llevar a cabo el plan ya elaborado de eliminación de monseñor Angelelli.

En el análisis del expediente donde se investigó el asesinato de los curas Longueville y Murias, los jueces describieron la doble faceta del discurso oficial, pues en dicho juicio el fallo expresó que los autores del crimen buscaban perturbar los objetivos de la dictadura cívico-militar, aludiendo a “agentes subversivos”, mientras que en el proceso por el asesinato de monseñor Angelelli y la tentativa de asesinato del cura Pinto, se expresó que los jefes de la dictadura pretendieron hacer creer que se trató de un accidente. Ello fue sintetizado con esta frase: “(...) una engañosa cara formal, legal y piadosa contrapuesta a una segunda cara oculta, oscura, ilegal y despiadada”.

Los integrantes del tribunal efectuaron una valoración especial del testimonio brindado por el sacerdote Óscar Duarte, quien remarcó como inusitado que, en la presentación de un embajador, un Papa hiciera referencia a las muertes no aclaradas, como fue el caso de S.S. Paulo VI, dirigiéndose al nuevo embajador argentino de entonces, a la vez que mencionó la nota que el Osservatore Romano –diario oficial

del Vaticano– hiciera en la columna de lutos donde señaló: “su fallecimiento tuvo lugar el 5 de agosto en un misterioso accidente automovilístico cuando regresaba de la localidad de Chamental (...)”.

La sentencia destacó que todas estas expresiones tomaban un mayor realce con la nota remitida por el Obispado de Buenos Aires adjuntando una homilía del entonces Cardenal Jorge Bergoglio en ocasión del 30° Aniversario de la muerte de monseñor Angelelli, en la que el hoy Papa Francisco expresó:

Este es el diálogo entre el pastor y su pueblo que yo conocí en La Rioja, un diálogo cada vez más perseguido, una Iglesia que fue perseguida, una Iglesia que se fue haciendo sangre, que se llamó Wenceslao, Gabriel, Carlos, testigos de la fe que predicaban y que dieron su sangre para la Iglesia, para el pueblo de Dios por la predicación del Evangelio y finalmente se hace sangre en su pastor. Fue testigo de la fe derramando su sangre (Sentencia Tribunal Oral de La Rioja, Caso Obispo Angelelli, p. 354).

Un valioso aporte fue realizado, casi al finalizar el juicio, a través del obispo de La Rioja Marcelo Daniel Colombo, remitido por el Papa Francisco al enterarse que se había encontrado documentación “traspapelada” en el Vaticano y que tenía relación con la causa que se estaba investigando. Esta confirma, con las propias palabras de monseñor Enrique Angelelli, lo relatado por muchos testigos en la audiencia en forma coincidente y pone en evidencia la angustiante situación vivida en la Diócesis los días previos al homicidio. Del contenido de la carta enviada el 5 de julio de 1976 por Angelelli al Nuncio Apostólico Pío Laghi, se destaca un párrafo: «Me aconsejan que se lo diga: “nuevamente he sido amenazado de muerte. Al Señor y a María me encomiendo. Sólo lo digo para que lo sepa”» (Sentencia Tribunal Oral de La Rioja, Caso Obispo Angelelli, p. 382).

Respecto de la oportunidad en que ocurrió el asesinato del obispo, el Tribunal Oral relacionó el momento en que sucedió el hecho con la documentación que celosamente guardaba Angelelli, producto de la investigación que días previos había llevado a cabo sobre el asesinato de los curas de Chamental y del laico de Sañogasta. La testigo Delia Úrsula Braida señaló que por los comentarios del propio monseñor, éste llevaba a la ciudad de La Rioja documentación y datos recopilados en relación con la muerte de los dos sacerdotes asesinados y también documentos relacionados a éstos. Recuerda que Angelelli colocó debajo del asiento del conductor “contra el piso” la documentación que era la más delicada, prescindiendo del maletín y demás equipaje que llevaba también, pero con elementos comunes. Rosario Funes también señaló que antes de salir, monseñor Angelelli había guardado debajo

de la alfombra del auto un cuaderno con apuntes personales. Por su parte, Luisa Sosa Soriano destacó que el obispo entrevistó a algunas personas para investigar la muerte de los sacerdotes de Chamental y que a ella le tocó tomar nota de alguna de las cosas. Cuando Angelelli se fue con destino a La Rioja llevaba todas las notas en un portafolio que, según clara prueba indiciaria, después apareció en el escritorio del General Albano Harguindeguy, por entonces Ministro del Interior del gobierno de Jorge Rafael Videla.

Los jueces tuvieron presente la crónica remitida a la Nunciatura Apostólica Argentina (con sello de recepción del 30.7.1976) firmada por monseñor Angelelli el día 27 de julio de 1976, y enviada en los tramos finales del juicio al Obispado de la Provincia de la Rioja por el Papa Francisco desde la Santa Sede, en la cual realiza la crónica de los hechos relacionados con el asesinato de los sacerdotes Gabriel Longueville y Carlos Murias. En la Nota 4, el obispo Angelelli expone: “(...) poseo muchos otros datos, algunos muy delicados y comprometedores, que por prudencia no debo escribir”. En la Nota 5 informa el asesinato del laico Wenceslao Pedernera: “noto que aquellos datos muy delicados y comprometedores que poseo de Chamental, tendrían relación con este suceso de Sañogasta”.

El tribunal encontró coincidentes con tales afirmaciones del Obispo Angelelli las declaraciones de varios testigos, en cuanto a que él viajaba con documentación y que la misma estaba en el vehículo al momento del siniestro. La carpeta y su contenido (en fotocopias) fue presentada por monseñor Bernardo Witte con fecha 28.03.1984, encontrándose el original en el obispado según lo dicho por el testigo. Señaló Witte que dicha documentación presentaba tildes y subrayados al ser entregadas al Obispado, según se lo comentó el Secretario del Obispado Juan Aurelio Ortiz.

La sentencia afirmó que, si bien no ha sido acreditado que la documentación hubiese sido retirada en el momento del siniestro por los ejecutores (al menos en su totalidad), existen fuertes indicios de que la carpeta pasó por el despacho del Ministro del Interior Harguindeguy, según declaraciones testimoniales de Rodolfo Peregrino Fernández, al igual que una copia del sumario, circunstancias que, integradas a las amenazas previas recibidas por el obispo, así como las molestias que representaba la actividad pastoral de Angelelli para el régimen militar y las investigaciones llevadas a cabo, sustentan el interés por la desaparición del obispo y la intención homicida de la maniobra persecutoria que terminó con la vida de Angelelli y del intento de acabar, también, con la de Pinto. El tribunal entendió que la prueba colectada permitía sostener que había más interés en la muerte de Angelelli, por los “datos comprometedores y delicados” que se sabía que poseía y que prefería hablarlos personalmente, que en el contenido de la documentación que portaban el Obispo y el sacerdote Pinto.

## 2. La teoría de la autoría mediata aplicada en el caso

### Angelelli

El tribunal consideró responsable del homicidio doblemente agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y para procurar la impunidad, en perjuicio de monseñor Enrique Angelelli y de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, en grado de tentativa, en perjuicio de Arturo Aído Pinto, a Luciano Benjamín Menéndez, por su intervención en el plan sistemático de exterminio como comandante del Tercer Cuerpo de Ejército, en cuya jurisdicción estaba la Provincia de La Rioja que, en la cadena jerárquica de mandos dependía del acusado Jorge Rafael Videla –por entonces presidente de la Nación y Comandante en Jefe del Ejército– fallecido antes de la audiencia de debate. También se responsabilizó a Luis Fernando Estrella, considerado eslabón intermedio de la cadena de mandos, por su intervención como segundo jefe de CELPA –dependiente de la Fuerza Aérea– con asiento en Chamental, provincia de La Rioja, subordinado jerárquicamente a Menéndez.

Para ello aplicó la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizado de poder, formulada en 1963 por Claus Roxin, que había sido convalidada en 1986 por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en la causa conocida como el “proceso a las Juntas Militares”.

Según lo expresa García Amuchástegui (2015, pp. 62-63), dicha construcción teórica implicó, entre otras cuestiones, poner en el centro de la discusión jurídica del Derecho Penal Internacional el tema central de la responsabilidad por crímenes internacionales de los autores por mando, lo cual trajo aparejado cierta congruencia con la idea primigenia de su autor, en cuanto al traslado de ese concepto común a las precisas categorías de la dogmática jurídica.

Pese a que el propio Roxin expresó que su teoría no había sido elaborada para hechos singulares, sino para hechos que se repiten de manera parecida, el tribunal resaltó un aspecto particular de la modalidad de conducta elegida para terminar con la vida de monseñor Angelelli y con el intento de hacerlo con la del sacerdote Pinto.

En tal sentido, expresó que si bien el plan sistemático de represión y aniquilación de opositores al régimen respondía a determinados parámetros –intentos de fuga frustrados, detenciones ilegales, torturas, permanencias en centros clandestinos de detención, desaparición, fusilamientos, etc.–, el caso bajo examen no se ajustaba a ninguno de aquellos estándares, porque consistió en un accidente vial provocado intencionalmente.

El tribunal brindó su detallada explicación sobre las razones que llevaron a los autores materiales a emplear la metodología del “accidente automovilístico fraudado o simulado”.

En particular, los integrantes del Tribunal Oral valoraron las palabras que, en ejercicio de su defensa material, efectuara el expresidente de facto Jorge Rafael Videla:

“luego de ocurrido el accidente de monseñor Angelelli y acallados los comentarios de todo tipo a que dio lugar en fecha que no puedo precisar, recibí en audiencia, a su pedido, al nuncio apostólico Pío Laghi. La audiencia la concedí en mi carácter de Presidente de la Nación y la misma se realizó sin testigos, como era natural. Terminado de exponer el tema que motivara la audiencia, antes que el señor Nuncio se retirara, le manifesté fuera de la agenda mi preocupación por el accidente que sufrió monseñor Angelelli y, fundamentalmente, por la posibilidad que el mismo pudiera afectar la relación entre el Gobierno y la Iglesia. El Señor Nuncio, sin hesitar me respondió: “presidente, la Iglesia tiene asumido que el fallecimiento de monseñor Angelelli fue producto de un accidente; usted puede dormir tranquilo respecto de este asunto” (Sentencia Tribunal Oral de La Rioja, Caso Obispo Angelleli, p. 386).

Estas manifestaciones pronunciadas por el Nuncio Apostólico Pío Laghi a Videla fueron contrapuestas en la sentencia con las pronunciadas por monseñor Angelelli en la carta que envió el 5 de Julio de 1976 a Pío Laghi, a las que más arriba hice referencia.

El tribunal evaluó la autoría de los acusados en los siguientes términos: Luciano Benjamín Menéndez ocupaba el cargo de jefe del Tercer Cuerpo de Ejército, y desde ese rol desarrolló un estricto y permanente control de las zonas a su cargo, tomó decisiones, impartió órdenes, aseguró las condiciones para el cumplimiento efectivo de dichas órdenes, supervisando los resultados y el impacto de las acciones, tal como fue reseñado en una de las primeras reuniones de la Comunidad Informativa, presidida por Menéndez el 10 de diciembre de 1975, quien personalmente dispuso que debía tener:

Conocimiento previo de los procedimientos antisubversivos a realizarse, ello con el objeto de aportar el apoyo de las fuerzas necesarias, como así también respaldar la intervención policial ante las implicancias y/o derivaciones de orden social y político, gremial, etc., que

cualquier inspección o detención pueda traer aparejada (Sentencia Tribunal Oral de La Rioja, Caso Obispo Angelleli, p. 537).

Lo que revela claramente la posición de poder, control y decisión que ocupaba en el diseño del plan sistemático de represión. Por ello, los hechos traídos a juicio fueron ejecutados como consecuencia directa de las directivas y órdenes que impartiera Luciano Benjamín Menéndez desde su posición de mando, autoridad y poder.

Luis Fernando Estrella ocupaba un rol fundamental de autoridad en la Base Aérea CELPA de Chamental, principal guarnición militar desde donde se gestaban planes, se emitían órdenes, se hacían tareas de inteligencia, asesoramiento, planificación estratégica y supervisión en la ejecución de las órdenes emanadas del comandante del Tercer Cuerpo de Ejército. Estrella detentaba poder y autoridad, como segundo jefe de la Base Aérea, tal como ha sido probado en la causa. Además, entre las variadas funciones que desempeñó, intervino como retransmisor de órdenes y en la supervisión del cumplimiento de las mismas, a través del poder de decisión que le otorgaba el control directo de personal militar y policial a cargo de tareas de inteligencia y de la ejecución de los operativos antisubversivos.

Por ello, en el caso que analizamos fueron declarados autores mediatos tanto Luciano Benjamín Menéndez, situado en la cúspide del aparato organizado de poder, como Luis Fernando Estrella, ubicado en un nivel intermedio de la cadena de mandos.

En relación a la intervención de este último, Roxin (2011) explica con claridad y precisión al responder a Kai Ambos, quien defiende la idea de que una autoría mediata en virtud del dominio de la organización únicamente puede darse en la cúspide de la organización. El maestro de Munich, ya desde sus comienzos<sup>1</sup> considera que es autor mediato todo aquél que en el marco del aparato realiza el tipo mediante sus órdenes. Para Roxin, quien está inserto en un aparato organizado de tal modo que puede impartir órdenes a sus subordinados y ejerce sus atribuciones para la realización de acciones punibles, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que detenta. Es irrelevante, por lo tanto, que actúe por iniciativa propia o a requerimiento de instancias superiores, pues lo único que es determinante para su autoría es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada, sin que deba dejar librada la realización del delito a criterio de otro. El fallo Fujimori sigue esta idea, por ello, todo el que sobre la base de su posición jerárquica pone en funcionamiento la maquinaria del aparato organizado de poder, debe responder como autor mediato.

1 Aquí el maestro alemán hace referencia a la primera edición de su libro "Autoría y dominio del hecho".



El dominio del hecho de los agentes de mediana jerarquía de mando no se fundamenta en sus espacios de juego decisorios, sino en que aquéllos, en virtud de su poder de mando, tienen en sus manos el aparato que les está subordinado –y con éste la realización del tipo–, tanto como el hombre de la cúspide. Nada cambia la circunstancia de que este poder de mando les sea derivado desde arriba. Como Roxin viene afirmando desde siempre, el dominio por parte de la cúspide de la organización es posible, precisamente, porque en el camino que sigue el plan para la realización del delito, cada instancia –nivel por nivel– sigue dirigiendo el segmento de la cadena que parte de ella, aunque, visto desde un escaño superior, siempre se observe al respectivo jefe de nivel como integrante de una cadena que lo supera y se prolonga hacia arriba, terminando en el que da las órdenes en primer lugar. Siempre ha de tenerse en cuenta que la dirección de la organización para la realización del tipo no sólo necesita de hombres intermedios que ejecuten el hecho, sino también de quienes transmiten la orden, la concretan y la cumplen. Así como es correcto el aforismo de Jakobs, en el sentido de que los grandes no lo son sin los pequeños, también es cierto que los grandes no lo son sin los hombres intermedios. Estos influyen sobre la potencia del aparato que realiza el tipo del mismo modo que la cúspide, por lo que, con toda razón, deben ser responsables como autores mediatos. Que hagan propia una voluntad ajena no implica ningún déficit de dominio.

Según afirma García Amuchástegui (2015), el Tribunal Oral de La Rioja comprobó en el caso concreto, que los requisitos exigidos por Roxin para la configuración de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder se encontraban presentes en las conductas desarrolladas por Menéndez y Estrella para perpetrar el asesinato de monseñor Angelelli.

Dicha valoración la efectuó, en primer término, al entender que la base normativa para derivar la autoría mediata se encuentra expresamente reconocida en la fórmula del art. 45 del CP argentino, lo cual luce congruente con lo sustentado por la doctrina clásica, en cuanto a que todos los autores, incluidos los mediatos, se encuentran comprendidos en la primera parte del mentado art. 45: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho (...)”.

Luego de ello, valoró no sólo que Menéndez y Estrella –cada uno en su rol– cumplían funciones de poder y control dentro de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas que ostentaban el poder en aquel momento, sino que, además, dichas funciones no eran meramente superficiales evidenciando, por el contrario, que ambos condenados las ejercían con un férreo control sobre sus subordinados.

La referencia a que las conductas desarrolladas por los condenados se enmarcaron dentro del plan sistemático de aniquilamiento pergeñado por la dictadura

militar, en clara referencia al requisito de desvinculación del Derecho de la organización, persigue evidenciar, por un lado, la existencia del elemento de contexto como requisito ineludible para la tipificación de las conductas particulares como crímenes de lesa humanidad y, por otro, precisamente, que los actos particulares desarrollados por los ejecutores –los cuales no pudieron ser identificados– se encuentran comprendidos dentro de aquel contexto de ataque sistemático contra la población civil.

Esto último guarda especial relevancia, ya que la metodología utilizada para consumar el homicidio de monseñor Angelelli y del sacerdote Pinto –en éste último caso no lográndose tal cometido– se alejó de la mayoría de conductas típicas perpetradas durante la dictadura de Estado, lo cual no impide considerar a las mismas como parte de aquel otro entramado de carácter general.

Merece destacarse la reflexión de García Amuchástegui (2015), quien no comparte la opinión de Marcotullio (2014) en cuanto a que:

(...) tratándose el presente de un hecho singular por su mecánica, era ineludible probar que el ejecutor del homicidio disfrazado de accidente automovilístico pertenecía al aparato organizado de poder, lo que no se pudo hacer en este caso porque nunca se identificó al autor material (...) (p. 8).

Es que, en realidad, la autora de mención soslaya, por un lado, que el Tribunal Oral de La Rioja sí constató que los autores materiales pertenecían al aparato organizado de poder, y por otro lado, una cuestión evidente –incluso reconocida por la jurisprudencia internacional– en cuanto a que en los hechos aquí meritados (v.gr.: crímenes de lesa humanidad) la perpetración de las conductas individuales es realizada, en la mayoría de los casos, por un gran número de personas, lo cual dificulta la identificación de las mismas en el caso concreto, pero no impide considerar la pertenencia de los ejecutores al aparato organizado de poder.

En una conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del Curso de Doctorado Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología, de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), Roxin recuerda que Schroeder ha formulado la objeción en el sentido que especialistas imprescindibles no son intercambiables como ejecutores, pero los hombres de atrás son autores mediatos. No obstante, con ello se abandona el ámbito del dominio de la organización, que se ajusta al automatismo descrito y, por regla general, también a una pluralidad de delitos que se desarrollan según el mismo esquema.

Por nuestra parte, sostenemos que no hay ningún impedimento para aplicar la tesis del dominio de la organización cuando, como en el presente caso, los ejecutores materiales son desconocidos o no han podido ser habidos hasta el presente, tal como reiteradamente lo ha sostenido nuestra jurisprudencia en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos por el terrorismo de Estado.

No obstante, cuando esos ejecutores inmediatos aún no individualizados deben poseer conocimientos técnicos altamente especializados para poder realizar el plan delictivo, no resulta posible considerar como autores mediatos a los sujetos situados en los niveles jerárquicos superiores o intermedios de la estructura organizada de poder, porque no se daría el requisito de la intercambiabilidad de los autores materiales directos. Por ejemplo, si el dueño de una fábrica de galletitas que ha asegurado el establecimiento por un cuantioso monto contra riesgos de incendios y explosiones, se propusiera engañar a la aseguradora simulando una falsa explosión accidental para cobrar el premio, al requerirse conocimientos especializados que no posee el empresario ni los empleados de su establecimiento, aquél debería requerir el aporte de un experto externo en explosivos para llevar adelante la ejecución material del plan delictivo. En tal caso, no dudaríamos en negar que se pueda considerar autor mediato al dueño de la fábrica, quien sería instigador del delito. No sería ésta la situación del caso del asesinato del obispo Angelelli, donde el conductor de un automóvil marca Peugeot de color claro (blanco o gris) no identificado hasta la fecha, se interpuso en la línea de marcha de la camioneta Fiat Multicarga que conducía Angelelli y generó la maniobra brusca y el vuelco del vehículo, que de modo instantáneo causó la muerte de dicho prelado y graves lesiones al sacerdote Pinto.

Por otro lado, es evidente que el Tribunal Oral ha seguido, al menos implícitamente, los criterios propugnados por la jurisprudencia internacional al respecto. En tal sentido, siguiendo a Olasolo Alonso (2013) se puede señalar que, a nivel internacional, la primera vez que se aplicó la teoría aquí analizada fue en la sentencia del 31 de julio de 2003 de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional, para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), en el caso contra Milomir Stakic, ex alcalde de la ciudad de Prijedor situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska (Bosnia y Herzegovina).

Desde entonces, para cierta parte de la doctrina<sup>2</sup> esta figura ha sido aplicada por varios tribunales penales internacionales, incluyendo entre otros: a) Los casos ante

2 OLASOLO ALONSO, ob. cit., p. 213 y ss. Para el autor de mención, si bien –en la gran mayoría de estos casos– la aplicación de la autoría mediata se llevó a cabo conjuntamente con la aplicación de la co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho, no obstante ello, en el caso ante la CPI contra Omar al Bashir el concepto de autoría mediata por estructura organizada de poder ha sido aplicado de forma autónoma

el TPIY contra Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martić, Vlasistimir Dordejić, ante Gotovina, Radovan Karadžić y Rato Mladić; b) El caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) contra Protais Zigiranyirazo, y más recientemente c) los casos ante la CPI contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Muthaura Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Nbagbo.

Sin embargo, para Gil Gil (2013) hasta el momento sólo se encuentran tres decisiones de confirmación de cargos por parte de la CPI en las que se aplica la teoría del dominio por aparatos de poder.<sup>3</sup>

En dichas decisiones, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II (en adelante SCP) sostuvieron que para que se dé la autoría mediata, el líder debe utilizar su control sobre el aparato para ejecutar los delitos, lo que significa que este, como autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Katanga y Ngudjolo, la SCP, refiriéndose de forma casi exclusiva a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas y españolas, estableció los siguientes requisitos para afirmar que existe un dominio sobre los actos de otra persona por medio del dominio sobre la organización jerárquica: a) el acusado y el ejecutor directo deben operar dentro de la estructura jerárquica de un aparato organizado de poder y b) el aparato organizado y jerárquico debe hacer posible que los superiores se aseguren la comisión de los crímenes (Werle, 2011, p. 302), lo que garantiza que la negativa de un subordinado no impedirá los planes del dirigente.<sup>4</sup>

Una cuestión particular en donde también el Tribunal Oral de La Rioja ha seguido la jurisprudencia internacional es aquella referida a considerar, conforme lo postulado por Roxin (2011) en relación con los superiores intermedios de las estructuras organizadas de poder<sup>5</sup> (que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de dar órdenes a sus subordinados inferiores de la organización) como autores mediatos, debido a su dominio sobre la voluntad de los autores materiales.

3 ICC, PTC I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, “Decision on the Confirmation of the Charges”, ICC-01/04-01/07-717, 30.09.2008; ICC, PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC- 01/05-01/08-424, 23.01.2012; ICC, PTC II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/09-02/11, 23.01.2012.

4 Como se advierte, la sala no consideró aplicable el requisito de la desvinculación de la organización del Derecho.

5 En el caso que nos ocupa, a Estrella.

En tal sentido, la posición mantenida por el profesor alemán fue aplicada por la SCP I de la CPI, en la orden de arresto que emitió el 27 de junio de 2011 contra Muamar al-Gaddafi,<sup>6</sup> su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, en la que aplicó el concepto de autoría mediata a través de estructuras de poder para imputar a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011.

La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del Estado de Libia, por debajo de Muamar al-Gaddafi, de quién recibía instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones contra el régimen en Benghazi (Olasolo, 2013, p. 210).

En definitiva, la breve reseña de la jurisprudencia internacional existente al respecto demuestra que la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Rioja aplicó la teoría de Roxin ajustada a las circunstancias fácticas concretas, con arreglo, en su mayoría, a los precedentes internacionales, y en especial en lo concerniente al dominio del hecho que constituye un dato fáctico referido a la dirección del curso causal, el cual fue valorado por el mencionado órgano judicial bajo el parámetro del elemento de contexto mencionado.

## Conclusiones

La autoría mediata por dominio de la organización tiene base legal en nuestro Derecho Positivo, pues halla favorable acogida dentro del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal, el cual, además del concepto de autor que surge de cada uno de los tipos penales y del que se obtiene por aplicación del dominio del hecho (como dominio de la propia acción), comprende los casos de dominio funcional del hecho, en la forma de reparto de tareas (coautoría por reparto funcional de la empresa criminal) y de dominio de la voluntad (autoría mediata).

6 En este caso la SCP I explicitó los elementos que se deben configurar para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito conforme al artículo 25 (3) (a) del Estatuto como un **autor mediato**: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos, y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata.

Distintos doctrinarios ya se han encargado de repeler con sólidos fundamentos la crítica proveniente de representantes nacionales del positivismo jurídico que piensan que con esta forma de autoría mediata se violaría el principio de legalidad pues al no estar prevista en el Código Penal Argentino, su aplicación a un caso concreto implicaría una interpretación extensiva del art. 45 del Código Penal en perjuicio del inculcado. Esta posición encontró sustento en el método semántico-gramatical de interpretación del texto legal.

En base a esta línea de pensamiento, Sancinetti y Ferrante (1999) han dicho que las disposiciones sobre autoría del art. 45 del Código Penal son reglas amplias dominadas por conceptos demasiado vagos: “tomar parte en la ejecución del hecho”. Por lo tanto, la interpretación basada en la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a “los hombres de atrás” la circunstancia de que con sus órdenes están “tomando parte en la ejecución del hecho” (art. 45 Código Penal) tanto en sentido literal como en el jurídico-penal.

Si bien esa posición tiene suficiente peso argumental como para desvirtuar la crítica causalista, consideramos que la autoría mediata está expresamente prevista en el Código Penal dentro de la categoría de los “determinadores”, en el último párrafo del art. 45. De este modo, si con la posición antes reseñada por Sancinetti y Ferrante no se vulnera el principio de legalidad constitucional, menos aún se verifica esta lesión con la interpretación que propugnamos.

En efecto, la fórmula “el que hubiese determinado directamente a otro a cometerlo” permite sostener que, entre las variantes que caben considerar del concepto de determinador, se encuentra aquél que ejerce el dominio del hecho a través de otro cuya voluntad se encuentra “determinada directamente”, es decir, sometida al plan delictivo de aquél, pero conservando el ejecutor el dominio de la acción, pues el art. 45 C.P. de ningún modo exige que ese “otro” sea un sujeto no responsable penalmente.

Por ello, la aplicación de la teoría roxiniana al caso concreto que hemos analizado posibilitó una ajustada valoración de las conductas desarrolladas por los acusados, pues lo característico de la autoría mediata que ostentaron los jefes y mandos intermedios del aparato terrorista de Estado en nuestro país, no era la realización de la conducta típica en sentido objetivo, ni la dirección final del hecho en sentido subjetivo, sino su posición de superioridad en la decisión del hecho de otras personas.

Coincidimos con Malarino (2008), cuando afirma:

Si bien han existido objeciones contra esta teoría, ellas no son contundentes. Tales críticas reproducen, en general, aquellas señaladas en la discusión alemana. La solución de la autoría mediata a través del dominio de un aparato organizado de poder tiene la ventaja de comprender adecuadamente desde un punto de vista valorativo la responsabilidad del hombre de atrás. Como había puesto de manifiesto tempranamente la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso “Eichmann” (sentencia del 12-12-61) en este tipo de casos, al contrario de lo que ocurre normalmente, el grado de responsabilidad aumenta a medida que se aleja del ejecutor directo (parágrafo 197) (p. 78).

Somos conscientes de no haber solucionado el problema con las reflexiones que hemos aportado, pero nos conformamos con haber señalado las cuestiones importantes de un debate que aún sigue abierto.

## Referencias

- Amuchástegui, S. F. G. (2015). La autoría mediata por aparatos organizados de poder de Roxin, un caso paradigmático. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 62-73.
- Gil Gil, A. (2013). Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución. En Maculan, E. (Coord.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales* (pp. 511-587). Madrid: Dykinson.
- Malarino, E. (2013). El caso argentino. En Ambos, K. (Ed.). *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado* (pp. 39-68). Bogotá: Temis.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2006). El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), 11-22.
- Roxin, C. (2011). Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización, publicado. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), 3-18.
- Sancinetti, M. A. & Ferrante, M. (1999). *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Hammurabi.

Silvia, E. M. (2014). Delitos de lesa humanidad. Caso Obispo Enrique Angelelli, nota al fallo. En *Actualidad jurídica-Derecho Penal*, A • 6066204. Tribunal Oral Criminal Federal de La Rioja. Sentencia de 12 de septiembre de 2014 Expte. N° FCB97000411-2012 (Caso relativo a Menéndez, Luciano Benjamín y otros p.ss.aa homicidio agravado p/ el concurso de dos o más personas en concurso real con asociación ilícita).

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.



# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

## **Seleccionados en la V edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal**

La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad?\*

*Joana Loyo Cabezudo*

Natureza bifronte da recuperação de ativos pelo Tribunal Penal Internacional: dissuasão da prática delitativa e reparação em favor das vítimas

*Flavio Pimenta De Souza - Diogo De Oliveira Machado*

El derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales

*Ana Morell Sanz*

\* Ensayo ganador de la IV edición del Certamen de Ensayos Blattman, Odio Benito y Steiner.

# La justicia transicional en Colombia: ¿Un instrumento creado para erradicar la impunidad?\*

Transitional Justice in Colombia: A Mechanism to  
Erradicate Impunity?

A Justiça Transicional na Colômbia: Um Instrumento  
Criado para Erradicar a Impunidade?

Joana Loyo Cabezado\*\*

Fecha de recepción: 28 de junio de 2016

Fecha de aprobación: 15 de noviembre de 2016

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5669>

Para citar este artículo: Loyo Cabezado, J. (2017). La Justicia Transicional En Colombia: ¿Un Instrumento Creado Para Erradicar La Impunidad? *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal-ANIDIP ANIDIP*, 5, 32-61. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5669>

## Resumen

El Acuerdo Final de 12 de noviembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP para poner fin al conflicto plantea, en la parte relativa al Acuerdo sobre Víctimas, complejos debates en torno a su adecuación a los estándares internacionales previstos, especialmente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El presente ensayo aborda la cuestión relativa a si el Acuerdo es un instrumento dirigido o no a erradicar la impunidad. Para ello analiza desde el punto de vista del Derecho internacional qué implica la impunidad, la relación que ésta mantiene con la justicia transicional y la influencia que la Corte Penal Internacional ejerce en estos procesos transicionales.

**Palabras clave:** Justicia transicional, Corte Penal Internacional, impunidad, sanción, Colombia.

\* Artículo realizado durante el período de disfrute de la beca del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor, financiada por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco (PRE-2015, MOD.A).

\*\* Doctoranda en el área de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). La autora quiere mostrar su más sincero agradecimiento a la Doctora María Dolores Bollo Arocena por la supervisión de la investigación. Correo electrónico: joana.loyo@ehu.es

## Abstract

The 12 November 2016 Final Agreement between the Colombian government and the FARC-EP to put an end to the armed conflict in Colombia, raises a number of issues on whether various aspects of the Agreement on Victims meet international legal standards, especially those provided for in the Statute of the International Criminal Court. The present article looks into the issue of whether or not the Final Agreement is an instrument to eradicate impunity. In order to do so, the article analyses what impunity from an international law perspective is, the relationship between impunity and transitional justice and the influence of the International Criminal Court in transitional processes.

**Keywords:** Transitional Justice, International Criminal Court, impunity, sanction, Colombia.

## Resumo

O Acordo Final do 12 de novembro de 2016 entre o Governo da Colômbia e as FARC-EP para pôr fim ao conflito apresenta na parte relativa ao Acordo sobre Vítimas complexos debates em torno à sua adequação aos standards internacionais previstos, especialmente ao Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional que implica a impunidade, a relação que esta mantém com a justiça transicional e a influência que a Corte Penal Internacional exerce nestes processos transicionais.

**Palavras-chave:** Justiça transicional, Corte Penal Internacional, Impunidade, Sanção, Colômbia

## Introducción

El día 24 de agosto de 2016, el Gobierno colombiano y las FARC-EP anunciaron que, tras más de cuatro años de negociaciones,<sup>1</sup> habían suscrito un Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. No obstante, en el plebiscito convocado el 2 de octubre por el presidente Juan Manuel Santos, dicho Acuerdo fue rechazado por un escaso margen del 50,21% de los votos. Conscientes de que el rechazo se debió a ciertos términos del Acuerdo y no a la paz, las partes prosiguieron con las negociaciones, con la finalidad de llegar a un nuevo consenso que recogiera las propuestas de aquéllos que habían votado en contra.<sup>2</sup> En apenas un mes, el 12 de noviembre de 2016, se dio a conocer un nuevo Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una

1 La Mesa de Conversaciones se reunió por primera vez el 18 de octubre de 2012 en Oslo, Noruega.

2 Este esfuerzo del presidente Juan Manuel Santos para poner fin al conflicto le fue reconocido internacionalmente al ganar el Premio Nobel de la Paz el 7 de octubre de 2016.

Paz Estable y Duradera (en adelante, Acuerdo Final, Acuerdo o AF), firmado el 24 de noviembre de 2016,<sup>3</sup> que integraba los “cambios, precisiones y aportes de los más diversos sectores de la sociedad” (Comunicado Conjunto No. 4, [en línea]).

El Acuerdo, cuyo objetivo fundamental es “sentar las bases de una paz estable y duradera” (AF, p. 7), se compone de seis puntos<sup>4</sup> que “constituyen un todo indisoluble” (AF, p. 6). Entre ellos se encuentra el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, que regula la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición cuyo objetivo es contribuir “a la lucha contra la impunidad” (AF, p. 8). Si bien son varios los componentes de este complejo Sistema Integral,<sup>5</sup> en el presente ensayo analizaremos ciertos aspectos de uno de los mecanismos más controvertidos: la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante, JEP) cuya función, como ya se avanzaba el 23 de septiembre de 2015, consistirá en “acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y a juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición” (Comunicado Conjunto No. 60, [en línea]).

Si bien es innegable que la ejecución del Acuerdo “pondrá fin de manera definitiva a un conflicto armado de más de cincuenta años” (AF, p. 4) y que se trata de un progreso que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte o CPI) ha valorado positivamente siempre y cuando “rinda homenaje a la justicia como un pilar fundamental para una paz sostenible” (Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia), al igual que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que lo ha “acogido con beneplácito” (S/RES/2261 (2016)), lo cierto es que subsisten ciertas dudas acerca de las posibilidades del Acuerdo para erradicar la impunidad<sup>6</sup> en Colombia.<sup>7</sup>

3 El Acuerdo se refrendó en el Senado y en el Congreso los días 29 y 30 de noviembre, respectivamente, y a partir de ese momento está previsto que comience su implementación. El presente artículo se terminó de redactar el 30 de noviembre de 2016 y, por lo tanto, no recoge los acontecimientos que se hayan producido con posterioridad.

4 Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral; Participación política: Apertura democrática para construir la paz; Fin del conflicto; Solución al problema de las drogas ilícitas; Mecanismos de implementación, verificación y refrendación; y el Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.

5 El Sistema lo forman la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; las Garantías de No Repetición, y, finalmente, la Jurisdicción Especial para la Paz.

6 Situación de impunidad respecto de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, ComIDH) ha vuelto a denunciar en su último Informe Anual de 2015 (ComIDH, 2016, p.781). Véase también CESIJ, 2015, p.53.

7 Desde que anunciara la creación de la JEP, el Acuerdo ha suscitado las más variadas reacciones en torno a su conformidad o no con los estándares internacionales. Al inicio, los debates fueron especialmente

Por ello, en el presente ensayo nos proponemos analizar si el reciente Acuerdo sobre Víctimas es o no un acuerdo de impunidad y si, en definitiva, respeta los estándares establecidos por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI o el Estatuto de Roma). Ante la imposibilidad de analizar en detalle la totalidad del Acuerdo, tras explicar qué es la impunidad desde la perspectiva del Derecho internacional, la relación que existe con la justicia transicional y la influencia que ejerce en estos contextos transicionales la Corte Penal Internacional, nos referiremos a la JEP y nos centraremos en el sistema de imposición de penas previsto en el Acuerdo. Se trata de un tema de actual interés, que trasciende las particularidades del caso colombiano. Y es que, mediante el análisis de Colombia, “se está definiendo con precisión aquellas medidas proscritas por el Derecho Internacional, que no pueden ser objeto de negociación por actores implicados en delitos de lesa humanidad” (Olasolo Alonso, 2014, p. 56). En definitiva, la posición que la Corte mantenga respecto de la imposición de penas sentará, sin lugar a dudas, un importante precedente (Carta de la fiscal de la CPI al presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, 2013).

## **1. La justicia transicional y la erradicación de la impunidad**

Un análisis de las transiciones llevadas a cabo por los diferentes Estados muestra que, históricamente, ha prevalecido la impunidad<sup>8</sup> (Bonet Pérez y Alija Fernández, 2009, p. 93). Por ello, no es de extrañar que la instauración de la Corte se celebrara como “el acontecimiento más destacado en la larga lucha de la comunidad internacional para hacer avanzar la causa de la justicia” (S/2004/616, p. 19). Si bien el Estatuto de Roma es contundente al afirmar su objetivo primordial de poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes internacionales (Preámbulo ECPI), lo cierto es que no define qué es, exactamente, la impunidad. Esta imprecisión se reproduce, con mayor o menor alcance, en la mayoría de instrumentos

---

controvertidos respecto del régimen de sanciones que preveía (que en el Acuerdo Final se mantiene, prácticamente, inalterado). La Procuraduría General de la Nación declaró que el Acuerdo era un “pacto de impunidad”, que no cumplía los estándares internacionales (Carta de Alejandro Ordoñez Maldonado a la Señora Fatou Bensouda), opinión que compartían tanto Amnistía Internacional (2016) como Human Rights Watch (2015). No obstante, esta última ha flexibilizado un tanto su posición en la última carta remitida al presidente Santos (Human Rights Watch, 2016). En el extremo contrario se encontraban expertos como Ambos (Ambos, 2015 y *Semana*, 2016), Uprimny (2015 y 2016), Bernabeu (*El País.com.co*, 2016) o Moreno Ocampo (*El Tiempo*, 2015) que defendían que Colombia estaría cumpliendo sus compromisos internacionales.

8 Para un análisis sobre las formas de impunidad véase Ambos, 1999, pp. 34-43.

internacionales<sup>9</sup> y no ha sido tratada de manera homogénea por la jurisprudencia internacional.<sup>10</sup> Puede que una de las razones que explican las dificultades de concretar el significado de la impunidad se deba al hecho de que nos hallamos ante “un problema de enormes dimensiones que no admite soluciones fáciles o instantáneas” (Chinchón Álvarez, 2007, p. 433).

A nuestro juicio, la definición más completa de impunidad la proporciona el denominado “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad”, elaborado por la experta independiente Diane Orentlicher (en adelante, Conjunto de principios):

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones (E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 1, [en línea]).

Como se puede apreciar, el procesamiento, enjuiciamiento y condena de los responsables constituye, pese a su centralidad,<sup>11</sup> únicamente uno de los ejes previstos en el Conjunto de principios para erradicar la impunidad.<sup>12</sup> Según la definición proporcionada, también es necesario garantizar recursos eficaces, reparación, verdad y adoptar medidas para evitar la repetición de violaciones a los Derechos

9 Compárese el diferente alcance con el que se define la impunidad en: *Eradicating impunity for Serious Human Rights Violations*, 2011, pp. 6-7; *Declaración y programa de acción de Viena*, 1993, p.53; *African Commission on Human and Peoples' Rights*, 87: *Resolution on Ending Impunity in Africa and on the Deterrence and Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2005; E/CN.4/RES/2005/81.

10 Véase a este respecto el pormenorizado estudio realizado por Chinchón Álvarez (2012). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) entiende por impunidad “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (CorteIDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, párr. 173). Posición de la CorteIDH respecto de la impunidad que algunos autores consideran muy rígida (Dondé Matute, 2010, p. 293).

11 No debemos olvidar que “el enjuiciamiento es uno de los elementos centrales de una estrategia integrada de justicia de transición” (HR/PUB/06/4, p.1).

12 Por ello, en el contexto que nos ocupa, la impunidad “transciende notablemente de la mera ausencia de castigo” (Chinchón Álvarez, 2012, p. 30).

Humanos.<sup>13</sup> Así, cabe concluir que una respuesta eficaz contra la impunidad requiere de la adopción de una estrategia general que contenga medidas complementarias (E/CN.4/2004/88, p. 2). Se trata de adoptar un enfoque global que, incluso, ha recibido el apoyo de la Fiscalía de la Corte (ICC-OPT, 2007, pp. 7-8).

Este conjunto amplio e interrelacionado de medidas coincide con los pilares de lo que se conoce como justicia transicional.<sup>14</sup> Por ello, defendemos que un proceso íntegro e interrelacionado de este modelo de justicia que aglutine los componentes mencionados puede constituir, de entrada, un instrumento eficaz para erradicar la impunidad. Por esta razón, suscribimos completamente las palabras del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (en adelante, Relator Especial), cuando insiste en que:

Persisten ciertas ideas erróneas sobre estos mecanismos. El Relator Especial subraya que no se trata de mecanismos creados para establecer una “forma de justicia blanda”<sup>15</sup> ni como medio para alcanzar el objetivo de la reconciliación eludiendo las cuatro áreas de acción de este mandato (A/HRC/21/46, pp. 6-7).

Con la finalidad de aclarar ciertos conceptos básicos sobre la justicia transicional, nos proponemos analizar, muy brevemente, los ejes básicos sobre los que se sustenta esta modalidad íntegra de justicia.

## 2. Breves notas introductorias sobre la justicia transicional

Los contextos en los que se ha producido un conflicto armado, como el que analizamos en el presente trabajo, hacen parte de las situaciones que pueden “activar” la implementación de un proceso de justicia transicional.<sup>16</sup> Ahora bien, un proceso que considere como sujeto central a las víctimas<sup>17</sup> –mediante la aplicación

13 Por esta razón, es acertado defender que la impunidad niega los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación (Odio Benito, 1998, p. 151). Como puede apreciarse, estos derechos “se superponen con el tipo holístico de justicia de transición (...)” (HR/PUB/08/1, p.9). Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, consúltese A/RES/60/147.

14 Los fundamentos comunes de la justicia transicional y la lucha contra la impunidad han sido puestos de relieve en H/PUB/13/5, p. 5.

15 En el mismo sentido véase Méndez, 2013, p.14.

16 Véase el Informe del Secretario General sobre “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616).

17 La centralidad que deben ostentar las víctimas en la justicia transicional ha sido reivindicada en numerosos pronunciamientos internacionales, entre los que destacamos: A/HRC/RES/18/7, p.3; A/HRC/21/46, p. 17; S/2004/616, p.9; HR/PUB/09/2, p.1. Véase también la posición de la ComIDH sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz (ComIDH, 2006) y en OEA/Ser.L/V/II, p. 141. En la doctrina consúltese Bassiouni (2010, p.16) y Ambos (2009, p. 41).

complementaria<sup>18</sup> de mecanismos judiciales y no judiciales<sup>19</sup> que reconocen los límites intrínsecos de cada una de las medidas por separado ante la comisión de violaciones masivas y sistemáticas a los Derechos Humanos<sup>20</sup>-, tiene como objetivo erradicar la impunidad, garantizando y haciendo efectivos los derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición.<sup>21</sup>

Por las razones expuestas, en este punto, el Acuerdo merece una valoración positiva. Y es que, desde que se acordara la “Declaración de principios para la discusión del Punto 5 de la Agenda: Víctimas”, del 7 de junio de 2014, las partes han reconocido los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición, y así queda reflejado, al menos sobre el papel, en el reciente Acuerdo (AF, p. 127).

Por lo que respecta a la globalidad del proceso de justicia transicional, el propio Acuerdo insiste en que “el Sistema pretende ser integral, para que las medidas logren un máximo de justicia y de rendición de cuentas sobre las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al DIH ocurridas a lo largo del conflicto” (AF, p. 127). Para cumplir este objetivo, el Sistema prevé la combinación de mecanismos judiciales (JEP) y extrajudiciales (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto; las Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y las Garantías de No Repetición) (AF, p. 127).

Si bien es cierto que el Acuerdo recoge los cuatro componentes básicos de todo proceso de justicia transicional, un análisis más detallado de las relaciones entre los dos mecanismos principales (la Comisión y la JEP) muestra que esta integridad, en realidad, contiene importantes lagunas. El aspecto más criticable<sup>22</sup> es que

18 Consúltense los siguientes instrumentos que apoyan la integridad y complementariedad que debe producirse entre los mecanismos transicionales: A/HRC/RES/18/7, pp .2-3; A/HRC/24/46, Punto III.D; HR/PUB/06/4, p. 10; A/HRC/RES/24/15, p. 3; S/2006/616, p. 6. Léase también el voto concurrente del Juez García - Sayán en el Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador (párr. 22). En un sentido similar, pero con el foco de atención centrado en las reparaciones, consúltese: CorteIDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, párr. 470. Por lo que a la doctrina respecta, debemos subrayar el pronunciamiento de Orentlicher en el que defiende que, con el paso del tiempo, se ha hecho más evidente la necesidad de un acercamiento comprensivo a la hora de hacer frente a los abusos sistémicos cometidos en el pasado (2007,p.16).

19 Véase cómo se recogen estos mecanismos, entre otros, en S/2004/616, p. 6 y A/HRC/RES/21/15, p. 3.

20 Estos límites son puestos de manifiesto en A/HRC/21/46, Punto III.D. Asimismo, el Secretario General de la ONU ha reconocido los límites propios de la justicia penal en S/2004/616, pp. 18-19.

21 Consúltese el contenido de estos derechos en E/CN.4/2005/102/Add.1 y A/RES/60/147. Véase también A/HRC/21/46, p. 7.

22 Tampoco queda clara la relación entre la Comisión y los programas de reparación, si bien no parece deducirse que esta vaya a tener la capacidad de recomendar reparaciones (AF, p. 136). Este aspecto es criticable, ya que se trata de una labor que ha sido asumida por la mayoría de comisiones de la verdad (Hayner, 2014, p. 279).



se haya acordado que “la información que reciba o produzca la Comisión no podrá ser trasladada por esta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio; ni las autoridades judiciales podrán requerírsela” (AF, pp. 133-134). A nuestro juicio, deberían de haberse previsto mayores cauces de cooperación y coordinación entre ambos mecanismos;<sup>23</sup> una relación más fluida y estrecha no sólo evitaría previsibles contradicciones, sino que hubiera agilizado el proceso ante la JEP, ya que, como posteriormente explicaremos, esta prevé un procedimiento especial en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad (AF, p. 152).

También debemos advertir que la mera inclusión de los ejes básicos de la justicia transicional mediante un sistema integral no es suficiente, puesto que para que los mismos contribuyan a la erradicación de la impunidad, es preciso que en su implementación respeten el alcance previsto por el Derecho Internacional. Así, es fundamental que la complementariedad del sistema creado no permita la compensación de unas medidas con otras (A/HRC/21/46, pp. 9-10) y, especialmente, que no tenga como propósito principal limitar el alcance de la justicia penal. A este respecto consideramos oportuno recordar que, ante la comisión de crímenes internacionales, el Derecho Internacional Penal impone obligaciones contundentes a los Estados en materia de investigación, enjuiciamiento y sanción que, independientemente de las medidas adoptadas sobre verdad, reparación y no repetición, deben satisfacerse atendiendo a los estándares internacionales vigentes.<sup>24</sup> Es decir, la integridad del proceso transicional no implica que puedan satisfacerse parcialmente las obligaciones internacionales que constituyen la base jurídica de cada uno de los componentes.

Ahora bien, es innegable que los contextos transicionales plantean ciertas dificultades a los Estados a la hora de cumplir con los compromisos asumidos en el ámbito internacional<sup>25</sup> (A/HRC/27/56, p. 5). Asimismo, debemos tener presente que en muchas ocasiones, tal y como sucede en el caso colombiano, el diseño de la justicia transicional se desarrollará en el transcurso de las negociaciones entre las partes para poner fin a un conflicto armado.<sup>26</sup>

Pese a las particulares circunstancias de estos contextos, lo cierto es que las obligaciones internacionales, en especial la obligación de investigar, enjuiciar y

23 Si quiere profundizarse en el estudio de labor que realizan las comisiones de la verdad y la influencia que las mismas han tenido, en muchas ocasiones, en posteriores procesos penales, véase Hayner (2014).

24 Para un mayor análisis sobre la posición del Derecho internacional en la justicia transicional consúltense, entre otros, Chinchón Álvarez (2007), Méndez (2013) y Forcada Barona (2011).

25 Por esta razón, el relevante Informe del Secretario General recomienda reconocer el contexto político en el que se desarrolla el proceso de transición. Véase S/2004/616, p. 6.

26 Estas dificultades adicionales se reconocen en OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/13, p. 122.

sancionar los crímenes internacionales a los que acabamos de hacer referencia, no prevén excepciones que pudieran justificar un régimen especial, alternativo o atenuado de cumplimiento,<sup>27</sup> es decir, “no existe, al menos hasta la fecha, ningún régimen jurídico propio a ellos, como tal, ya establecido y que podamos calificar como ‘derecho transicional’” (Chinchón Álvarez, 2013, p. 33). Por esta razón, y por el “nivel de madurez jurídica, si no total, sí suficiente” (Vacas Fernández, 2013, p. 542) que ha alcanzado el Derecho Internacional Penal, nos hallamos ante una situación en la que no debemos preguntarnos si se deben cumplir las obligaciones internacionales, sino cómo hacerlo (A/68/345, p. 21).

Es más, Colombia, con la firma y posterior ratificación del Estatuto de Roma, ha asumido unos compromisos adicionales en la lucha contra la impunidad, que en las actuales negociaciones de paz tampoco puede obviar. Por ello, nos parece correcto afirmar que la justicia transicional “encuentra importantes limitaciones en su ámbito de aplicación al fenómeno de la lesa humanidad” (Olasolo Alonso, 2014, p. 55) y respecto de los crímenes internacionales, en general, al tener que respetar los objetivos del ECPI (Stewart, 2015, p. 19), Estatuto que, como a continuación analizaremos, se halla en el centro del debate legal concerniente a la justicia transicional (Schabas, 2011, p. 11).

### 3. La CPI y la justicia transicional en Colombia

La Corte lleva examinando preliminarmente la situación de Colombia desde junio de 2004.<sup>28</sup> Esta “complementariedad positiva” (ICC-OPT, 2013, pp. 25-26) ha resultado ser un importante instrumento<sup>29</sup> para que, en las negociaciones de paz, las autoridades colombianas traten de respetar las obligaciones impuestas por el Estatuto de Roma, y así evitar la activación de la competencia de la Corte. Por ello, la compleja cuestión a la que se enfrenta el Estado colombiano es “cómo cumplir los requisitos de justicia previstos en el Estatuto y lograr a la vez paz y estabilidad duraderas” (Stewart, 2015, p. 1) cuando, además, las amnistías respecto de crímenes internacionales y crímenes de guerra se hallan fuera de la mesa de negociación (Roht-Arriaza, 2015, p. 369).

27 Como recuerda la ComIDH, nos hallamos ante “la irrenunciabilidad del deber estatal de investigar las graves violaciones de derechos humanos” (ComIDH, Informe Anual 2014, p. 590).

28 Autores como Pigrau Solé (2013) han defendido que “la cantidad y gravedad de los crímenes cometidos en Colombia en las últimas décadas es de tal magnitud que resulta muy difícil entender que la Fiscalía de la CPI no haya solicitado todavía la apertura de una investigación” (p. 689).

29 A juicio de Olasolo Alonso (2013), este examen preliminar de la Fiscalía ha tenido “un impacto muy significativo sobre las negociaciones de paz entre el Gobierno y las FARC” (p. 734). Impacto que, seguramente, se ha visto influenciado también por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que “se erige como actor fundamental de los procesos de transición en Latinoamérica” (Acosta, 2014, p. 295).

A pesar de que se ha defendido que “el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible y abierto* a procesos de paz” (Ambos, 2006, p. 28), lo cierto es que esta “flexibilidad”<sup>30</sup> tiene un límite claro que mencionábamos al inicio del ensayo: la erradicación de la impunidad. Por ello, todo acuerdo o proceso de paz que no respete este mínimo debería hacer la situación admisible ante la Corte (art. 17 ECPI).

Dado que, a juicio del Fiscal Adjunto de la Corte, el mandato de ésta se relaciona con el primer elemento de la justicia transicional, es decir, con los juicios penales (Stewart, 2015, p. 5), nos referiremos a esta cuestión a continuación.<sup>31</sup> Para ello, analizaremos, en primer lugar, en qué consiste la JEP y, posteriormente, nos referiremos al sistema de imposición de penas previsto en el Acuerdo sobre Víctimas.

### 3.1. La Jurisdicción Especial para la Paz

La JEP<sup>32</sup>, cuya competencia se extiende a todos aquéllos que participaron directa o indirectamente en el conflicto (AF, p. 148), “es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial, respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos” (AF, p.144). Uno de los objetivos que busca la JEP consiste en aplicar una “justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto” (AF, p. 144).

Llegados a este punto debemos matizar que, sin perjuicio de la centralidad que la justicia transicional debe garantizar a las víctimas, un proceso de transición no debe prescindir de la otra parte fundamental: los responsables de las violaciones que, en determinadas ocasiones, tal y como sucede en el caso colombiano, habrán adquirido la gravedad suficiente como para ser considerados crímenes internacionales.<sup>33</sup> Por ello, es necesario analizar cómo se regula el proceso ante la JEP para comprobar si se respetan los estándares internacionales o si, por el contrario, las partes han tratado de atenuar la responsabilidad internacional penal de los individuos.

30 Flexibilidad que ha sido apoyada por el Fiscal Adjunto de la Corte (Stewart, 2015, p. 18).

31 Hay quien va más allá y defiende que la Corte es parte del proyecto de la justicia transicional (Moreno Ocampo, 2007, p. 8). Puede que ésta sea la razón por la que determinados expertos argumentan que el trabajo de la Corte no puede seguir considerándose como un mecanismo separado de justicia aplicable tras los conflictos (Bassiouni, 2010, p. 25).

32 Los objetivos de la JEP son: “satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos” (AF, p.143).

33 Véase, entre otros, el Informe Preliminar de la Corte de 2015, p. 7.

El sistema creado por la JEP bien merece el calificativo de complejo, no sólo por las numerosas salas que creará o los diversos procedimientos que prevé,<sup>34</sup> sino por su interrelación con el resto de componentes de verdad, reparación y no repetición<sup>35</sup> y la participación que en ella otorga a las víctimas.<sup>36</sup>

Respecto de los procedimientos regulados, resulta relevante mencionar que prevé un tratamiento diferenciado en función de si el autor reconoce o no la responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos y de la revelación que realice sobre los mismos. El Acuerdo se refiere a estos extremos como “procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y reconocimiento de responsabilidad” y “procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y de responsabilidad” (AF, p. 152). Independientemente de las particularidades y notables diferencias, ambos tienen un elemento en común: la priorización que permiten respecto de los casos más graves y representativos.<sup>37</sup> Si bien esta política de selección de casos es aplicada por los tribunales penales internacionales creados hasta el momento, también por la CPI, tal y como lo han señalado tanto la ComIDH<sup>38</sup> como la CorteIDH<sup>39</sup>, la aplicación de una estrategia de priorización a nivel interno podría ser incompatible con los estándares internacionales. Es más, sobre este extremo se ha pronunciado la CPI en numerosas ocasiones y ha advertido que dicha priorización podría conllevar la activación de su competencia.<sup>40</sup>

Si bien deberemos esperar al desarrollo e implementación práctica de estas disposiciones, con la información de la que disponemos no consideramos que la estrategia de selección de casos sea el factor *principal* que pueda llegar a activar la competencia de la Corte.<sup>41</sup> A nuestro juicio, el aspecto más controvertido del

34 Consúltese el apartado III del Acuerdo Final (pp.152-175) si se desea realizar un mayor análisis.

35 Consúltese el AF, p.145 que exige como requisito para participar en el régimen especial “aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición”.

36 Léase el AF, p.147 que, entre otros, obliga a que las víctimas sean “oídas en los supuestos de priorización y selección de casos”.

37 Pueden compararse las previsiones de los Puntos 48o) y s); 50c) y g); 51d) del Punto III del Acuerdo Final (pp. 154-159).

38 Véase, entre otros, OEA/Ser.L/V/II. Doc.49/13, p.157 así como el Informe Anual 2015, p. 786.

39 En 2007, la CorteIDH determinó que “si bien existen algunas investigaciones y condenas, subsiste la impunidad en el presente caso, en la medida en que no ha sido determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades por los mismos” (Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, párr. 178).

40 En el Informe intermedio sobre la situación en Colombia del año 2012 la Corte declaró que “la priorización de casos para determinar la admisibilidad ante la CPI no debe conllevar impunidad por otros crímenes” (p. 65). A lo que añadió que “no examinar esa información podría afectar negativamente los esfuerzos de un Estado de llevar a cabo actuaciones auténticas respecto de los máximos responsables de los crímenes más graves” (p. 67).

41 Este extremo no se halla exento de debate, ya que, como ha advertido el Relator Especial, preocupa “que se utilice el principio de complementariedad como “licencia para el minimalismo” que aumenta, en lugar de reducir, la impunidad” (A/HRC/27/56, p. 13).

Acuerdo se halla en el régimen de sanciones especiales que impondrá la JEP y al que a continuación nos referiremos.

### 3.2. Las sanciones *especiales* y los límites impuestos por el Derecho Internacional

El Acuerdo establece que los crímenes que no sean amnistiables, entre los que se encuentran los crímenes internacionales (AF, p. 151), serán investigados y enjuiciados en la JEP (AF, p. 148), mediante un procedimiento complejo que culminará con el establecimiento de una sanción<sup>42</sup> (pp. 148 y 159). Recordando que nuestro análisis se limita a quienes sean considerados los máximos responsables de haber cometido los crímenes internacionales más graves, a continuación analizaremos las sanciones aplicables a quienes “reconozcan verdad exhaustiva, detallada y plena en la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades” (AF, p. 172). El Acuerdo prevé que estas sanciones respecto a determinadas infracciones muy graves tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparatoras y restauradoras<sup>43</sup> de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años.<sup>44</sup> El período máximo de cumplimiento de sanciones propias, por la totalidad de las sanciones impuestas, incluidos los concursos de delitos, será de ocho años.<sup>45</sup>

42 El Acuerdo precisa que la imposición de *cualquier sanción* “no inhabilitará para la participación en política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política” (p. 150). Es decir, incluso en el hipotético supuesto de que un máximo responsable (al no haber reconocido verdad y responsabilidad) sea condenado por haber cometido un crimen internacional a la pena privativa de libertad máxima prevista, no verá menoscabados sus derechos políticos. Ello va en contra de numerosos pronunciamientos internacionales que se oponen a que los responsables de haber cometido crímenes internacionales se mantengan en puestos de autoridad pública (Véanse, entre otros: E/CN.4/RES/2005/81, pp. 4-5; HR/PUB/06/5, pp. 21-22) o que prevén la remoción de los cargos públicos como parte integrante de un proceso de justicia transicional que complemente los límites de la justicia penal (Véanse, entre otros: E/CN.4/2005/102, p.32; HR/PUB/06/5, p. 5).

43 El listado de trabajos, obras y actividades abarca materias tan variadas como, por ejemplo, la participación en programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados, programas de protección medioambiental o ejecución de programas de desarrollo urbano (Consúltase el listado completo en las páginas 173-174). Si bien el contenido concreto de la sanción se precisará en las resoluciones y sentencias que imponga la JEP (p. 166) es pertinente añadir que el Acuerdo permite a los responsables presentar “un proyecto detallado, individual o colectivo, de ejecución de los trabajos, obras o actividades reparatoras y restaurativas” (p. 172) si bien, en última instancia, es el Tribunal quien lo deberá aprobar (p. 172).

44 La valoración de la sanción a imponer deberá tener en cuenta “el grado de verdad otorgado por la persona, la gravedad de la conducta sancionada, el nivel de participación y responsabilidad, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, y los compromisos en materia de reparación a las víctimas y garantías de no repetición” (AF, p. 171).

45 El Acuerdo contempla la posibilidad de que el período de cumplimiento de la sanción no respete los mínimos y máximos previstos al añadir que “podrá definirse que su ejecución se efectúe durante un periodo preestablecido o bien atendiendo a resultados, como por ejemplo, la culminación de la construcción de una infraestructura determinada, sin perjuicio de la duración de la sanción impuesta por el tribunal en su caso” (AF, p. 172). Es más, “el período de permanencia en las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), será considerado en su caso como tiempo de cumplimiento de la sanción, siempre que durante dicha permanencia se hubieran realizado trabajos u obras, o actividades con contenido reparator” (AF, p. 166).

Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución<sup>46</sup> y, además, deberán garantizar la no repetición (AF, p. 164).

Ante sanciones como las previstas, debemos determinar si el Derecho Internacional Penal permite la imposición de penas restaurativas y sumamente atenuadas a los máximos responsables condenados por la comisión de crímenes internacionales por el hecho de haber reconocido verdad, asumir su responsabilidad y comprometerse a reparar a las víctimas y a garantizar la no repetición. Se trata de un debate que hasta ahora se planteaba en términos meramente especulativos<sup>47</sup> y que implica reflexionar acerca de si un “castigo flexible” puede convertirse en la más reciente modalidad de impunidad (Roht-Arriaza, 2015, p. 382).

De entrada, debemos señalar que el Conjunto de principios actualizados en el que nos hemos basado para extraer los ejes de la justicia transicional exige que las penas sean apropiadas (p. 6) y que los autores sean condenados debidamente<sup>48</sup> (Principio 19)<sup>49</sup>. También el Relator Especial ha manifestado que “la imposición de penas poco severas que no sean proporcionales a las pruebas (...) erosiona aún más la fiabilidad del sistema judicial” (A/HRC/27/56, p. 8). Por ello, en procesos de justicia transicional, la proporcionalidad de la pena<sup>50</sup> o la coherencia en las condenas<sup>51</sup> parece ser un requisito ineludible. En consecuencia, puede deducirse que

46 El Acuerdo aclara que “restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal (...) condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes” (AF, p. 164). Asimismo, regula los criterios que deben ser aplicados por los magistrados. Entre los más trascendentales se encuentran: la fijación de los espacios territoriales concretos donde se ubicarán los sancionados *durante los periodos de ejecución y cumplimiento de la sanción*, la fijación de los horarios de cumplimiento de las sanciones, el régimen de desplazamientos *durante el periodo de ejecución de la sanción*, el lugar de residencia de la persona *durante la ejecución de la sanción* o la periodicidad con la que deberá rendir informes al órgano encargado de la verificación de la ejecución de la sanción (p. 165). Si bien parece desprenderse que el régimen de desplazamientos estará sujeto a monitorización (p. 166), el resto de criterios continúan siendo imprecisos y podrían sugerir que las restricciones fijadas por la JEP únicamente se limitarán a los periodos de ejecución efectiva de la sanción. Este extremo ha sido denunciado por Human Rights Watch (2016).

47 Como ya advertió Ambos (2009), “a pesar de la enorme importancia práctica de las exenciones de persecución penal dentro del marco de la justicia de transición, la práctica y el debate corriente padecen la falta de reglas y criterios claros que ayuden a reconciliar la paz y la justicia en situaciones de transición” (p.34). Véanse también las aproximaciones que sobre la reducción, la suspensión y las alternativas a la sanción realizó el Fiscal Adjunto de la Corte (Stewart, 2015, pp. 10-14).

48 En el mismo sentido véase A/HRC/18/23, p. 9.

49 Precisa que “la revelación sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad” (Principio 28). En el mismo sentido: HR/PUB/09/1 especifica que “la plena revelación que haga el autor de lo que sabe acerca de esas violaciones puede justificar una reducción de la pena, siempre que la sentencia siga siendo proporcional a la gravedad del crimen” (p. 34).

50 Véase E/CN.4/RES/2005/81, p. 4.

51 Véase HR/PUB/06/4, pp. 29-30.

para los menores infractores o respecto de crímenes menores sí que podrían preverse medidas con un componente más reparador.<sup>52</sup>

Por lo que al Derecho convencional respecta, es cierto que los tratados internacionales no prevén la sanción que corresponde ante la violación de las conductas que regulan. Ahora bien, precisan que las sanciones han de ser “adecuadas”,<sup>53</sup> “eficaces”,<sup>54</sup> “apropiadas”,<sup>55</sup> e incluso, “severas”,<sup>56</sup> Frente a términos tan imprecisos, la jurisprudencia internacional resulta imprescindible para limitar la discrecionalidad de los Estados en su interpretación. Si nos ceñimos al ámbito interamericano, la Corte IDH ha fallado en numerosas ocasiones<sup>57</sup> que los Estados deben asegurar que “las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado” (Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, párr.150). Así, los pronunciamientos que exigen que la pena sea apropiada, proporcionada y que eviten medidas ilusorias son una constante en su jurisprudencia<sup>58</sup>. En definitiva, a juicio de la CorteIDH son necesarias penas que “verdaderamente contribuyan a prevenir la impunidad” (Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, párr. 203).

Mayor claridad ofrecen los Estatutos de los tribunales penales creados hasta el momento en el ámbito internacional, ya que estos, sin excepción, limitan la sanción a imponer a la pena privativa de libertad,<sup>59</sup> siendo la gravedad del crimen

52 En este sentido, entre otros, S/2011/634, p. 12; HR/PUB/06/4, pp. 9-10; HR/PUB/06/1, pp. 12-13; E/CN.4/2004/88, p. 8.

53 Véanse, por ejemplo, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, del 12 de agosto de 1949 (art.146) y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984 (art.4).

54 Véase el Convenio para la prevención y castigo del delito de genocidio, del 9 de diciembre de 1948 (art.V).

55 En este sentido: Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del 20 de diciembre de 2006 (art. 7.1) y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, del 9 de junio de 1994 (art. III).

56 Este es el caso de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, del 9 de diciembre de 1985 (art.6).

57 No obstante, el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en el caso de Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, parece alejarse de esta jurisprudencia (Voto Concurrente al Caso de Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, párr. 30-31).

58 Véanse, entre otros, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, párr. 153; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, párr. 193 y 196; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, párr. 459.

59 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ETPIY) art. 24; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETIPR) art. 23; Salas Extraordinarias para el Enjuiciamiento según el derecho camboyano de los crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática, art. 38; Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (ETEL) art. 24; Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 24. Especialmente pertinente para el caso que nos ocupa es el del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, ya que en el caso de los menores de 15 años permite la sustitución de la pena privativa de libertad por penas alternativas (ETESL arts. 7 y 15). No obstante, para el resto de supuestos, únicamente prevé la pena privativa de libertad (art. 19).

cometido el elemento que determina la duración de la misma.<sup>60</sup> Por ello, puede deducirse que, ante crímenes internacionales, la proporcionalidad<sup>61</sup> o la obligación de imponer penas “apropiadas”<sup>62</sup> demanda determinado grado de severidad que, hasta ahora, sólo se ha reflejado en las penas de prisión. Por esta razón, no es de extrañar que los códigos penales de los Estados, conscientes de la especial gravedad que supone la comisión de un crimen internacional, sancionen a los responsables con las penas más severas.<sup>63</sup>

### 3.3. Las sanciones *especiales* y la posible activación de la competencia de la CPI

Si nos centramos en el Estatuto de Roma podemos apreciar que el propio Preámbulo afirma que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo”(1998, [en línea]). No obstante, no precisa qué tipo de castigo se hallan obligados a imponer los Estados a la hora de ejercer su jurisdicción sobre crímenes internacionales (art. 80) ni cuáles son los objetivos de la condena (Schabas, 2011, p. 333). A pesar de ello, es relevante señalar que la Corte únicamente se halla legitimada para imponer las penas previstas en el propio Estatuto (art. 23) que se limitan a la reclusión (art. 77) valorando, a la hora de determinar la misma, factores como la gravedad del crimen o las circunstancias personales del condenado (art. 78) u otras atenuantes (Regla 145 de las Reglas de procedimiento y prueba).

Las sentencias dictadas hasta la fecha por la CPI permiten comprobar que la proporcionalidad o la adecuación de la pena es un factor en el que se basa la Corte para graduar la sanción.<sup>64</sup> Por ello, tras recordar que ejerce su jurisdicción “sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional” (art. 1 ECPI), no duda en declarar que las sanciones deben reflejar la gravedad del crimen por el que han sido acusadas (ICC-01/12-01/15, p. 35) y que, en consecuencia,

60 TIPY, art. 24; TIPR, art. 23; Paneles especiales para el enjuiciamiento de delitos graves en Timor-Leste, art. 10; ETESL, art. 19; ETEL, art. 24.

61 El Proyecto de Crímenes Contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 también establecía que las penas debían ser proporcionales a la naturaleza y a la gravedad del crimen cometido (art. 3).

62 Estas directrices continúan siendo plenamente vigentes en la actualidad, ya que tal y como insiste el reciente Texto de los proyectos de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional, este tipo de crímenes han de ser “castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad” (art. 5.6).

63 Resulta relevante añadir que, en 1996, la Sala de Primera Instancia del TIPY determinó que “there is a general principle of law common to all nations whereby the severest penalties apply for crimes against humanity in national legal systems” (IT-96-22-T, párr. 31). Para un análisis comparativo sobre las sanciones previstas en los códigos penales de un número considerable de Estados, véase la base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja: [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/vwLawsB-yCountry.xsp?xp\\_topicSelected=GVAL-992BU6](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/vwLawsB-yCountry.xsp?xp_topicSelected=GVAL-992BU6) (consultado por última vez el 30/11/2016).

64 Véase: ICC-01/04-01/06-2901; ICC-01/04-01/07-3484; ICC-01/05-01/08-3399; ICC-01/12-01/15.



demandan la pena más severa<sup>65</sup> (ICC-01/04-01/07-3484, p. 19). Incluso ha afirmado que la imposición de una sentencia que sea proporcionada reconoce el sufrimiento de las víctimas y promueve el restablecimiento de la paz y la reconciliación (ICC-01/12-01-15, p. 33).<sup>66</sup>

Atendiendo a diversos pronunciamientos provenientes de diferentes autoridades de la CPI, podríamos concluir que el Estatuto también exige a los Estados un mínimo de severidad y proporcionalidad en la imposición de las penas.<sup>67</sup> Y es que, como ya adelantó el Fiscal Adjunto de la Corte, la evaluación de la actuación genuina por parte de los Estados abarca todas las etapas de los procesos e influye sobre la pena impuesta (Stewart, 2015, p. 10).

Por ello, es relevante señalar que cuando la Fiscalía de la Corte se comprometió a examinar la cuestión de las sentencias (Informe Intermedio, 2012, p. 67), no sólo concluyó que la suspensión de las penas a nivel interno irían en contra del Estatuto de Roma al impedir el castigo de los responsables (Carta de la Fiscal, 2013), sino que añadió que “una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas” (Carta de la Fiscal, 2013). Aclaró que “la duración de la pena de prisión puede ser un factor relevante en los casos en los que la pena resulta tan desproporcionada que se puede cuestionar la intención de someter a la persona a la acción de la justicia” (Carta de la Fiscal, 2013). Y, precisamente, sobre este extremo ya ha advertido a Colombia (Informe Preliminar, 2014, p. 15). Es más, el 1 de septiembre de 2016 no dudó en afirmar que la rendición de cuentas “por definición incluye sanciones efectivas” (Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia).

Por todo ello, nos parece criticable que, en el último Informe sobre las actividades de examen preliminar, la Fiscalía no se pronunciara sobre las sanciones especiales previstas en el Acuerdo;<sup>68</sup> simplemente se limitó a declarar que “en esta etapa

65 Traducción del inglés. “Heaviest sentence” en el original.

66 En términos similares véase ICC-01/04-01/07-3484, pp. 17-18

67 A juicio de Seils (2015), “aunque los Estados no están obligados a dictar sentencias similares a las que establece el Estatuto de Roma, sí se les exige cumplir con sus obligaciones preexistentes en materia de derechos humanos, una manera de garantizar que no se impongan sentencias ilusorias” (p. 5). Por el contrario, hay quien afirma que no parece existir una teoría del castigo que reclame determinado nivel de severidad en la pena respecto de los crímenes internacionales (De Guzman, 2014, p. 2).

68 El Informe se publicó el 14 de noviembre de 2016 y, en consecuencia, la Fiscalía no pudo valorar el nuevo Acuerdo Final que se dio a conocer ese mismo día. Por ello, examinó “las disposiciones del Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, concluido entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP en diciembre de 2015” (Informe Preliminar, 2016, párr. 252). No obstante, es criticable la ausencia de un pronunciamiento al respecto ya que, incluso en dicho Acuerdo, se contemplaban las polémicas sanciones especiales que, como puede comprobarse, se han mantenido sin apenas modificaciones en el Acuerdo Final.

del examen preliminar, la Fiscalía no ha adoptado una posición específica o final respecto de la Jurisdicción Especial para la Paz, la cual todavía no ha entrado en funcionamiento” (Informe Preliminar, 2016, párr. 257).<sup>69</sup> Ahora bien, advirtió que el cumplimiento de los objetivos de la JEP “no dependerá únicamente de los procedimientos y condiciones establecidos en el Acuerdo, sino también de la efectividad de las restricciones a la libertad impuestas sobre los individuos, cuya naturaleza aún debe precisarse claramente” (párr. 257).

Si bien es cierto que el desarrollo legislativo e implementación posterior del Acuerdo Final precisará muchos de los aspectos que estamos analizando, lo que es indiscutible es que el régimen de sanciones especiales previsto para los mayores responsables de haber cometido los crímenes internacionales más graves que reconozcan verdad y asuman su responsabilidad, salvo que se produzca un giro de 180°, consistirán en sanciones alternativas y atenuadas. Por ello, ¿cómo debemos interpretar la ausencia de condena expresa de la Fiscalía? ¿Está avalando el sistema creado, a pesar de todos los pronunciamientos en sentido contrario realizados por su Oficina hasta el momento? ¿A pesar de que los tratados internacionales establecen que las penas han de ser adecuadas, eficaces, apropiadas o severas, y de la abundante jurisprudencia internacional que se pronuncia en los mismos términos? ¿A pesar de que los Estatutos de los tribunales penales internacionales creados hasta el momento, también el ECPI, limitan la pena a imponer por crímenes internacionales a la pena privativa de libertad y reiteran en su jurisprudencia la proporcionalidad que debe ser exigida? ¿A pesar de que los Estados, en sus legislaciones internas, han seguido una práctica general, constante y uniforme a la hora de sancionar mediante las penas más severas los crímenes internacionales, que incluso podría sugerir que nos hallamos ante una costumbre internacional? A pesar de todo ello, ¿debemos entender que, a partir de ahora, para los condenados como mayores responsables de haber cometido un crimen internacional, por haber reconocido verdad y su responsabilidad, una sanción efectiva consiste en la imposición de una pena reparadora y restauradora por un período de cinco a ocho años? En definitiva, ante el novedoso sistema creado en Colombia, no podemos sino preguntarnos dónde se halla el límite entre una sanción leve y la impunidad.

69 La Fiscalía concluye que continuará revisando “cuidadosamente todo cambio posible en el texto del acuerdo firmado en 26 de septiembre de 2016 (...) así como todo proyecto legislativo posterior relativo al establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas para los máximos responsables por los crímenes más graves” (párr. 263).

## Conclusiones

Comenzábamos el presente ensayo defendiendo que un proceso integral de justicia transicional que contemplara mecanismos judiciales y no judiciales que se complementasen entre sí con la finalidad de garantizar los derechos de las víctimas, y que mantuviera un compromiso claro con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables de crímenes internacionales, se constituía en un instrumento, de entrada, eficaz a la hora de erradicar la impunidad. Aclarábamos que el mero hecho de elaborar una estrategia global no era suficiente, ya que era preciso que, en su implementación, se respetasen los mínimos exigidos por el Derecho Internacional. También advertíamos que era fundamental que no hubiera intentos de limitar unos mecanismos bajo el pretexto de apoyar o de otorgar mayor protagonismo a otros. Pues bien, sin perjuicio de que el Acuerdo suponga un avance de enorme envergadura para poner fin a un conflicto armado de más de cincuenta años con el que las partes se han comprometido y con el que muestran su voluntad de reparar a las miles de víctimas del conflicto, consideramos que esta primera aproximación al complejo sistema previsto muestra ciertas lagunas que pueden hacer peligrar el objetivo primordial de la justicia transicional y conllevan a que se asimile a esa justicia laxa que tanto se teme y a la que nos oponemos.

Y es que, bajo el reiterado reconocimiento de los derechos de las víctimas y del eterno debate de paz vs. justicia, se puede apreciar un cierto intento de limitar la responsabilidad penal de los máximos responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales, no sólo por no garantizarse completamente la integridad del Sistema, por la aplicación de una “justicia restaurativa” respecto de crímenes internacionales o por la “selección de casos” que podría llegar a producirse ante la JEP. A nuestro juicio, el conflicto principal se halla en las sanciones “especiales” previstas en el Acuerdo. Consideramos que la imposición de condenas meramente restaurativas y sumamente atenuadas por la comisión de crímenes internacionales por parte de los mayores responsables, independientemente de su reconocimiento de verdad y responsabilidad, no es sino un mero cálculo de oportunidad política que podría no respetar el Derecho Internacional.

Ahora bien, queremos aclarar que en ningún caso nos oponemos a que las penas, como medida integrante de un proceso global de justicia transicional que interrelacione diferentes mecanismos, puedan consistir en alternativas a la prisión o que se impongan sanciones más reducidas, siempre y cuando éstas sigan manteniendo cierto grado de proporcionalidad tanto respecto del crimen cometido como del nivel de responsabilidad del autor. Por esta razón, cuando nos hallamos ante personas condenadas por ser los máximos responsables de un crimen internacional,

parece lógico que deba exigirse un determinado nivel de severidad en la sanción. Hasta ahora, la única que ha reflejado esta especial gravedad ha sido la pena privativa de libertad y, objetivamente, así puede comprobarse si atendemos a la práctica seguida desde que surgiera el Derecho Internacional Penal. Es más, así lo prevé también el Código Penal de Colombia. Ahora bien, ello no obsta a que sea legítimo, y tal vez conveniente, iniciar un debate profundo y serio en torno a si, en procesos de justicia transicional, podrían llegar a ser viables otra serie de sanciones que, en última instancia, reflejen la gravedad del ilícito cometido. Y es que, insistimos, la respuesta del Derecho Internacional es contundente: debe garantizarse que las sanciones sean adecuadas, eficaces, apropiadas y, sobre todo, proporcionales a la gravedad del crimen cometido.

Precisamente, por no respetar estos mínimos, consideramos que las sanciones que impondrá la JEP a aquéllos que sean considerados los máximos responsables de haber cometido los crímenes internacionales más graves no es conforme con el Derecho Internacional, pues, en esta ocasión, Colombia ha ido demasiado lejos con el tipo de sanciones reparatorias previstas al consistir en “alternativas reducidas” y que encuentra su máxima extralimitación al permitir que incluso puedan ser los responsables quienes propongan el proyecto a realizar, que es tanto como permitir al condenado que elija la pena que desea cumplir. Es importante insistir en que el debate trasciende al de la mera ausencia de penas de cárcel. Y es que, incluso si llegáramos a aceptar la imposición de sanciones con un componente más “restaurador”, la proporcionalidad debería estar garantizada. Es decir, resulta imperativo adecuar la sanción al ilícito perpetrado y, a nuestro juicio, esta circunstancia no se produce en el presente caso. Consideramos que muchos de los trabajos o proyectos que se recogen en el Acuerdo no reflejan la gravedad de los crímenes internacionales cometidos. Tampoco lo demuestra el hecho de que la duración en el cumplimiento de la sanción pueda ser inferior a los cinco años. El todavía impreciso régimen de residencia y desplazamientos o la posibilidad de ejercer cargos públicos aun cuando se está cumpliendo una condena por haber sido declarado responsable de un crimen internacional, no hacen sino confirmar la desproporción entre el crimen cometido y la sanción impuesta.

En definitiva, no creemos que el sistema de sanciones previsto para los mayores responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales que reconozcan verdad y responsabilidad se adecúe al Estatuto de Roma y, por ello, creemos que este hecho provocaría la admisibilidad de la situación ante la Corte (art. 17 y 20 ECPI). Ahora bien, independientemente de que se cumplan los requisitos para que la Corte ejerza su jurisdicción, la CPI siempre podrá valorar la incidencia que el

presente Acuerdo tendrá en el fin del conflicto y que le podría llevar a alegar el escurridizo “interés de la justicia” (art. 53.1c) evitando así su intervención en Colombia. No obstante, si procediera de dicha manera, se crearía un precedente que podría conllevar la revisión del conjunto del sistema de justicia penal internacional.

La razón reside en que los casos que demandan la implementación de procesos de justicia transicional son aquellos en los que se han cometido violaciones masivas y sistemáticas a los Derechos Humanos que, obsérvese, son los que normalmente activarán la competencia de la Corte. Por ello, podría defenderse que los casos en los que actualmente está ejerciendo su jurisdicción la Corte requieren la implementación de estrategias globales que interrelacionen varios mecanismos transicionales y complementen los límites de la justicia penal. De ser así, llegaríamos a la conclusión de que los casos enjuiciados por la Corte podrían ser también casos de justicia transicional y, de seguir el precedente colombiano, concluiríamos que en el caso de que el Estado implementase un proceso íntegro de justicia transicional resultaría admisible la imposición de sanciones alternativas y atenuadas para los máximos responsables de haber cometido los más graves crímenes internacionales.

Odio Benito declaró que “los aportes del Estatuto de Roma y de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional a la justicia en transición apenas empiezan, los cambios estructurales profundos aún están por ocurrir” (Odio Benito, 2009, p. 254). Nosotros no tenemos ninguna duda de que con el Acuerdo sobre víctimas esa oportunidad ha llegado. Es el momento de decidir el tipo de cambios que el sistema de Justicia Penal Internacional está dispuesto a asumir y, ahora, esa decisión se encuentra en manos de la Corte Penal Internacional.

## Referencias

- Acosta, P. A. (2014). De la ductilidad y otras angustias: los retos de la justicia interamericana en materia de justicia transicional. *Foro Nueva época*, 17 (1). Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48622/45411>
- Ambos, K. (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Ambos, K. (2006). *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner (Eds.), *Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania y España* (pp. 23-132). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer. Recuperado de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_18236-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_18236-544-4-30.pdf)

- Bassiouni, M. C. (2010). Assessing Conflict Outcomes: Accountability and Impunity. En M. C. Bassiouni (Ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia.
- Bonet Pérez, J., & Alija Fernández, R.A. (2009). *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*. Bilbao: Cuadernos Deusto de Derechos Humanos Núm. 53.
- Chinchón Álvarez, J. (2007). *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*. Sevilla: Parthenon.
- Chinchón Álvarez, J. (2012). El concepto de impunidad a la luz del Derecho internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/articulos/concepto-impunidad-luz-derecho-internacional-una-aproximacion-sistemica-desde-derecho-internacional-penal-derecho-internacional-derechos-humanos>
- Chinchón Álvarez, J. (2013). El binomio justicia transicional - Derecho transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes. En *Actas V Jornadas de estudios de seguridad. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa*. Recuperado de [http://eprints.sim.ucm.es/22722/1/ARTICULO\\_EN\\_ACTAS\\_V\\_JORNADAS\\_DE\\_EST\\_DE\\_SEG.pdf](http://eprints.sim.ucm.es/22722/1/ARTICULO_EN_ACTAS_V_JORNADAS_DE_EST_DE_SEG.pdf)
- De Guzman, M. M. (2014). Harsh Justice for International Crimes?. *The Yale Journal of International Law*, 39(1). Recuperado de <https://yalejournalofintllaw.files.wordpress.com/2016/02/39-1-deguzman-harsh-justice-for-international-crimes.pdf>
- Dondé Matute, J. (2010). El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner (Eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo I* (pp. 263-294). Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer. Recuperado de [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_23685-1522-4-30.pdf?121011221909](http://www.kas.de/wf/doc/kas_23685-1522-4-30.pdf?121011221909)
- Forcada Barona, I. (2011). *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Navarra: Aranzadi.

- Hayner, P. B. (2014). *Verdades silenciadas. La Justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*. Barcelona: Bellaterra.
- Méndez, J.E. (2013). Justicia de transición. En R. Escudero Alday, & C. Pérez González (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid: Trotta.
- Moreno Ocampo, L. (2007). Transitional Justice in Ongoing Conflicts. En *International Journal of Transitional Justice*, 1(1), 8-9.
- Odio Benito, E. (1998). Justice for Peace: No to Impunity. En C. C. Joyner (Ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceeding of the Siracusa Conference 17-21 September 1998*. Burdeos: Association Internationale de Droit Pénal y Érès.
- Odio Benito, E. (2009). Posibles aportaciones del Estatuto de Roma a los procesos judiciales en las sociedades en transición. En J. Almqvist, & C. Espósito (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica* (pp. 241-254). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Olasolo, H. (2013). El impacto del examen preliminar de la CPI sobre los delitos de LESA humanidad cometidos en Colombia desde el 1 de noviembre de 2002 en el proceso de negociación de paz entre el gobierno y las FARC. En C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa, & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos: Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*. Navarra: Aranzadi.
- Olasolo, H. (2014). Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región. *Anuario de Derechos Humanos*, 10, 35-56.
- Orentlicher, D. F. (2007). “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”. *International Journal of Transitional Justice*, 1(1), 10-22.
- Pigrau Solé, A. (2013). Colombia: la investigación pendiente de la Corte Penal Internacional. En C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa, & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs.). *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos: Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, (pp. 655-690). Navarra: Aranzadi.
- Roht-Arriaza, N. (2015). “After Amnesties are Gone: Latin American National Courts and the new Contours of the Fight Against Impunity”. *Human Rights Quarterly*, 37(2), 341-382.

Schabas, W. A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court*. United Kingdom: Cambridge University Press.

Seils, P. (2015). *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz. ICTJ análisis*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-COL-Analisis-Penas-ES-2015.pdf>

Vacas Fernández, F. (2013). Los derechos de las víctimas y la negociación: el caso de Colombia. En C. M. Díaz Barrado, C. R. Fernández Liesa, & J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Dirs.), *Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos: Reflexiones sobre el Conflicto Colombiano*, (pp. 541-576). Navarra: Aranzadi.

### **Documentación Internacional**

African Commission on Human and Peoples' Rights. 87 Resolution on Ending Impunity in Africa and on the Domestication and Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court (5 December 2005).

Amnistía Internacional. (2016). *Colombia: El acuerdo de paz debe abrir la puerta a la justicia*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/12/colombia-peace-agreement-must-open-the-door-to-justice/>

Amnistía Internacional. (2016). Informe 2015/2016 Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo. Recuperado de <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/2552/2016/es/>

Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Documento de las Naciones Unidas: A/68/345, de 23 de agosto de 2013.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Documento de las Naciones Unidas: A/RES/60/147, de 16 de diciembre de 2005.

Centro de Estudios Sobre Impunidad y Justicia, CESIJ. (2015). Índice Global de Impunidad: IGI 2015. Fundación Universidad de las Américas Puebla.



- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas, para ayudar a los estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4./2004/88, de 27 de febrero de 2004.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Impunidad. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4/2005/102., de 18 de febrero de 2005.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Documento de las Naciones Unidas: E/CN.4./Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.
- Comisión de Derecho Internacional. Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 68° período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016). Documento de las Naciones Unidas: A/71/10.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2014, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, de 7 de mayo de 2015.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2015, Capítulo V: Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el Informe Verdad, Justicia y Reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, de 17 de marzo de 2016.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia, 2006.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II. Doc.49/13, de 31 de diciembre de 2013.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los derechos humanos y la justicia de transición. Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/18/23, de 4 de julio de 2011.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/27/56, de 27 de agosto de 2014.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/RES/18/7, de 13 de octubre de 2011.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos: Derechos humanos y justicia de transición. Documento de las Naciones Unidas: A/HRC/RES/21/15, de 11 de octubre de 2012.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7609ª sesión, celebrada el 25 de enero de 2016. Documento de las Naciones Unidas: S/RES/2261, de 25 de enero de 2016.
- Corte Penal Internacional. Carta de la Fiscal de la CPI al Presidente de la Corte Constitucional acerca del Marco Jurídico para la Paz, de 26 de julio de 2013. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/cpi-col7.html>
- Corte Penal Internacional. Declaración de la Fiscal sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, de 24 de septiembre de 2015. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=otp\\_stat\\_24-09-2015&ln=Spanish](https://www.icc-cpi.int//Pages/item.aspx?name=otp_stat_24-09-2015&ln=Spanish)

- Corte Penal Internacional. Documento de política general sobre exámenes preliminares, Noviembre de 2013 (ICC - OPT 2013).
- Corte Penal Internacional. Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar de 2014 (Situaciones en Honduras y Colombia), 2 de diciembre de 2014.
- Corte Penal Internacional. Informe sobre las Actividades de Examen Preliminar (2015): Situaciones en Colombia y Honduras, 12 de noviembre de 2015.
- Corte Penal Internacional. Informe sobre las actividades de examen preliminar (2016): Situación en Colombia, 14 de noviembre de 2016.
- Corte Penal Internacional Situación en Colombia: Reporte Intermedio, Noviembre 2012.
- Council of Europe. Eradicating impunity for serious human rights violations, Guidelines adopted by the Committee of Ministers on 30 March 2011 at the 1110<sup>th</sup> Meeting of the Ministers' Deputies.
- Declaración y programa de acción de Viena. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.
- Human Rights Watch (2015). Análisis de Human Rights Watch sobre el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto alcanzado por el Gobierno de Colombia y las FARC. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto>
- Human Rights Watch (2015). Colombia: un acuerdo de impunidad. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2015/12/22/colombia-un-acuerdo-de-impunidad>
- Human Rights Watch (2016). Carta al Presidente Santos sobre el nuevo acuerdo de paz con las FARC. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2016/11/23/carta-al-presidente-santos-sobre-el-nuevo-acuerdo-de-paz-con-las-farc>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad, HR/PUB/06/1.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Iniciativas de enjuiciamiento, HR/PUB/06/4.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Procesos de depuración: marco operacional, HR/PUB/06/5.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Programa de reparaciones, HR/PUB/08/1.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías, HR/PUB/09/1.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consultas nacionales sobre la justicia de transición, HR/PUB/09/2.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales, H/PUB/13/5.

Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Documento de las Naciones Unidas: S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

Secretario General de las Naciones Unidas. El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Documento de las Naciones Unidas: S/2011/634, de 12 de octubre de 2011.

## **Colombia**

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, del 12 de noviembre de 2016.

Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, Borrador Conjunto de 15 de diciembre de 2015: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos.

Carta de Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, a la Sña. Fatou Bensouda, Fiscal Jefe de la Corte Penal Internacional, Bogotá, a 19 de enero de 2016. Recuperado de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal\\_doc\\_interes//216\\_190116COMUNICACION.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//216_190116COMUNICACION.pdf)

Comunicado conjunto de 7 de junio de 2014, La Habana: “Declaración de principios para la discusión del Punto 5 de la Agenda: “Víctimas”.

Comunicado Conjunto No. 4, La Habana, Cuba, 12 de noviembre de 2016.

Comunicado Conjunto No. 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, La Habana, Cuba, 23 de septiembre de 2015.

## **Jurisprudencia**

Corte Penal Internacional

CPI [SPI I]. The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. ICC-01/04-01/06-2901. 10 de Julio de 2012.

CPI [SPI II]. The Prosecutor v Germain Katanga. Decision on Sentence Pursuant to article 76 of the Statute. Sala de Primera Instancia II. ICC-01/04-01/07-3484. 23 de mayo de 2014.

CPI [SPI III]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of the Statute. ICC-01/05-01/08-3399. 21 de Junio de 2016.

CPI [SPI VIII]. The Prosecutor v Ahmad Al Faqui Al Mahdi. Judgment and Sentence. ICC-01/12-01/15. 27 de Septiembre de 2016.

Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

TIPY [SPI]. The Prosecutor v. Drazen Erdemovic. Sentencing Judgement. IT-96-22-T. 29 de Noviembre de 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH. “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) c. Guatemala. Decisión de Fondo. 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

Corte IDH. Masacre de La Rochela c. Colombia. Decisión de Fondo, Reparaciones y Costas. 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Heliodoro Portugal c. Panamá. Decisión sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. Manuel Cepeda Vargas c. Colombia. Decisión de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador. Decisión de Fondo, Reparaciones y Costas. 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador. Voto concurrente del Magistrado Diego García – Sayán a la Decisión de Fondo. Reparaciones y Costas. 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.

Corte IDH. Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia. Decisión sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) c. Colombia. Decisión de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

### **Conferencias**

James Stewart, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: “La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional”. Conferencia organizada por La Universidad del Rosario, El Tiempo, el Centro Cyrus R Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, la Fundación Hanns Seidel, las Naciones Unidas en Colombia, el Centro Internacional para la Justicia Transicional y la Coalición por la Corte Penal Internacional, Bogotá, Colombia, 13 de mayo de 2015. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>

Schabas, W.A. (2011). Transitional Justice and the Norms of International Law. For presentation to the Annual meeting of the Japanese Society of International Law, Kwansei Gakuin University, 8 October 2011. Recuperado de [http://jsil.jp/annual\\_documents/2011/fall/schabas\\_trans\\_just911.pdf](http://jsil.jp/annual_documents/2011/fall/schabas_trans_just911.pdf)

### **Prensa**

Ambos, K. (26 de septiembre de 2015). “¡Tanta justicia sí permite la paz!”. En El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/tanta-justicia-si-permite-paz>

“El acuerdo cumple con criterios de Fiscal de la CPI” (27 de septiembre de 2015). En El Tiempo. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/proceso-de-paz-el-acuerdo-cumple-con-criterios-de-fiscal-de-la-cpi/16388808>

“El proceso de paz de Colombia es ejemplar”: experta en justicia transicional (10 de febrero de 2016). En El País.com.co. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/proceso-paz/noticias/proceso-paz-colombia-ejemplar-experta-justicia-transicional>

“No era necesario someter el acuerdo de paz al voto popular” (18 de noviembre de 2016). En Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/kai-ambos-habla-sobre-el-acuerdo-de-paz-y-el-plebiscito/505809>

Uprimny, R. (26 de septiembre de 2015). “Justicia imperfecta, paz posible”. En El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-imperfecta-paz-posible>

Uprimny, R. (26 de diciembre de 2015). “¿Piñata de impunidad?”. En El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/pinata-de-impunidad>

Uprimny, R. (19 de noviembre de 2016). “Un acuerdo sobre el acuerdo”. En El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-acuerdo-sobre-el-acuerdo>

# Natureza bifronte da recuperação de ativos pelo Tribunal Penal Internacional: dissuasão da prática delitiva e reparação em favor das vítimas

La doble naturaleza de la recuperación de activos por la Corte Penal Internacional: disuasión de la práctica delictiva y reparación de las víctimas

The Dual Nature of Asset Recovery by the International Criminal Court: Deterrence of Criminal Activities and Victims' Reparation

Flavio Pimenta De Souza\*

Diogo De Oliveira Machado\*\*

Fecha de recepción: 29 de junio de 2016

Fecha de aprobación: 16 de noviembre de 2016

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5671>

**Para citar este artículo:** Pimenta de Souza, F., & De Oliveira Machado, D. (2017). Natureza bifronte da recuperação de ativos pelo Tribunal Penal Internacional: Dissuasão da prática delitiva e reparação em favor das vítimas. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal - ANIDIP*, 5, 62-93, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5671>

## Resumo

A recuperação de ativos relacionados a práticas de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio é medida ratificada pelos documentos fundadores do Tribunal Penal Internacional. A pauta atual de julgamentos do TPI tem indicado oportunidades de contemplar o confisco de propriedade como medida privilegiada para responder aos mais graves conflitos. A ação sobre ativos interrompe o fluxo

\* Mestre em Direito Internacional e Direitos Humanos pela University for Peace (Nações Unidas). Especialista em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera. Ex-Professor de Direito na Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira - UNILAB. Parecerista ad hoc da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Consultor independente em Direito Internacional. E-mail: [souza.flaviops@gmail.com](mailto:souza.flaviops@gmail.com)

\*\* Mestrando em Crimes Transnacionais, Justiça e Segurança na Universidade de Glasgow. Especialista em Gestão Pública. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Analista de Políticas Sociais no Ministério da Justiça do Brasil. E-mail: [diogoom@hotmail.com](mailto:diogoom@hotmail.com)



de fundos para propósitos ilícitos e afeta as estruturas que patrocinam os conflitos. Iniciativas para o desenvolvimento social, econômico e político podem ser financiadas por meio de bens recuperados.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional, recuperação de Ativos, vítimas, reparação.

## Resumen

La recuperación de los activos relacionados con las prácticas de los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio es una medida contenida en los instrumentos constitutivos de la Corte Penal Internacional. La tendencia actual de las resoluciones de la CPI muestran la oportunidad de adoptar la confiscación de bienes como medida primaria para responder a los conflictos más graves. La actuación sobre los activos permite detener el flujo de fondos para fines ilícitos, generando un impacto sobre las estructuras que patrocinan conflictos. Además, iniciativas de desarrollo social, económica y política pueden ser financiadas a través de los bienes recuperados.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, recuperación de activos, víctimas, reparación.

## Abstract

The recovery of assets involved in practices of crimes against humanity, war crimes and genocide is a measure ratified by the founding documents of the International Criminal Court. ICC case law has shown opportunities to contemplate the confiscation of property as a primary measure to respond to the most serious conflicts. The recovery of assets stops the flow of funds for illicit purposes and thus affects the structures that sponsor conflicts. Moreover, initiatives for social, economic and political development can be financed through recovered goods.

**Keywords:** International Criminal Court, recovery of assets, victims, reparation.

## Introdução

O Tribunal Penal Internacional (TPI) pode ser interpretado como resposta da comunidade internacional em face de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio<sup>1</sup>. Crimes de tal magnitude ofendem o planeta como um todo e, por isso, devem ser abordados com um viés amplo. O Estatuto de Roma (ER) confere legitimidade ao TPI para lidar com esses delitos com uma perspectiva global, de

1 O Tribunal também terá jurisdição sobre crimes de agressão, assim que seja dado efeito às provisões adotadas na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, celebrada em Kampala, Uganda, em 2010.

modo a envolver as pessoas afetadas pelo crime - criminosos e vítimas - e os ativos relacionados ao delito.

Os crimes sob jurisdição do TPI não são economicamente desprezíveis. Eles requerem financiamento sem o qual as atrocidades não podem ser perpetradas. Compreender a necessidade de patrocínio desses conflitos sugere a estratégia de que o Tribunal pode se valer para enfrentá-los: se delitos requerem capital para serem cometidos, a reação contra eles só será exitosa se levar em conta os ativos que os financiam.

O artigo se estrutura em três eixos: o primeiro se dedica a demonstrar que o TPI possui incentivos financeiros, persecutórios e de governança para promover a recuperação de ativos. A viabilidade dessa política se fundamenta no marco normativo sobre o qual o Tribunal se constitui e que permite mobilizar um alto nível de compromisso em prol da ação sobre ativos. A consecução desse objetivo em uma perspectiva sustentável requer que a apreensão de bens ou haveres seja capaz de interromper o fluxo ilegal de fundos que patrocinam os riscos de continuidade dos conflitos. Compreender como essas estruturas financiam o crime é importante não só para realizar a justiça às vítimas e para julgar crimes passados, mas também para prevenir atrocidades futuras (Kar & Cartwright-Smith, 2009).

O segundo eixo se dedica a analisar como as vítimas são consideradas por ocasião dos julgamentos. Há crescente interesse dos criminalistas internacionais em identificar e mitigar os efeitos indesejáveis da vitimização. Trata-se de tema que enfrenta questões concernentes àqueles que sofrem lesões, danos e perdas em curto e longo prazos. O Fundo Fiduciário para as Vítimas denota o engajamento do Tribunal Penal Internacional com essa abordagem intrigante, que abre novas perspectivas para lidar com crimes atrozes, uma vez que demonstra consciência da necessidade de encontrar meios para superar os danos causados pelos conflitos que o Tribunal é chamado a julgar.

O terceiro eixo aborda a pauta recente de julgamentos do TPI sob a óptica das considerações prévias acerca das possibilidades restaurativas financiadas por ativos ilícitos recuperados. Com efeito, a habilidade que o Tribunal demonstre ao apontar soluções quando se deparar com o mal causado pelo crime será um indicador basilar da legitimidade de sua atuação internacional. Afinal de contas, fazer justiça não se trata apenas de punir criminosos, mas também de restaurar a dignidade de vítimas (Kuenyehia A, 2004).

Esse diagnóstico implica a urgente necessidade de preparar as autoridades que se ocuparão das vítimas, com o propósito de construir a capacidade de mitigar, tanto quanto possível, o dano decorrente dos crimes. O TPI torna isso possível por meio

do reconhecimento do nexo utilitário entre a recuperação de ativos e a reparação de vítimas, o que permite o uso efetivo de produtos do crime como instrumentos úteis à superação do mal consequente das atrocidades. Nesse sentido, o Tribunal se situa em posição de vanguarda na medida em que identifica as vítimas como sujeitos de direitos e assume compromissos reparatórios.

## **1. Recuperação de produtos, propriedades, ativos e instrumentos do crime**

A assunção do quão séria e complexa é a natureza dos crimes sobre os quais o Tribunal Penal Internacional tem jurisdição implica reconhecer a dimensão de investimentos em recursos financeiros e humanos que instrumentalizam esses conflitos. Crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio não são perpetrados sem recursos financeiros robustos. O Tribunal é ciente do patrocínio econômico desses conflitos e possui iniciativas que ultrapassam o senso comum para lidar com essas estruturas de financiamento.

Se o crime é financiado por grandes volumes de riqueza, a política criminal que reage a essa situação será efetiva à medida que priva os criminosos dos ativos utilizados com propósitos ilícitos (Comissão das Comunidades Europeias, 2008). A resposta por excelência do direito penal, tradicionalmente focada em punição corporal, pode não ser suficiente se a condenação não abranger efeitos sobre os ativos que fizeram possíveis os crimes. Isso requer iniciativas que incluam ações voltadas à recuperação de ativos (Nelen, 2004). Por isso o confisco desses bens e valores desempenha uma função tão importante na nova estratégia para enfrentar a criminalidade que inflige danos humanitários de tamanhas proporções. Enfrentar crimes tão desafiadores pede por soluções também desafiantes, aptas a prover respostas apropriadas contra esquemas criminosos extremamente graves.

Felizmente, o TPI parece estar consciente dessa mudança de paradigma. O Estatuto de Roma e o Regulamento Processual (RP) estabelecem medidas que priorizam a recuperação de ativos como ferramenta importante para enfrentar o crime. De fato, o exercício da jurisdição do Tribunal contra os crimes mais desumanos deve abranger a apreensão e o confisco de bens relacionados a esses delitos. O Estatuto de Roma dedica o capítulo VII às penas, no âmbito do qual o artigo 77 estabelece que, além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar multa e perda de produtos, bens e haveres provenientes direta ou indiretamente do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé.

O Regulamento Processual apresenta parâmetros para determinar quando é oportuno aplicar a pena de multa e para calcular o valor respectivo. Para tanto, o Tribunal

deve ponderar a capacidade financeira da pessoa condenada e a existência de ordens de confisco e de reparação (regra 146). Deve ser levado em consideração se - e em que proporção - o crime foi motivado com o intuito de lucro pessoal. A medida apropriada da multa a ser imposta será calculada pelos danos e lesões causados, bem como pelos ganhos proporcionais aferidos pelo criminoso por meio da prática ilícita. Tais ordens de imposição de multa não podem ser alteradas pelas autoridades nacionais quando chamadas a executá-las (regra 220). No caso de múltiplos delitos, cada crime pode ser apenado com uma multa específica, de modo que podem ser cumulativas (regra 166). O descumprimento da obrigação de pagar a multa pode implicar a extensão do período de prisão.

No que tange às ordens de confisco, o Juízo de Instrução ou Juízo de Julgamento em Primeira Instância receberá provas quanto à identificação e à localização do produto, dos bens e dos haveres procedentes direta ou indiretamente do crime. Se o Juízo tomar conhecimento da existência de terceiro de boa-fé que pareça ter interesse nesses ativos, este será notificado. O procurador, o condenado e o terceiro de boa-fé interessado poderão apresentar provas que subsidiem as respectivas demandas. Depois de examinar tais provas apresentadas, o Juízo poderá ordenar o confisco dos ativos, desde que provada a vinculação direta ou indireta ao crime (regra 147 do RP).

A fim de permitir aos Estados o cumprimento do confisco, a ordem do Juízo deve especificar a identidade da pessoa contra quem a ordem foi emitida e o produto, a propriedade e os ativos sujeitos ao confisco. O pedido de cooperação emitido pelo Tribunal para executar medidas de confisco também deve prover as informações disponíveis sobre a localização dos ativos abrangidos pela ordem de confisco (regra 218 do RP). Se o Estado for incapaz de executar o pedido de confisco em relação aos ativos indicados, devem ser tomadas medidas sobre bens de valor equivalente.

Os danos nefastos causados pelos crimes sob jurisdição do TPI requerem do Tribunal a assunção de responsabilidade em oferecer respostas adequadas à comunidade internacional. As vicissitudes com as quais o Tribunal precisa lidar durante a persecução penal tornam essa responsabilidade especialmente desafiadora: os réus podem falecer ou escapar ao alcance da lei (Schabas, 2007). Em alguns casos, o Tribunal pode encontrar dificuldade em colher as provas suficientes e necessárias à persecução e à apreensão de ativos. Mas esses não são os únicos desafios. Ainda quando o TPI conta com provas robustas que permitem emitir um pedido fundamentado de cooperação, é preciso considerar que a medida pleiteada depende da assistência prestada pelo Estado que detém a capacidade de ação. Os termos desse auxílio estão previstos nos artigos 86 e 88 do ER, que estabelecem a obrigação geral de cooperar em relação a todos os procedimentos previstos no capítulo

IX, dedicado à cooperação internacional e ao auxílio jurídico. Nos termos do Estatuto, tais procedimentos devem estar explicitamente previstos no ordenamento doméstico de cada Estado Parte. Todavia, quando se trata de medidas erigidas no âmbito do capítulo X, dedicado à execução da pena, a forma como os Estados Parte operacionalizam as ordens do Tribunal permanecem indefinidas, sobretudo no que tange a medidas de recuperação de ativos. Isso porque a execução das penas de multa e das medidas de perda, nos termos do artigo 109 do ER, está sempre condicionada aos procedimentos estabelecidos pelas jurisdições nacionais correspondentes. Em que pese essa condicionalidade permitir que o país envolvido e o Tribunal possam cooperar entre si com a flexibilidade que cada caso concreto requer, há de se sopesar, contudo, as fragilidades em não haver mecanismos estabelecidos para avaliar a efetividade desses procedimentos domésticos, quando em vigor. Tais procedimentos serão respeitados tanto na hipótese de o Estado agir sobre os bens para executar uma ordem do TPI quanto nas situações em que, impossibilitado de executar tal ordem, o Estado tome medidas autônomas para apreender os ativos de interesse do Tribunal, nos termos do artigo 109 (2). Nessas ocasiões, as jurisdições nacionais devem lidar com desafios próprios das práticas destinadas à recuperação de bens e valores: a capacidade de estabelecer o vínculo entre os ativos e os crimes sob julgamento, a vinculação a um pedido de condenação criminal e, eventualmente, a necessidade de assistência internacional quando a cooperação de jurisdição estrangeira se faz necessária ao cumprimento das medidas restritivas sobre os bens (Gray et al., 2014).

Tampouco há normas vinculantes sobre como essas jurisdições nacionais devem decidir quando instadas a se pronunciar em casos nos quais os mesmos ativos sejam objeto de ordens restritivas emanadas de processos distintos. Ferstman (2002) adverte que não se trata de situação improvável, sobretudo pela possibilidade de que a pessoa que responde a processo perante o TPI também pode ser ré em processo ajuizado na jurisdição de origem, do qual podem partir ordens para apreensão de bens, sobretudo em casos de processos relacionados a corrupção ou a práticas correlatas<sup>2</sup>. As próprias vítimas dos casos levados ao TPI podem ser autoras de processos ajuizados em âmbito nacional, nos quais possivelmente serão requeridos os mesmos

2 Em suporte ao argumento, a autora recorda que o governo filipino buscou recuperar ativos relacionados a ilícitos cometidos por Ferdinando Marcos durante as duas décadas em que presidiu o país. Os mesmos ativos eram buscados no âmbito de processos de compensação que vítimas sobreviventes de atos de tortura ajuizaram nos Estados Unidos, com fundamento no *Alien Tort Claims Act*. O mesmo se aplicaria ao ex-presidente Milosevic, caso tivesse sido condenado pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia antes da sua morte. Na hipótese de que se sucedesse à condenação um regime de reparação às vítimas, os ativos que financiariam essas ordens de reparação seriam os mesmos sobre os quais outros credores alegariam direito, a exemplo da própria República da Iugoslávia (Ferstman, 2002).

ativos relacionados aos crimes em julgamento no plano internacional. O ER admite essa possibilidade consoante o artigo 75, que trata da reparação em favor das vítimas e que reconhece a competência jurisdicional do Estado em garantir direitos das vítimas previstos no respectivo ordenamento jurídico.

A lacuna de regulamentação é grave na medida em que a recuperação de ativos – seja em decorrência da aplicação de multas, de ordens de confisco ou de reparação – depende da efetividade do TPI em identificar, localizar e apreender bens e valores relacionados ao crime. De fato, há de se considerar que a recuperação definitiva de ativos deve ser precedida da execução de medidas assecuratórias sobre os bens e valores correspondentes. Evidentemente, se o TPI não age em tempo hábil, de modo a executar medidas prévias ao confisco, é provável que, ao final, os ativos já não estejam disponíveis à apreensão (Naylor, 2004). Essa é a razão pela qual os Estados são chamados a cooperar com o Tribunal para identificar, localizar e apreender ativos ilícitos, tendo em vista eventual confisco futuro, de acordo com o artigo 93 do ER. A transferência dos ativos ao Tribunal é descrita nos termos do artigo 109 do ER e inclui a possibilidade de recuperar tanto o produto, os bens ou ativos identificados pelo Tribunal como sujeitos a confisco quanto ativos de valor equivalente (regra 218 do RP).

A previsão normativa do mandato não elide as dificuldades práticas da execução. O acusado pode alegar estado de pobreza ou indigência, a exemplo de casos levados não só ao TPI, mas também ao Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e ao Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Ferstman, 2003). Isso não deve desestimular investigações financeiras para determinar a veracidade da alegação, tendo em vista que a magnitude que normalmente assumem os crimes levados à análise do TPI presume sólido financiamento de atividades criminosas, de modo que a investigação pode eventualmente identificar ativos de interesse do Tribunal. A identificação de ativos constitui um dos procedimentos iniciais da investigação patrimonial e financeira e já desvela seus desafios. A busca por ativos em jurisdições em que foram perpetrados os atos trazidos ao julgamento do TPI frequentemente estão em países que vivem uma situação traumática de conflito, o que pode impor dificuldades estruturais e políticas quando chamados a cooperar com o Tribunal. Quando os acusados avaliam que há possibilidade real de que, por ordem do TPI, os ativos sejam apreendidos nas jurisdições de origem, é frequente que se valham da estratégia de enviá-los a diversas jurisdições estrangeiras, mediante uma sucessão de transações complexas cujo escopo é impedir o estabelecimento de vínculos com os crimes a que se relacionam (Stessens, 2000). Não é surpreendente que esses ativos tenham como destino jurisdições que contam com regras estritas de sigilo bancário

e de outras formas de confidencialidade, que dificultam a identificação dos beneficiários finais desses ativos (Aas, 2010).

A vocação global do TPI implica enfrentar o desafio inafastável de lidar com jurisdições de tradições jurídicas muito diversas. As divergências decorrentes desses sistemas jurídicos são apontadas como motivo que tem dificultado o cumprimento de pedidos de cooperação internacional para a recuperação de ativos (Stephenson et al., 2011). A terminologia, as ferramentas disponíveis para apreensão e confisco de bens, os requerimentos de prova, os critérios de admissibilidade do pedido e os procedimentos para obter cooperação internacional variam a depender da inserção do país cooperante no sistema de tradição romano-germânica ou *civil law*, no sistema jurídico anglo-saxão ou *common law* ou, ainda, em um sistema híbrido. O desconhecimento sobre as especificidades próprias desses sistemas e das suas variações requer uma postura ativa do TPI e do Estado requerido no sentido de aparar eventuais arestas que impeçam a melhor execução do pedido de apreensão e confisco de bens ilícitos. As convenções internacionais, sobretudo as de alcance mundial, podem constituir marcos normativos importantes de harmonização das ferramentas de que se valem os países para recuperar ativos.

Com efeito, como se trata de problema cuja natureza é transnacional, as organizações internacionais têm constituído espaço privilegiado onde os países discutem os desafios para implementação de medidas que visam à recuperação de ativos. É nesse âmbito que boas práticas são compartilhadas e inspiram recomendações para o aprimoramento de ferramentas aplicadas com êxito para a recuperação de ativos, tais como o desenvolvimento de leis ou regulamentos que permitam (1) a aplicação rápida de medidas que tornem os ativos indisponíveis à ação dos acusados, (2) o acesso facilitado a informações sobre o beneficiário final de bens e valores, a despeito da titularidade aparente formalizada; (3) a responsabilidade de acusados em demonstrar a licitude de ativos desproporcionalmente incompatíveis com a renda declarada ou em caso de enriquecimento ilícito; e (4) o confisco de bens de valor correspondente aos ativos ilícitos, na hipótese em que haja segurança sobre o valor relacionado ao crime, mas não tenha sido possível estabelecer o vínculo entre o crime e determinado bem em particular, a exemplo do disposto no artigo 12 (1 a) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Gray et al., 2014).

De acordo com o relatório de atividades do Tribunal Penal Internacional referente ao ano de 2015, divulgado na 15ª Sessão da Assembleia dos Estados Parte, o TPI tem se empenhado em mitigar as dificuldades para a recuperação de bens e valores com iniciativas como a de fortalecer relações de cooperação com Estados

cujo desempenho nessa seara interessa particularmente ao Tribunal. Seminários foram organizados tanto com representantes de alto nível de governo quanto em nível técnico, com especialistas em localizar e apreender ativos (ICC, 2016c). A estratégia permite ao Tribunal agir em duas frentes essenciais: fomentar a vontade política em cooperar e, ainda, prover a capacitação que instrumentaliza a execução prática de pedidos para aplicação de medidas de constrição de bens em casos reais. A iniciativa dos Estados em criar agências especializadas em recuperação de ativos é medida que reflete o interesse político em priorizar essa estratégia. Isso porque o estabelecimento de agências dessa natureza incentiva a alocação de recursos humanos e financeiros específicos para o desenvolvimento de práticas de recuperação de ativos ilícitos. É indubitável que a formação de um grupo de profissionais com acúmulo de conhecimento sobre investigações financeiras e perícia contábil sob uma unidade especializada bem estruturada permite maiores oportunidades de êxito em recuperar bens, sobretudo caso a agência atue não só de forma reativa, em cumprimento a pedidos de apreensão e confisco de ativos, mas também de maneira proativa em identificar bens relacionados a atividades ilícitas (Gray et al., 2014).

O relatório sobre cooperação, também apresentado na 15ª Sessão da Assembleia dos Estados Parte do TPI, reitera a identificação, a apreensão e o confisco de ativos como prioridade do Tribunal. A Secretaria do Tribunal desenvolve ações coordenadas com o grupo de trabalho para a facilitação da cooperação, ao qual apresentou relatório sobre as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal no âmbito de investigações financeiras. Dentre as recomendações feitas, o Tribunal enfatiza a necessidade de divulgar e sedimentar seu mandato para a recuperação de ativos, além de identificar as normas nacionais em vigor que permitem o rastreamento, a apreensão e o confisco de bens e valores. A medida visa a fomentar o comprometimento dos Estados Parte em conscientizar as respectivas autoridades nacionais sobre a importância de executar pedidos de recuperação de ativos emanados do TPI e, simultaneamente, visa a incentivar os Estados Parte a prover fundamentos normativos domésticos capazes de operacionalizar medidas restritivas sobre ativos, consoante as diretrizes do ER, a que se vinculam (ICC, 2016b). De fato, um quadro normativo sólido e institucionalizado, a priorização de políticas e estratégias abrangentes e a alocação de recursos adequados às instituições são reconhecidos como ferramentas indispensáveis para o êxito de iniciativas que visam à recuperação de ativos ilícitos (Stephenson et al., 2011).

Importa salientar que a estratégia do TPI não se resume aos Estados, mas se expande para incluir agências privadas e da sociedade civil com atuação reconhecida para a recuperação de ativos. Funcionários do Tribunal têm sido capacitados



por organizações internacionais, a fim de desenvolver investigações financeiras exitosas, que se beneficiem das ferramentas disponibilizadas, por exemplo, pelas redes de cooperação internacional para recuperação de ativos de que o TPI faz parte (ICC, 2016b). Com efeito, a participação em redes dessa natureza é medida recomendada para que o Tribunal conte com estruturas informais que atuam de forma complementar aos canais formais de cooperação, ao prover alternativas seguras de comunicação com o fim de apoiar a execução de pedidos de cooperação internacional (Gray et al., 2014). Nesse sentido, o TPI é parte da *Camden Asset Recovery Inter-Agency Network* (CARIN), um mecanismo de cooperação informal que congrega especialistas para troca de informações, boas práticas e conhecimentos sobre cooperação internacional voltada à recuperação de ativos ilícitos (CARIN, 2012).

Como membro da CARIN, o TPI tem assento na reunião plenária anual, ocasião em que são fortalecidas as relações de confiança entre os membros da CARIN e que permitem ao TPI acionar especialistas nas jurisdições onde estão localizados ativos de interesse, a fim de perscrutar as melhores alternativas para que o cumprimento do pedido de assistência seja exitoso. A rede de cooperação também provê a estrutura em que o Tribunal pode acessar informações sobre marcos normativos que regulamentam a recuperação de ativos em determinado país, de modo a melhor fundamentar uma requisição que parta do Tribunal. Caso a jurisdição em que se encontra o bem alvo do pedido do TPI também seja parte da rede, a natureza online da plataforma permite ao TPI a comunicação em tempo real com a jurisdição correspondente, de forma que a medida restritiva sobre os bens possa ser cumprida em tempo hábil, o que evita que eles sejam remanejados ou dolosamente danificados durante o intervalo de tempo em que o pedido formal de cooperação chega ao Estado requerido.

Trata-se de alternativas para mitigar a ausência de respostas aos mandados do TPI, o que gera um sentimento indesejável de impunidade. Com efeito, a adoção de medidas sobre ativos denota o compromisso das autoridades em aplicar medidas jurídicas apropriadas e disponíveis à recuperação de bens, o que pode catalisar o apoio necessário como alternativa eficaz ao enfrentamento de consequências de crimes tão sérios (De Jong, 2008).

## **2. Fundo Fiduciário em benefício das Vítimas**

A comunidade internacional se une pelos valores que compartilha. Esses valores estão frequentemente refletidos em instrumentos normativos internacionais, como as convenções. Nesse sentido, o compartilhamento de ativos e a recomposição das

vítimas são princípios que constam dos principais tratados internacionais. O alcance amplo das convenções das Nações Unidas chama a atenção para a importância que esses instrumentos de caráter global atribuem ao tema (UNODC, 2001).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional conclama os países a priorizar a devolução, ao Estado requerente, dos ativos de origem ilícita confiscados, a fim de que possa compensar as vítimas do crime ou restituir tais ativos aos legítimos proprietários (artigo 14). Da mesma forma, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção confirma a alocação prioritária dos ativos devolvidos em prol da recomposição das vítimas do crime (artigo 57).

O Tribunal Penal Internacional estabelece diretrizes atentas às vítimas, com o propósito de concedê-las espaço apropriado para lidar com o que lhes afeta por ocasião do julgamento dos crimes. Essa oportunidade é valiosa, uma vez que a experiência da vítima não se esgota no passado. O conflito lega medo, perseguição, pânico e desamparo. As repercussões se projetam no presente em manifestações concretas do trauma sofrido. As vítimas frequentemente se veem em profundo pesar, sob sérios danos físicos e psicológicos.

Diante desse diagnóstico, manifesta-se a necessidade imperativa de capacitar as autoridades que se ocuparão das vítimas, com o fim de lhes permitir interromper, tanto quanto possível, os danos decorrentes do crime. O TPI ratifica essa orientação por meio do reconhecimento do vínculo utilitário entre recuperação de ativos e reparação a vítimas, o que permite o uso efetivo de processos criminais como instrumentos valiosos à superação dos males causados pelo conflito (Chung, 2008). Nesse sentido, o Tribunal se posiciona em vanguarda ao atribuir tamanha importância ao bem-estar das vítimas, tido como elemento fundamental para lograr compromissos reparatórios ao final do julgamento.

O TPI define vítimas como pessoas –físicas ou jurídicas– que sofreram danos consequentes da comissão de crime sob jurisdição do Tribunal. O conceito abrange pessoas jurídicas porquanto inclui lugares e objetos com fins humanitários, monumentos históricos, hospitais, organizações e instituições que sofreram danos diretos a bens dedicados a religião, educação, arte, ciência ou caridade (regra 85 do RP). O princípio geral do TPI em considerar a necessidade de vítimas pondera fatores relevantes, como idade, saúde e gênero. Por conseguinte, o Tribunal direciona atenção particular a crianças, idosos, pessoas com deficiência e vítimas de violência sexual ou de gênero (Regra 86).

A proteção de vítimas, princípio fundamental do TPI, é regulada por diversos artigos do Estatuto de Roma. Pela primeira vez na história da justiça penal internacional, vítimas têm o direito de participar dos processos e de requerer compensação pelos

prejuízos. A segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a privacidade das vítimas são protegidos nos termos do artigo 68. Princípios relacionados às formas de reparação em favor das vítimas, inclusive a restituição, compensação e reabilitação serão implementados pelo Tribunal consoante previsão do artigo 75.

O marco normativo é importante para alcançar convergência entre o processo criminal e o pleito das vítimas. Se o Tribunal restringisse sua ação ao acusado, independentemente da condição das vítimas como sujeitos no conflito, criaria uma lacuna entre as expectativas das vítimas e o que elas efetivamente alcançam. Desarte, um modelo de resolução de situações adversas que conte com a inclusão das vítimas complementa a competência do Tribunal em julgar o acusado e realiza a efetiva reparação do dano, o que atende expectativas legítimas daqueles que sofreram os efeitos do crime (Cunneen, 2006). Ultrapassar a ideia de que a condenação é a única resposta criminal viável parece uma estratégia mais holística para lidar com todos os polos do conflito.

Com efeito, a participação das vítimas durante o processo importa na medida em que possam ser ouvidas e contribuir para uma solução persecutória e reparatória. Indubitavelmente, a representação de ambos os polos no julgamento contribui para a legitimidade da sentença, uma vez que abrange os sujeitos envolvidos, os primordialmente interessados na resolução no conflito. Nada mais razoável, portanto, que as vítimas sejam ouvidas como atores centrais do processo, de modo que lhes seja concedida oportunidade de contribuir para a decisão do Tribunal. Agir segundo essa diretriz permite ao TPI fomentar o reconhecimento das vítimas como pessoas, elevando-as como sujeitos e provendo meios para que se emancipem das consequências dramáticas do crime.

O procedimento a que as vítimas devem se submeter para solicitar reparação, compensação ou reabilitação ilustra a necessidade de identificá-las nominalmente, uma vez que do pedido deve constar informação específica sobre o requerente (identidade e endereço), o dano (descrição de lesão, perda ou prejuízo, inclusive sobre o local e a data do fato) e o infrator (identidade de quem a vítima acredita ser responsável pelo dano). Caso solicite a restituição de bens, propriedades ou outros objetos tangíveis, o requerente também deve descrevê-los (Regra 94 do RP).

O Tribunal não precisa, contudo, esperar ser provocado. Pode agir de ofício para conceder reparações às vítimas. Nesse caso, elas devem ser notificadas e resguardam o direito de renunciar à ordem de reparação (Regra 95 do RP). De todo modo, a decisão de reparação deve determinar o escopo e a extensão do dano, perda ou lesão (artigo 75 do ER). Especialistas podem ser indicados para auxiliar esses processos, de modo que podem recomendar alternativas pertinentes de reparação,

desde que respeitem direitos de vítimas e condenados, que serão ouvidos para que se manifestem sobre a sugestão proposta (Regra 97 do RP).

As vítimas, a pessoa condenada e as autoridades nacionais do Estado de execução serão consultadas sobre a decisão do Tribunal relativa ao destino ou à alocação dos ativos confiscados. A consulta não exclui a prioridade de execução de medidas relativas à reparação em favor das vítimas (Regra 221 do RP). Ao contrário, fomenta o aprendizado por meio do planejamento participativo e da avaliação dos envolvidos, a fim de assegurar um procedimento executável, interativo e esclarecedor entre os atores envolvidos. Espera-se, com isso, que as vítimas sejam empoderadas para se engajar com a recomposição delas mesmas e da comunidade a que pertencem.

O Estatuto de Roma dá efeito à oportunidade para que as vítimas possam conjugar alternativas a fim de lidar com os danos de maneira engajada por meio da reparação pelo mal que sofreram. O Tribunal dá efeito a esse mandato por meio do Fundo Fiduciário em benefício das vítimas e das respectivas famílias. Nos termos do artigo 79, está previsto o Fundo Fiduciário, conhecido como fundo em benefício das vítimas e das respectivas famílias, que foi estabelecido pela Resolução 6 da Assembleia dos Estados Parte.

Trata-se de ferramenta que permite ao Tribunal realizar justiça além da pena imposta aos infratores. Busca sobretudo restaurar a dignidade das vítimas. Para esse propósito, o Fundo tem por escopo prover meios que financiem a recomposição, uma vez reconhecidos os prejuízos sofridos, individual ou coletivamente. Essa recomposição frequentemente se relaciona a cuidados de saúde e a acompanhamento pós-traumático, orientados à reconciliação desde uma perspectiva individual, familiar ou comunitária.

Em outras palavras, o Fundo constitui instrumento apropriado para implementar ordens reparatórias do Tribunal e para apoiar as vítimas dos mais graves dos crimes em termos médicos, psicológicos e materiais. A vocação do Fundo é mitigar o sofrimento por meio de iniciativas que restaurem a dignidade das vítimas, promovendo a recomposição de projetos de vida sob uma óptica individualmente favorável e coletivamente construtiva.

O provisionamento do Fundo Fiduciário advém de múltiplas fontes. Além dos recursos captados por meio de ordens reparatórias e de bens e valores confiscados ou recolhidos a título de multa, o Fundo é financiado por contribuições voluntárias de governos, organizações internacionais, indivíduos e empresas. A Assembleia dos Estados Parte também pode alocar recursos ao Fundo Fiduciário.

Na hipótese de ser temporariamente impraticável conceder a reparação individualmente, a indenização reparatória paga diretamente pelo condenado será

depositada no Fundo Fiduciário. Então, o valor será mantido em separado no Fundo e as vítimas serão recompensadas o mais breve possível (Regra 98 do RP). Nesse caso, o plano de implementação deve revelar a identidade e a localização das vítimas aptas a receber a indenização, além dos métodos de desembolso (parágrafo 59 do RFFV).

O TPI também pode ordenar que as reparações às vítimas sejam pagas por meio de rendimentos dos produtos, bens, ativos e instrumentos do crime. Os bens e ativos sujeitos a confisco devem ser especificados pelo Tribunal, bem como o alcance e a natureza das reparações e a identidade das vítimas às quais se concedeu reparação a título individual. Nesse caso, a vítima receberá cópia da ordem de reparação (regra 218 do RP).

Sempre que as atividades e os projetos do Fundo Fiduciário forem acionados por decisão do Tribunal, haverá um plano para implementá-los. O valor das indenizações considerará a natureza do crime, as lesões especificamente causadas às vítimas e as provas comprobatórias, bem como o tamanho e a localização do grupo beneficiário. Caso os recursos recolhidos mediante ordens de reparação não sejam suficientes, outros recursos do Fundo podem complementá-los (parágrafo 56 do RFFV).

No caso de contribuições voluntárias de governos, não é permitida a restrição do uso das contribuições voluntárias que apóiem ao Fundo. Outros doadores, contudo, podem destinar a terça parte das respectivas contribuições voluntárias a atividade ou projeto específico do Fundo Fiduciário. A alocação será recebida na medida em que beneficie vítimas, nos termos estabelecidos pelo marco normativo do Tribunal, e que não seja considerada discriminatória. As múltiplas fontes de patrocínio requereram o desenvolvimento de sistema de controle apto a distinguir fundos, facilitar a identificação da origem do financiamento e verificar a adequação do uso (parágrafos 27e 38 do Regulamento do Fundo Fiduciário em benefício das vítimas - RFFV). O sistema permite ao Tribunal agir nos termos da instrução para alocação específica desses ativos.

Caso a compensação coletiva pareça ser mais apropriada, o Tribunal pode ordenar ao condenado que deposite o montante no Fundo Fiduciário. Na hipótese de haver tantas vítimas que seja impossível identificá-las individualmente, dados demográficos e estatísticos sobre o grupo de vítimas deve ser utilizado para prover alternativas à reparação. Estados, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais nacionais ou internacionais podem colaborar para localizar eventuais membros de grupos beneficiários das ações de reparação e que ainda não tenham sido identificados por ocasião do processo reparatório, a fim de que se apresentem perante o Fundo Fiduciário (parágrafo 61 do RFFV).

O Fundo Fiduciário pode contar com o auxílio desses intermediários - como Estados interessados, organizações intergovernamentais e organizações não governamentais nacionais ou internacionais - também para facilitar o pagamento das indenizações. O plano de implementação deve contar com conhecimento especializado que permitirá a tais intermediários cumprir a ordem do Tribunal nos casos em que essa intervenção propicie melhor acesso ao grupo beneficiário e não crie nenhum conflito de interesse (parágrafo 67 do RFFV).

O procedimento conta com processo de supervisão, de modo que o TPI possa monitorar o respeito a regras e responsabilidades vinculadas à indenização (parágrafo 73 do RFFV). O monitoramento prioriza uma atuação local, a fim de assegurar que as reparações sejam apropriadas para responder à realidade em que intervém. A coordenação articulada com uma instituição cuja atuação seja referência na área em que se encontram as vítimas atingidas pelo conflito permite que a efetividade da iniciativa seja analisada sob uma perspectiva local. O envolvimento de uma organização regional auxilia o fortalecimento de capacidades técnicas e institucionais dos atores interessados, de modo a qualificá-los como promotores de medidas sustentáveis de apoio às vítimas e às respectivas famílias. O programa de monitoramento inclui estratégias de gerenciamento financeiro e securitário, articulação com outras instituições, controle de qualidade e avaliação de resultados.

A prioridade que o Tribunal atribui à perspectiva financeira do crime e à reparação a vítimas fica clara pela leitura do artigo 10 do Estatuto de Roma, que faculta ao Tribunal a possibilidade de reduzir a pena caso haja iniciativa voluntária do acusado em cooperar para a localização dos ativos sujeitos a ordens de multa, confisco ou reparação, que podem ser usados em benefício das vítimas. O Regulamento Processual confirma essa cláusula para identificar como circunstância atenuante o esforço do condenado em compensar as vítimas (Regra 145). Essa diretriz parece estimular o engajamento do acusado na solução, por meio da racionalização de alternativas para reparar o dano, o que permitirá, na melhor das hipóteses, a humanização das partes. Acusados e vítimas podem se reconhecer como sujeitos e aproveitar a oportunidade para lidar com os danos materiais e imateriais decorrentes do conflito.

Indubitavelmente, essa perspectiva ilustra que as vítimas não são as únicas a se beneficiar. Conferir aos acusados a oportunidade de sanar os efeitos negativos das ações que perpetraram pode ser um fator restaurativo, na medida em que os esforços para recompor a condição prévia das vítimas lhes permitem reavaliar o envolvimento na comissão de crimes cujas consequências são tão desumanas (Umbreit et al., 1999).

O empenho em compensar as vítimas pode autorizar aos infratores a experiência de reparar o mal causado. Trata-se de ocasião favorável a que os acusados

reconheçam as consequências dos atos perpetrados e encontrem alternativas para a própria reabilitação, haja vista os incentivos a que ativamente assumam responsabilidade pela reparação às vítimas. Ademais, esse engajamento constitui circunstância atenuante da pena. Parece, por conseguinte, uma situação em que todos ganham: a vítima, pela reparação; os acusados, pelo abrandamento da pena; e o Tribunal, por fomentar a reabilitação de ambos os polos do conflito.

O TPI também ganha por desenvolver legitimidade ao atuar por meio de uma intervenção socialmente útil, com resultados concretamente positivos. As disposições sobre as quais se fundamenta o Tribunal parecem ser basilares para instrumentalizar marcos normativos internacionais aptos a estimular a recuperação de ativos e a reparação dos danos do crime. A esse respeito, vale a pena ressaltar que a efetividade da intervenção do Tribunal pode ser avaliada pela consecução dos objetivos que a instituição atribui a si mesma. O alcance do julgamento será mensurado não apenas pela capacidade dissuasória – comprovada ou potencial – mas também pela satisfação das expectativas em lidar com os problemas sociais decorrentes do conflito (Lugon-Moulin, 2008).

Os crimes sob jurisdição do Tribunal são da mais alta gravidade na medida em que violam de forma nefasta os mais básicos direitos humanos. A análise acerca do restabelecimento desses direitos é, portanto, fundamental para avaliar o proveito da resolução que o TPI dá ao conflito. Com efeito, a capacidade que o Tribunal demonstrar em encontrar soluções para lidar com os danos será um indicador básico da legitimidade do Tribunal perante a comunidade internacional.

O TPI conta com marco jurídico que lhe atribui a conveniência de agir como promotor de uma abordagem propositiva a conferir um lugar adequado àqueles a quem cabe reparação. Estudo desenvolvido pelo Banco Mundial e pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) intitulado “Recuperação de ativos desviados: rumo a uma arquitetura global para recuperação de ativos” reconhece o mandato do TPI:

(...) “O Tribunal Penal Internacional e os tribunais *ad hoc* podem assumir importância funcional no marco da arquitetura internacional em prol da recuperação de ativos desde que esses tribunais efetivamente tenham o poder de ordenar a localização, o bloqueio e o confisco de ativos, como penalidades associadas, direta ou indiretamente, a crime sob sua jurisdição, de modo que todos os Estados membro devem cumprir. Nas ocasiões em que os acusados podem ser capturados, julgados e condenados, o Tribunal pode alocar fundos

confiscados e multas em prol de vítimas. O modo como a alocação será gerenciada entre autoridades nacionais e vítimas ainda é fator a ser visto (...). O uso de julgamentos por tribunais penais internacionais para apoiar futuras ações civis perante tribunais nacionais pode constituir o canal mais promissor para a recuperação requerida pelo Estado vítima e por terceiros”. (UNODC, 2009, p. 59-60)

O estudo mencionou que os elementos operacionais do desembolso para reparação pendem de verificação prática porquanto ordens emitidas pelo Tribunal relativas a multas, confisco e indenizações de reparação ainda não geraram receita. Fundos provenientes de doadores privados ainda são modestos. Contribuições voluntariamente oferecidas pelos Estados Parte tem sido a principal fonte de receita do Fundo Fiduciário<sup>3</sup>. Há, por conseguinte, uma janela de oportunidade para a realização de progresso significativo e para confluência prática do que pode ser lido nos documentos fundadores do TPI. A primeira ordem de reparação do TPI, concernente ao caso Lubanga, bem como o caso Katanga, parecem ser passos importantes nessa direção.

### **3. Operacionalização das ordens de reparação em favor das vítimas**

#### **3.1. Caso Lubanga: desenvolvimentos recentes**

No que se refere à situação na República Democrática do Congo, no caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), o primeiro veredito do TPI confirmado pela Seção de Recursos constitui um marco contra a impunidade por graves crimes de guerra. O julgamento teve início em 2009. A 1ª Câmara do Juízo de Julgamento em primeira instância condenou o Senhor Lubanga Dyilo em 2012. O acusado foi considerado culpado por alistar, recrutar e usar crianças com idade inferior a 15 anos para que participassem ativamente dos conflitos armados. Ele foi sentenciado a 14 anos de prisão. Posteriormente, a mesma Câmara do Juízo de Julgamento estabeleceu, pela primeira vez, o princípio de reparação para vítimas pelos crimes cometidos por Lubanga:

Em 7 de agosto de 2012, a 1ª Câmara do Juízo de Julgamento decidiu sobre os princípios e procedimentos a serem seguidos para efetivar a reparação das vítimas do caso. Em 3 de março de 2015, a Seção de Recursos retificou a ordem do Juízo de Julgamento sobre reparações e instruiu o Fundo Fiduciário em favor das Vítimas a

3 TPI. *Trust Fund for victims strategic plan for the period 2014-2017*. Haia, 2014.



apresentar ao Juízo de Julgamento, dentro de 6 meses, uma proposta de plano de implementação para reparações coletivas. (ICC, 2015)

O julgamento da apelação contra a “Decisão que estabelece os princípios e procedimentos aplicáveis a reparações” (ICC-01/04-01/06-2904), com ordens retificadoras para reparações (Anexo A) e anexos públicos 1 e 2, revelam pelo menos cinco elementos principais: (1) princípios de justiça e tratamento equânime de todas as vítimas, independentemente da participação no processo de julgamento; (2) programas de reparação devem prever medidas para reintegrar antigas crianças soldado, a fim de mitigar a vitimização, discriminação e estigmatização desses jovens; (3) abordagem de gênero como diretriz para os princípios e procedimentos aplicáveis a reparações, independentemente do fundamento da condenação em crimes sexuais; (4) entre outros, o número de vítimas é fator importante para determinar se as reparações coletivas são mais apropriadas; (5) responsabilidade pessoal do condenado a respeito das reparações concedidas ainda que não puderem ser pagas devido a seu estado pessoal de pobreza extrema ou indigência.

Quanto ao último elemento, apesar do Tribunal ter reconhecido a indigência do Senhor Lubanga para fazer frente às despesas com a ordem de reparação em favor das vítimas, a decisão da Seção de Recursos determinou que se o Fundo Fiduciário em favor das Vítimas (FFV) alocar recursos para possibilitar a implementação da ordem, este poderá solicitar restituição posterior a cargo do condenado. Por ocasião da implementação das ordens reparatórias nesse caso, nos termos decididos pela Seção de Recursos, o FFV terá, pela primeira vez, cumprido seu mandato quanto a reparações.

No entanto, tão logo o FFV apresentou o plano de implementação para as reparações coletivas no dia 03 de novembro de 2015 (ICC, 2015), nos termos da decisão acima mencionada da Seção de Recursos (Juízo *ad quem*), o Juízo *a quo* proferiu decisão no dia 09 de fevereiro de 2016 (ICC, 2016), considerando que a peça do FFV estava incompleta; e que por tal razão, iria deferir sua aprovação e estabelecer novo prazo para o cumprimento das exigências e elementos adicionais apontados.

Ainda que a decisão do Juízo *ad quem* tenha sido de clareza solar ao consignar que a reparação em favor das vítimas no caso Lubanga dar-se-ia na forma coletiva (regra 98 para. 3), o Juízo *a quo* instruiu ao FFV que identificasse individualmente as vítimas potencialmente beneficiárias da reparação, incluindo avaliação preliminar da extensão e do nível dos danos causados às vítimas e autorização por escrito do requerente (vítima) para que a Defesa do condenado possa se manifestar sobre todo e qualquer pedido individualmente.

Considerando a literalidade do parágrafo 56 do RFFV e a regra 98(3) do Regulamento Processual do TPI, não seria exigível um mecanismo de verificação individual das vítimas potencialmente beneficiárias de reparação no âmbito do TPI, quando se tratar de reparações coletivas. Caso contrário, a operacionalização das ordens de reparação coletiva em favor das vítimas pelo FFV e a credibilidade do sistema de reparações encartado no ER poderiam resvalar para situações de revitimização das vítimas e, conseqüentemente, a imposição de obstáculos à efetivação do direito de acesso à reparação.

Por outro lado, é importante compreender o impacto negativo para a efetivação do direito de acesso à reparação em favor das vítimas, quando o FFV não dispõe de recursos financeiros suficientes para complementar o patrimônio que será afetado para o cumprimento da ordem judicial de reparação.

“O Fundo Fiduciário em favor das Vítimas foi criado segundo o artigo 79 do Estatuto do TPI e estabelecido pela Assembleia dos Estados Parte em 2002. Trata-se de instituição independente com dois mandatos: por um lado, implementar as ordens do Tribunal para reparação em favor das vítimas e, por outro lado, prestar assistência às vítimas, particularmente quanto à reabilitação física e psicológica. No exercício do segundo mandato, o Fundo Fiduciário em favor das Vítimas já apoiou cerca de 80.000 vítimas, sobretudo em Uganda e na República Democrática do Congo”. (FIDH, 2015)

Importa registrar que o FFV é financiado por contribuições voluntárias dos Estados, organizações internacionais e outros doadores. De todo modo, é justa a preocupação quanto ao orçamento e à gestão da liquidez do Fundo em tempos de recessão econômica global, sobretudo se a Unidade de Investigação Financeira da Procuradoria não possui estratégia de longo prazo para recuperação de ativos, com o fito de garantir recursos adicionais em prol da reparação das vítimas – artigo 75 (4) (reparação a vítimas), artigo 79 (2) (fundo em favor das vítimas) e artigo 93 (1--K) (outras formas de cooperação) do ER.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Artigo 75 (reparação a vítimas), parágrafo 4º: “Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1o do artigo 93.” Artigo 79, parágrafo 2º: “O Tribunal poderá ordenar que o produto de multas e quaisquer outros bens declarados perdidos revertam para o Fundo”. Artigo 93 (outras formas de cooperação) parágrafo 1º (k) “Em conformidade com o disposto no presente Capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé”.

O documento intitulado “Perguntas e respostas” sobre a situação da República Democrática do Congo (ICC-PIDS-QyA-DRC-01-01/15\_Eng), disponibilizado pela Seção de Informação e Documentação Pública do TPI (PIDS), curiosamente simplifica os desafios futuros do Tribunal para proceder às ordens de reparação por meio do Fundo Fiduciário em favor das Vítimas:

“O valor arrecadado permite ao Fundo cumprir seus dois mandatos, quais sejam, o mandato de assistência geral às vítimas nas situações em que o TPI opera, e o mandato para contribuir para a implementação de ordens de reparação a vítimas em casos particulares perante o Tribunal.

Em cumprimento ao mandato, o Fundo considera o montante disponível para elaborar o plano de reparação em casos particulares. Com fundamento no plano adotado pelos juízes, caso seja necessário, podem ser requeridas contribuições adicionais dos Estados e de outros doadores”. (ICC, 2015)

É cediço, contudo, que os tribunais enfrentam restrições orçamentárias cujos impactos na efetividade de programas de reparação são negativos. O TPI tem de lidar com recursos escassos para reparações quando a capacidade financeira da pessoa condenada não permite a implementação da decisão do Tribunal. De fato,

“Esses desafios preponderam quando se utiliza um modelo de fundo fiduciário. A Associação de Direito Internacional ressaltou que ‘há risco de esgotamento de doações em sistemas *ad hoc* de reforço de dotações: apesar de os Estados tenderem a garantir fundos nos estágios iniciais do procedimento, é frequente que esse compromisso desvaneça futuramente, o que dificulta a manutenção de financiamento nos níveis necessários’. Sugere-se que ‘um sistema de quantia fixa pode evitar essas dificuldades’ em que ‘o montante total do fundo é previamente definido’, embora tal sistema ‘tenha de priorizar o pagamento de casos urgentes de petionários carentes e/ou limitar os pagamentos à parte do montante total aferido pelas perdas’. Isso ressalta a necessidade de manter ênfase constante na recomposição do fundo, a fim de assegurar que os beneficiários elegíveis não sejam prejudicados, o que pode ser atingido por meio da captação de recursos, bem como na localização e recuperação de ativos”. (REDRESS, 2015)

### **3.2. Caso Katanga**

Compreender a recuperação de ativos como uma boa prática em um caso paradigmático pode influenciar positivamente julgamentos futuros. No que concerne ao

caso Katanga, uma decisão da 2ª Câmara do Juízo de Julgamento sobre políticas reparatórias deve ser exarada em breve. Tal decisão deve esclarecer sobre as lições aprendidas com o caso Lubanga.

Em 2014, Katanga foi condenado pela 2ª Câmara do Juízo de Julgamento por ter participado no cometimento de crime contra a humanidade (homicídio) e por quatro crimes de guerra (homicídio, ataque a população civil, destruição de propriedade e pilhagem) cometidos em 2003, durante o ataque à vila de Bogoro, no distrito de Ituri da República Democrática do Congo. O julgamento é definitivo.

Posteriormente, o mesmo Juízo de Julgamento sentenciou Germain Katanga a um total de 12 anos de prisão. Não obstante, decisões sobre possíveis reparações serão emitidas futuramente. Esse é o segundo julgamento a ser finalizado pelo TPI quanto a crimes de guerra e crimes contra a humanidade no Leste da República Democrática do Congo.

Em 2015, a 2ª Câmara do Juízo de Julgamento convidou a defesa de Germain Katanga, o representante legal das vítimas, a Secretaria, o FFV e o Procurador para apresentar observações sobre a possibilidade de os princípios gerais de reparação estabelecidos no âmbito do caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06) se aplicarem aos fatos do caso *Procurador v. Germain Katanga* (ICC-01/04-01/07), com as possíveis adaptações necessárias segundo as circunstâncias do caso. Vale lembrar que neste caso ainda não há determinação judicial sobre a forma de reparação que será adotada, coletiva, individual ou ambas simultaneamente.

De acordo com a organização de direitos humanos REDRESS, “O Tribunal se depara com o desafio de determinar uma reparação justa com fundos limitados para as vítimas de Bogoro que indicaram preferir medidas individualizadas de reparação” (REDRESS, 2015).

Além disso, o FFV chamou a atenção para o fato de que uma interpretação literal do parágrafo 56 do RFFV não permite que fontes alternativas do Fundo sejam usadas para complementar reparações individuais:

“A Seção de Julgamento deveria ter em consideração a dicção do parágrafo 56 do Regulamento do Fundo Fiduciário, atinente aos artigos 98(3) e 98(4) do Regulamento Processual, que indica a possibilidade do Fundo complementar financeiramente reparações coletivas. A ausência de referência neste parágrafo 56 ao artigo 98(2) do Regulamento Processual, relativa a reparações individuais, denota que fontes alternativas do Fundo Fiduciário não devem ser utilizadas como complemento a reparações individuais, como compensação financeira.” (ICC, 2015)

A prolação de decisões que atribuem ao condenado o dever de reparação pelo dano causado constitui um dos princípios gerais sedimentados no contexto do caso *Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06). Nesse sentido, o Tribunal deve ser consciente de suas atribuições cometidas pelo Estatuto para tomar medidas adequadas, visando a resguardar os interesses das vítimas sem desconsiderar os direitos fundamentais do condenado – inclusive constatações de indigência ou pobreza extrema para propósitos reparatórios (artigo 68 (1) do ER).

### 3.3. Caso Bemba

No tocante à situação na República Centro-Africana (RCA), o caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08) poderá revelar novos pontos de inflexão no papel da recuperação de ativos pelo Tribunal na instrumentalização da reparação a vítimas e também no impacto da constrição patrimonial nos direitos do acusado cuja condição financeira deixe de ser solvente ao longo das fases de julgamento e de reparação a vítimas.

Em 21 de março de 2016, o Senhor Bemba Gombo foi condenado por crimes contra a humanidade (homicídio e estupro) e por crimes de guerra (homicídio, estupro e pilhagem) cometidos pela milícia que liderava na República Centro-Africana no período compreendido entre outubro de 2002 e março de 2003. O TPI considerou provado que Bemba Gombo tinha autoridade e controle efetivos sobre as tropas do “Movimento pela Liberação do Congo” (MLC) que cometeram os crimes no país vizinho.

Àquela época, aproximadamente 1.500 homens do MLC atravessaram o rio Ubangui, a fronteira natural entre a República Democrática do Congo (RDC) e a RCA, para apoiar o presidente centro-africano, Ange-Félix Patassé, vítima de uma tentativa de golpe liderada pelo general François Bozizé. Os ataques dos membros do MLC na RCA foram generalizados e sistemáticos, deixando um grande número de vítimas.

Pela primeira vez na história do Tribunal, um comandante militar é condenado por crimes praticados pelas tropas que liderava, num país terceiro. Vale relembrar que Bemba não estava na República Centro-Africana quando ocorreram os crimes.

Em 21 de junho de 2016, a 3ª Câmara do Juízo de Julgamento sentenciou Bemba Gombo a um total de 18 anos de encarceramento. Ademais, em 19 de outubro de 2016, Bemba e outros quatro colaboradores (Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu e Narcisse Arido) foram condenados em outro processo no TPI (ICC-01/05-01/13) por crimes contra a administração da justiça. As condutas delituosas são relativas a uma série de falsos depoimentos

dados pelas testemunhas de defesa no processo principal (ICC-01/05-01/08) em que se constatou a intenção dos réus de influenciar alguns depoimentos (14 testemunhas), entre o final de 2011 e novembro de 2013, para que os depoentes cometessem perjúrio.

Quanto à política ou estratégia de recuperação de ativos pelo Tribunal, o caso Bemba representa uma oportunidade particular e sem precedentes por vários aspectos. Desde logo porque o Sr. Bemba não foi declarado indigente ou pobre imediatamente após sua prisão e comparecimento inicial perante os juízes da 3ª Câmara do Juízo de Instrução em 2008. Basicamente, essa decisão foi lastreada na identificação de riqueza patrimonial e atividades empresariais desenvolvidas pelo então investigado. Em termos práticos, a partir dessa constatação o Sr. Bemba é excluído do benefício da assistência jurídica ou defesa técnica paga pelo Tribunal, conforme os critérios estabelecidos no artigo 84 do Regimento do Tribunal e artigo 132 do Regimento da Secretaria do Tribunal (Schabas, 2016).

Com efeito, o Sr. Bemba é o primeiro réu condenado pelo TPI cujo patrimônio foi congelado ou apreendido desde sua prisão cautelar e que, simultaneamente, custeou sua própria defesa técnica. Essa situação gerou algumas dificuldades para o pagamento dos honorários advocatícios pelo então acusado (ICC, 2009). De fato, a defesa de Bemba manejou diversos pedidos de liberação de seus ativos congelados ou apreendidos, nomeadamente o saldo de uma conta bancária em Portugal. Em outubro de 2008, a petição inicial de levantamento da indisponibilidade patrimonial de Bemba (“Requête en main levée de saisie”) foi parcialmente acolhida pela 3ª Câmara do Juízo Instrução para liberar uma quantia mensal de € 36.260 da mencionada conta bancária, sendo € 30.150 para o pagamento dos honorários advocatícios e € 6.110 para custear a manutenção dos membros da família do acusado (ICC, 2008).

Cumprido ressaltar que, em 27 de maio de 2008, a 3ª Câmara da Seção de Instrução comunicou à República de Portugal pedido de cooperação judicial e auxílio judiciário intitulado “Decisão e Pedido com Vista a Obter a Identificação, a Localização, o Congelamento e a Apreensão de Bens e Haveres, Apresentados à República Portuguesa” (TPI, 2008). Como se pode verificar, poucos meses depois de encaminhado o referido pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário com fulcro no artigo 93 (1-K) do ER, os juízes da 3ª Câmara da Seção de Instrução acolheram parcialmente o requerimento da defesa de Bemba para o desbloqueio de valores de conta bancária. Essa decisão amparou o pleito do acusado concernente à suposta falta de recursos para pagar os honorários dos seus advogados de defesa, bem como para o sustento dos membros de sua família (Laucci, 2016). Portanto,

é de se perceber a tentativa de equalização entre os direitos do acusado e a política de recuperação de ativos com vista a resguardar o patrimônio do acusado para uma eventual reparação a vítimas em momento posterior ao trânsito em julgado da condenação criminal.

De fato, o próprio texto do supracitado pedido de cooperação e auxílio judiciário enfatiza a relevância da recuperação dos bens e haveres da pessoa contra a qual um caso se encontra aberto no TPI. Em outras palavras, a localização, a identificação e o congelamento ou apreensão, o mais rapidamente possível, do patrimônio do acusado poderão viabilizar a garantia de reparações futuras em favor das vítimas, no caso de declaração de culpabilidade. Efetivamente, os juízes da 3ª Câmara da Seção de Instrução do TPI (2008) afirmaram que:

“O Juízo tem consciência que as tecnologias atualmente disponíveis podem permitir a uma pessoa colocar rapidamente uma grande parte dos seus bens fora do alcance do Tribunal. Sendo assim, o Juízo considera que a identificação, a localização, o congelamento e a apreensão dos bens e haveres do Sr. Bemba são necessários, no superior interesse das vítimas, para garantir que, na hipótese em que o Sr. Bemba seja declarado culpado dos crimes que lhe são imputados, as vítimas possam, em aplicação do artigo 75 do Estatuto, obter reparação dos prejuízos que poderão ter-lhes sido causados”.

De acordo com informações divulgadas pela imprensa, as autoridades portuguesas enfrentaram algumas dificuldades para cumprir o pedido de arresto ou sequestro dos bens de Jean-Pierre Bemba, especialmente quanto aos valores depositados no Banco Português de Negócios (BPN) e no tocante à manutenção de aeronave Boeing 737 adaptada, com lotação de 130 lugares, cuja despesa de aluguel do hangar em que estava estacionada no Aeroporto de Faro era de aproximadamente quatro mil euros mensais (Mesquita, 2009).

As autoridades portuguesas localizaram aplicação financeira de € 1,7 milhão realizada por Jean-Pierre Bemba numa dependência do BPN com sede em Cabo Verde. Segundo jornalista colaboradora da BBC em Cabo Verde, o TPI teria enviado pedido de cooperação às autoridades judiciárias cabo-verdianas para a identificação de possível patrimônio do então investigado nesse país. Mas Cabo Verde recusou a colaboração nos termos do referido pedido do Tribunal, alegando não ser Estado-parte do ER e não ter assinado qualquer outro tipo de acordo ou protocolo de cooperação com o Tribunal (Lima, 2009).

Mesquita (2009) afirma que, para além da conta em Cabo Verde, “as autoridades portuguesas localizaram mais outras duas contas no BPN, usadas por Jean-Pierre Bemba para pagamentos de despesas em Portugal e que eram abastecidas através de transferências provenientes da República Democrática do Congo”. Além disso, a indisponibilidade dos bens do acusado também recaiu sobre um imóvel avaliado em mais de € 3 milhões, situado no luxuoso empreendimento turístico denominada Quinta do Lago, no Algarve. Também foram apreendidos dois veículos de luxo de Jean-Pierre Bemba: um Porsche Cayenne e um jipe Nissan Armada.

No entanto, em novembro de 2009, a 3ª Câmara da Seção de Julgamento acatou requerimento da defesa do acusado para suspender a ordem de outorga de procuração em favor da Secretaria do Tribunal para que fosse realizada venda antecipada da mansão situada na Quinta do Lago. O objetivo dessa imposição era, entre outras coisas, garantir fundos para o ressarcimento das despesas relacionadas à assistência judiciária do acusado que foram inicialmente sustentadas pelo TPI, uma vez que a totalidade do patrimônio do Sr. Bemba foi alvo de bloqueio ou congelamento (ICC, 2009). Segundo reportagem publicada no jornal português “Público”, algumas dúvidas surgiram sobre a titularidade do luxuoso imóvel na Quinta do Lago, que estaria registrado em nome de uma empresa localizada num paraíso fiscal de forma a poder se beneficiar de isenções fiscais (Lima, 2009).

Assim, diante das dificuldades enfrentadas pela Secretaria do Tribunal e da Procuradoria para conduzir investigação patrimonial aprofundada dos bens e haveres de Jean-Pierre Bemba, o Juízo da Seção de Julgamento em primeira instância decidiu manter os repasses de valores mensais ao acusado para que lhe fosse assegurada assistência jurídica nos termos do artigo 67 (1-d) do ER até que fosse constatada alteração superveniente de sua capacidade financeira (Laucci, 2014). De acordo com manifestação do próprio Juízo da Seção de Julgamento na decisão em questão, apesar de a República de Portugal ter cumprido com os termos do pedido de cooperação e encaminhado vários documentos relevantes sob o aspecto da investigação financeira atinente ao Sr. Bemba com o objetivo de instruir o processo judicial e apoiar a tomada de decisão pelo TPI a respeito da capacidade financeira do acusado, a Secretaria do Tribunal recebeu tal documentação (escrita originalmente em português) e a transmitiu aos juízes sem produzir uma análise do que foi apresentado pelo país cooperante e sem providenciar tradução para alguma das línguas oficiais do Tribunal (ICC, 2009).

Nesse ponto, é de se perceber que tanto o Juízo da Seção de Julgamento quanto a Procuradoria e a Secretaria do Tribunal se depararam com a complexidade fática inerente ao primeiro caso em trâmite perante o TPI em que são testadas



suas capacidades de gestão de ativos dos acusados, quer de origem lícita, quer de origem ilícita. Nota-se que a gestão desses ativos, incluindo a figura da alienação antecipada de bens dos acusados, poderá viabilizar, de um lado, eventual reparação futura às vítimas do crime em caso de condenação; e de outro lado, tanto a imposição da perda de bens ao acusado como uma espécie de pena acessória quanto à possibilidade de se destinar parte do valor arrecadado com a venda do patrimônio congelado ou apreendido para ressarcir os gastos incorridos pelo Tribunal com o pagamento dos honorários da defesa técnica do acusado (assistência jurídica). Em outro trecho da supracitada decisão do Juízo da Seção de Julgamento são veiculados os desafios enfrentados pelo Tribunal para encontrar uma estratégia viável relativa à administração dos bens e haveres do acusado:

O Juízo vai dar continuidade ao processo de investigação conjunta e pormenorizada, ao lado da Secretaria e da Procuradoria (“Acusação”), sobre os passos que deverão ser tomados para reembolsar o TPI, a partir do fundo formado pelos ativos congelados ou apreendidos, relativamente aos custos de honorários advocatícios pagos à defesa técnica do Sr. Bemba, entre outras coisas. (ICC, 2009, p.7)

No entanto, na instrução do caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba e outros* (ICC-01/05-01/13), que se refere à prática de vários crimes contra a administração da justiça no curso do processo principal (ICC-01/05-01/08) em desfavor do ex-Vice Presidente congolês – mormente uma série de falsos depoimentos dados pelas testemunhas de defesa, o Sr. Bemba foi declarado parcialmente indigente conforme avaliação da Secretaria do Tribunal. Com efeito, em agosto de 2016, a defesa do acusado alegou que o valor dos bens constrictos reduziu-se drasticamente desde a prisão cautelar de Jean-Pierre Bemba em 2008 e que ele já não mais poderia converter seu patrimônio em dinheiro para pagar pelos serviços de assistência jurídica até a sentença final no caso sobre supostas interferências nos depoimentos das testemunhas (ICC, 2016a).

Nesse sentido, a defesa pleiteou novos desembolsos para o custeio da assistência jurídica provisória do acusado nos termos do artigo 85 do Regimento do Tribunal. E efetivamente logrou êxito na liberação desses recursos extraordinários até que o Tribunal tomasse uma decisão definitiva sobre a capacidade financeira de Jean-Pierre Bemba.

Percebe-se, pois, que o vultoso patrimônio pessoal de Bemba parece não ter sido suficiente para custear as despesas com seus advogados e até mesmo reembolsar o Tribunal pelos adiantamentos para assegurar seus direitos de acusado perante o

TPI desde 2008 até 2016, quando foi condenado nos dois casos supramencionados. Caso se confirme a suspeita de que a atual capacidade financeira de Bemba reduziu-se a tal ponto que venha a ser considerado indigente pelo Tribunal, o caso Bemba poderia enfrentar as mesmas dificuldades supramencionadas nos casos Lubanga e Katanga devido à condição de indigência dos condenados e as limitações do Fundo Fiduciário em benefício das vítimas.

## Conclusão

O Tribunal Penal Internacional se fundamenta em regulamentações que permitem que crimes sob sua jurisdição sejam abordados como conflitos reais, com consequências concretas, que requerem engajamento para serem superados. Essa abordagem parece apropriada na medida em que considera possibilidades úteis pelas quais infratores e vítimas podem intervir a fim de solucionar os graves problemas que inevitavelmente decorrem de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio.

Pela perspectiva dos acusados, o TPI vai além da abordagem persecutória do processo criminal, com foco na condenação e na pena de prisão. O Tribunal considera os ativos em poder dos condenados, enxergando nesses bens possíveis fontes de financiamento para uma intervenção complementar, em prol da reparação dos danos causados pelos criminosos.

Pela perspectiva das vítimas, importa considerá-las não como abstrações teóricas, mas como pessoas que efetivamente sofreram lesões, perdas e danos, tanto material quanto psicologicamente. Por isso, elas esperam uma intervenção útil do Tribunal, que lhes possibilite superar a vulnerabilidade. Ouvir as necessidades das vítimas e encontrar alternativas capazes de sobrepujá-las é fundamental para mitigar o dano.

Espera-se que a jurisprudência do TPI comece a se fortalecer depois da conclusão da fase de reparação às vítimas nos casos Lubanga e Katanga. Mas, o grande desafio do Tribunal nesta seara parece chegar com a aproximação do trânsito em julgado da condenação no caso *Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08). Em situação inédita, o TPI vai se deparar com o primeiro condenado abastado que sofreu constrição de seu vasto patrimônio, localizado especialmente em território português. Portanto, o Tribunal poderá ordenar que o produto dos bens constritos e posteriormente declarados perdidos revertam para o FFV nos termos do artigo 79 (2) do ER.

Os esforços para direcionar os procedimentos criminais em atenção às demandas das vítimas não precisam resultar do confronto entre o direito delas e o dos condenados. Ao contrário, trata-se de reconhecer a importância das vítimas para

lidar com o conflito e, com isso, promover políticas reparatórias capazes de beneficiar a todos os envolvidos. Parece vantajoso o abandono gradual da concepção estritamente punitiva da justiça criminal, em prol de processos colaborativos da justiça restaurativa, que destacam a reparação de danos causados às vítimas. Nesse sentido, a intervenção do Tribunal Penal Internacional tem o condão de proporcionar resultados bastante promissores, úteis a todos os envolvidos no conflito.

## Referências

- Aas, F.K. (2010). “Global criminology”. En McLaughlin, E. & Newburn, T. (Eds.). *The SAGE Handbook of Criminological Theory*. London: Sage.
- Chung, C. H. (2008). “Victims’ participation at the International Criminal Court: are concessions of the Court clouding the promise?”. Em *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol. 6, Núm. 3a. edição.
- Comissão das Comunidades Europeias. (2008). *Proceeds of organized crime: ensuring that crime does not pay*. Bruxelas: Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu.
- Cunneen, C. (2006). “Exploring the relationship between reparations, the gross violation of human rights and restorative justice”. Em Sullivan, Dennis y Tift, L. (Eds.). *Handbook of restorative justice: a global perspective*. London; New York: Routledge, Taylor y Francis Group.
- De Jong, C. (2008). “The role of donors”. Em PIETH, M (Ed.). *Recovering stolen assets*. Bern: Peter Lang.
- Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH). (4 de março, 2015). *Appeals decision on reparations in Lubanga case opens the way to implementation of first ICC reparation orders*. Recuperado de <https://www.fidh.org/en/region/Africa/democratic-republic-of-congo/appeals-decision-on-reparations-in-lubanga-case-opens-the-way-to>
- Ferstman, C. (2002). “The Reparation Regime of the International Criminal Court: Practical Considerations”. Em *Leiden Journal of International Law*. Vol. 15. Núm. 3.
- Ferstman, C. (2003). “The International Criminal Court’s Trust Fund for Victims: challenges and opportunities”. Em *Yearbook of International Humanitarian Law*. Vol. 6.

- Ferstman, C. (2016). "Cooperation and the International Criminal Court: The Freezing, Seizing and Transfer of Assets for the Purpose of Reparations". Em Bekou, O. & Birkett, D. (Eds.). *Cooperation and the International Criminal Court: perspectives from theory and practice*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff.
- Gray, L., Hansen, K., Recica-Kirkbride, P. y Mills, L. (2014). *Few and Far: the hard facts on stolen asset recovery*. Washington, DC: World Bank and OECD.
- International Criminal Court. (2011) *Selected basic documents related to the International Criminal Court*. The Hague.
- International Criminal Court. (junho, 2015). *Questions and Answers on the situation of the Democratic Republic of the Congo* (ICC-PIDS-QyA-DRC-01-01/15\_ Eng). Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/Lubanga\\_QA\\_03-15\\_Eng.pdf#search=ICC%2DPIDS%2DQ](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/Lubanga_QA_03-15_Eng.pdf#search=ICC%2DPIDS%2DQ)
- International Criminal Court. (junho, 2015). *Situations and cases*. Recuperado de [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx)
- International Criminal Court. (novembro, 2016b). *Report of the Court on cooperation* (ICC-ASP/15/19). Recuperado de [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP15/ICC-ASP-15-9-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-9-ENG.pdf)
- International Criminal Court. (novembro, 2016c). *Report on activities and programme performance of the International Criminal Court for the year 2015* (ICC-ASP/15/3). Recuperado de [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP15/ICC-ASP-15-3-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP15/ICC-ASP-15-3-ENG.pdf)
- International Criminal Court. (2014) *Trust Fund for victims strategic plan for the period 2014-2017*. The Hague.
- Kar, D. & Cartwright-Smith, D. (2009). *Illicit financial flows from developing countries, 2002-2006*. Washington DC: Global Financial Integrity. Recuperado de <http://www.gfintegrity.org/storage/gfip/executive%20-%20final%20version%201-5-09.pdf>
- Laucci, C. (2014). *The annotated digest of the International Criminal Court: 2009*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Laucci, C. (2016). *Code annoté de la Cour Pénale Internationale, 2009*. Leiden: Brill Nijhoff.

- Lima, C. (2009). “Bens de Bemba podem ser congelados”. En *BBC para África*. Recuperado de [http://www.bbc.co.uk/portugueseafrika/news/story/2009/07/090731\\_cverdebembaassetsvg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portugueseafrika/news/story/2009/07/090731_cverdebembaassetsvg.shtml)
- Lugon-Moulin, A. (2008). “Asset recovery: concrete challenges for development assistance”. Em PIETH, M (Ed.). *Recovering stolen assets*. Bern: Peter Lang.
- Mesquita, A. A. (2009). “Jean-Pierre Bemba tinha depósito de 1,7 milhões no BPN”. En *Público*. Recuperado de <https://www.publico.pt/2009/07/30/economia/noticia/jeanpierre-bemba-tinha-deposito-de-17-milhoes-no-bpn-1393903>
- Mühl, B., Thomas, J. & Gotskova, D. (Eds.) (2012). European Police Office. CARIN MANUAL.
- Naylor, R.T. (2004). *Wages of crime: black markets, illegal finance and the underworld economy*. Ithaca: Cornell University.
- Nelen, H. (2004). “Hit them where it hurts most? The proceeds-of-crime approach in the Netherlands”. En *Crime, law and social change*. Vol. 41. Núm. 5.
- REDRESS. (2015). *Observations submitted by REDRESS on reparation – 15 May*. Recuperado de <http://www.redress.org/downloads/2015-submission-on-reparation-in-katanga1505.pdf>
- REDRESS. (2015). *DRC: REDRESS intervenes on the issue of reparations in the Katanga case*. Recuperado de <http://www.redress.org/admin/viewemail.php?id=586>
- Schabas, W. (2007). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W. (2016). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- Stephenson, K., Gray, L., Power, R., Brun, J., Dunker, G. y Panjer, M. (2011). *Barriers to Asset Recovery: an analysis of the key barriers and recommendations for action*. Washington, DC: World Bank.
- Stessens, G. (2000). *Money laundering: a new international law enforcement model*. Cambridge: Cambridge University Press.
- UNODC. (2001). *Informal expert working group on mutual legal assistance caseworker best practice*. Vienna.

UNODC. (2016). *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics\\_corruption/Publicacoes/2007\\_UNCAC\\_Port.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf).

UNODC. (2016). *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm).

Umbreit, Mark S., Coates, R. y Bradshaw, W. (1999). “Victims of severe violence meet the offender: restorative justice through dialogue”. Em *International review of victimology*. Vol. 6. Núm. 4.

### **Jurisprudencia**

CPI [SCP III]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. *Decisão e Pedido com Vista a Obter a Identificação, a Localização, o Congelamento e a Apreensão de Bens e Haveres, Apresentados à República Portuguesa*. ICC-01/05-01-08. 27 de maio de 2008. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008\\_03085.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_03085.PDF)

CPI [SCP III]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Decision on the Second Defence’s Application for Lifting the Seizure of Assets and Request for Cooperation to the Competent Authorities of the Republic of Portugal. ICC-01/05-01/08-249. 24 de noviembre de 2008. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008\\_06574.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_06574.PDF)

CPI [SPI III]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Redacted version of “Decision on the defence application to lift Order iii) of the “Decision on legal assistance for the accused”dated 20 October 2009”. ICC-01/05-01/08-596-Red. 19 de noviembre de 2009. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009\\_08427.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_08427.PDF)

CPI [SPI III]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Redacted version of “Decision on legal assistance for the accused”. ICC-01/05-01/08-567-Red. 26 de Noviembre de 2009. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009\\_08694.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_08694.PDF)

CPI [Fondo Fiduciario]. The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Filing on Reparations and Draft Implementation Plan. ICC-01/04-01/06-3177-Red. 03 de noviembre de 2015. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015\\_20832.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_20832.PDF)

CPI [SPI II]. The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Order instructing the Trust Fund for Victims to supplement the draft implementation plan. ICC-01/04-01/06-3198-tENG. ICC-01/04-01/06-3198-tENG. 09 de febrero de 2016. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_01895.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_01895.PDF)

CPI [SPI VII]. The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wando and Narcisse Arido. Public, with Confidential Ex Parte (Bemba Defence only) Annexes 1, and 2, and Public Annex 3 – Urgent Defence Request for an Order to Grant the Defence Provisional Legal Assistance. ICC-01/05-01/13-1967. 12 de agosto de 2016. Recuperado de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_05593.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_05593.PDF)

# El derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales

The Right Not to be Discriminated Against or to Live as Equals

O direito a não ser discriminado ou a viver como iguais

Ana Morell Sanz\*

A Olivia

Fecha de recepción: 30 de junio de 2016

Fecha de aprobación: 6 de enero de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5672>

Para citar este artículo: Morell Sanz, A. (2 017). El derecho a no ser discriminado o a vivir como iguales. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal - ANIDIP*, 5, 94-120, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5672>

## Resumen

Este trabajo es resultado de la creencia de que el origen de gran parte de los males actuales que infligen a la humanidad tiene su raíz en la discriminación. En este artículo se lleva a cabo una fundamentación de los Derechos Humanos en el derecho a no ser discriminado como principio moral sustantivo y su necesaria traducción en un principio procedimental discursivo no discriminatorio, que articulará el foro en el que concreta un catálogo de derechos, sin olvidar tener en cuenta las razones proporcionadas por las potencialidades humanas básicas a satisfacer.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, derecho a no ser discriminado, fundamentación de derechos.

## Abstract

This work is the result of the belief that the origin of many of the evils currently suffered by humanity has its roots in the discrimination. The article elaborates on a human rights foundation based on the right not be discriminated as a moral principle, which turns necessarily into a non-discriminatory discursive procedural principle. The latter will generate a forum in which a catalog of rights can be

\* Doctora y magíster en Derecho, Universidad Alberto Hurtado (Chile).



developed. All of this should take place taking into account the reasons provided by the basic human potentialities to be satisfied.

**Keywords:** Human Rights, right not to be discriminated, foundation of rights.

## Resumo

Este trabalho é resultado da crença de que a origem de grande parte dos males atuais que infligem à humanidade tem a sua raiz na discriminação. No mesmo leva-se a cabo uma fundamentação dos direitos humanos no direito a não ser discriminado como princípio moral substantivo e a sua necessária tradução em um princípio procedimental discursivo não discriminatório, que articulará o foro no qual concretar um catálogo de direitos, sem esquecer de tomar em conta as razões proporcionadas pelas potencialidades humanas básicas a satisfazer.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos, Direitos a Não Ser Discriminado, Fundamentação de Direitos.

## Introducción

El objetivo del presente artículo es justificar la fundamentación de la idea de derechos<sup>1</sup> en el igual reconocimiento de todos los seres humanos y en el no ser discriminados como ideal moral.

El interés de este enfoque reside en la estrecha relación que existe entre discriminación y comisión de crímenes internacionales<sup>2</sup> y/o violación de los derechos humanos,<sup>3</sup> en la actualidad de estos fenómenos. Hoy se afirma respecto a los crímenes

1 Siguiendo a Rodríguez-Toubes (1995), por idea de derechos entiendo la idea abstracta de Derechos Humanos: “cuando me refiero al fundamento de los derechos humanos estoy aludiendo a sus raíces últimas, las cuales se asocian no tanto al catálogo de derechos positivizados en los textos internacionales como a la idea de Derechos Humanos en la que, a su vez, se basa este catálogo (...). Sólo este núcleo (...) es susceptible de una fundamentación unitaria” (p. 34). Utilizado con el mismo sentido, ver Laporta (1987, p. 23). Sobre la posibilidad y necesidad de fundamentar los derechos, ver Junquera (2002, pp. 400-407).

2 El delito internacional de persecución consiste, según lo establecido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en la “privación intencional y grave de derechos fundamentales (...) en razón de la identidad del grupo [atacado]” o debido a razones “políticas, raciales, nacionales, étnicas, culturales, religiosas, de género (...) u otros motivos (...) inaceptables” (United Nations, U.N. Doc.A/CONF.183/9<sup>a</sup>, 1998, Art. 7.1 (h) y 7.2 (g)). Se trata, por lo tanto, de un delito cometido por razones discriminatorias. Por otra parte, el Proyecto de Código de Delitos Contra La Paz y La Seguridad de La Humanidad (International Law Commission, ILC (Sess. 48) (A/48/10), 1996, Art 18) reconoce que la comisión del delito de persecución se produce a través de la comisión de otros crímenes internacionales. Cabe así afirmar que la discriminación guarda una estrecha relación con la comisión de delitos internacionales. Estas conductas discriminatorias, hoy delitos, han ocurrido desde el principio de la historia de la Humanidad con una sorprendente similitud en su modus operandi. Ver Naimark (2001, p. 5) y Vega Franco (1984, p. 137). Bobbio (1994), en un análisis de cómo nacen y evolucionan los prejuicios, afirma “quien conozca un poco la historia sabe que siempre han existido prejuicios nefastos y que también cuando alguno de estos es superado surgen rápidamente otros” (p. 173).

3 Ya en 1993, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de la Organización de las Naciones Unidas (A.G. res. 48/104, 1993), delimitó esta violencia como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino. Un año después la Recomendación 19 del CEDAW (U.N. Doc. HRI/GEN/1//

internacionales cometidos por motivos discriminatorios que “el reconocer la existencia de grupos diversos dentro de unas fronteras comunes sin comprometer la capacidad del Estado de gobernar a su población, está emergiendo como uno de los problemas más graves en el mundo de la postguerra fría” (Ku & Diehl, 1998, p. 10),<sup>4</sup> mientras que la comunidad internacional advierte muy preocupada que las violaciones de derechos discriminatorios son una pandemia (United Nations High Commissioner for Human Rights, 2012).

Para fundamentar la idea de derechos en el igual reconocimiento de todos los seres humanos se necesita, en primer lugar, concebir el derecho a no ser discriminado como un derecho, según Laporta (1987), “que (...) está antes que (...) los poderes normativos, (...) [que es] la razón que se presenta como justificación de la existencia de (...) normas” (p. 28). En sintonía con lo expresado por Laporta sobre el derecho, Calsamiglia (1989) define los principios como “razones justificativas que no se miden por la forma de su edición ni por su origen, sino por su fuerza argumentativa” (p. 99),<sup>5</sup> como también señala el Profesor Ávila (2011, pp. 70 y ss).

---

Rev.1 (1994), estableció que la definición de discriminación de la Convención contra la Discriminación de la Mujer comprendía la violencia contra la mujer en todas sus formas y la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “*Convención Belém do Pará*” (OEA, 1994). Desde entonces los instrumentos e iniciativas universales y regionales sobre la materia no han dejado de sucederse y reflejan una preocupación uniforme sobre la gravedad del problema de la violencia contra la mujer, su relación con la discriminación históricamente sufrida que la perpetúa, y la imperiosa necesidad de adoptar estrategias integrales para erradicarlas. Concretamente, a nivel regional se ha avanzado mucho durante las dos últimas décadas. Así, en noviembre de 2005 entraba en vigor el Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, adoptado por la Unión Africana en 2003 (AU, 2005). El Consejo de Europa, por su parte, adoptaba la Recomendación 2002 (5) obligando a sus Estados a tomar una acción integral contra la violencia de género y lanzaba una campaña con idéntico propósito de noviembre de 2006 a junio de 2008 (CM/Rec. (2002) 5) En sentido similar, el Consejo Ministerial de la Organización de Seguridad y Cooperación Europea adoptaba Decisiones que contenían prescripciones e iniciativas contra la violencia machista (OSCE, MC. DEC 15/05). En 2002 entraba en vigor un tratado sobre los derechos de mujeres de la Asociación de Cooperación Regional de Asia Meridional (SAARC, 2002). En 2004, la OEA creaba un mecanismo para la supervisión del cumplimiento de la “*Convención Belém do Pará*”. En 2011, bajo los auspicios del Consejo de Europa, se adoptó el Convenio Europeo sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica que define, en su artículo 3, la violencia contra las mujeres como “*una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación...una violencia basada en el género*”, (CETS, 2011). La UE hizo suya la definición de violencia contenida en la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer* de la ONU de 1993 y considera amparada la prohibición de esta violencia en los artículos 7 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CE, 2000).

4 De forma similar, el Profesor Roldán (2008) afirma “se entiende...que la paz y la seguridad internacionales se vean comprometidas mayoritariamente a raíz de conflictos originariamente internos” (p. 17).

5 En este trabajo se asume la anterior concepción de los derechos o principios, es decir, se conciben como razonamientos de normas y no como su consecuencia, pasando por alto que la terminología utilizada para referirse a los derechos y a los principios, así como las concepciones a las que éstas responden, no son unívocas. Por ejemplo, el texto constitucional español se refiere a los derechos como Derechos Humanos, constitucionales, fundamentales, y libertades públicas y libertades fundamentales. Asimismo, existen diferentes concepciones de lo que es un derecho subjetivo y de si los derechos, en base a su función, son valores (Pérez Luño), principios (Zagrebelsky, Alexy, Prieto), instituciones, institutos

Por tanto, se puede plantear el derecho/principio de no discriminación como justificación de normas, no vinculando su exigibilidad a su tipificación o a las garantías jurídicas otorgadas por el ordenamiento positivo.<sup>6</sup>

En segundo lugar, es necesaria la adopción de un paradigma del Derecho de carácter dialógico, consensual, procedimental y contrafáctico. La elección de este paradigma reside en su virtualidad crítica de la realidad y en su valor justificador que se aleja de otros paradigmas como el metafísico iusnaturalista o el individualista solipsista.

El paradigma adoptado presupone la asunción de un principio de justicia que se concreta en la igualdad de estatus y en el derecho a no ser discriminado. Ambos conceptos, son constitutivos de la acción moral del sujeto –su violación implica un daño universalizable, o presente, siempre que se produce la violación del derecho–, y por tanto podrían considerarse razón suficiente para fundamentar los derechos, que deberán concretarse de acuerdo a un procedimiento informado por este principio de justicia: el procedimiento discursivo consensual. La igualdad de estatus o el derecho a no ser discriminado es lo que posibilita la existencia y funcionamiento del sistema que propugna este paradigma, y se presenta como un presupuesto lógico para que el debate público en torno a los derechos sea posible. Esta afirmación, que trataré de justificar en estas páginas, esconde otra: la concepción a priori del ser humano como sujeto moral cuyo fin último es vivir una vida elegida autónomamente.

En otras palabras, el presente artículo defiende una fundamentación de los Derechos Humanos cuyo principio moral sustantivo o idea reguladora es el trato no discriminatorio o de la igualdad de estatus de todos seres humanos, y necesariamente, su traducción en un principio procedimental discursivo no discriminatorio, que articulará el foro en el que se concreta un catálogo de derechos, sin olvidar tener en cuenta las razones proporcionadas por las potencialidades humanas básicas a satisfacer.<sup>7</sup>

---

(Peces-Barba) o reglas. Respecto a la diversidad terminológica presente en la Constitución Española y en el orden mencionado, ver Constitución Española, (CE, Preámbulo, Art. 149, Arts. 10.2, 25.2, 27.2, 81, 94, y Tit. I, Cap. IV, Art. 13, Tit. I, Cap. II, Secc. I, Art. 81, Art. 27.2, y Tit. I, Cap. IV, respectivamente). Sobre algunas de las distintas concepciones existentes de derecho subjetivo, Alexi, (Alexi, 1993, pp.173-186, 203-210, y 219); Respecto a las distintas concepciones de los derechos en su función objetiva, ver Barranco (Barranco, 2000, pp. 123-185), Alexi, (Alexi, 1993, pp. 63-80, 138-147, 243-245, 271-276 y 507-509), y Zagrebelsky, (Zagrebelsky 1995, pp. 16, y 109-126).

6 Ver objeciones de Boeckenfoerde (Boeckenfoerde, 1991, pp. 185 y ss.) y Habermas (Habermas, 1996) a esta comprensión.

7 Las variadas formas de fundamentar los derechos se han sintetizado en fundamentaciones histórico-sociológicas, racionales-teóricas (iusnaturalistas, axiológicas), etc., ver De Castro Cid y Escalopa Martínez (1997, pp. 213-215) y Pérez Luño (1989, pp. 279-288).

## 1. El principio/derecho a no ser discriminado

El derecho a no ser discriminado está reconocido en numerosos instrumentos internacionales<sup>8</sup> y constituciones estatales.<sup>9</sup> Además, en muchos países la Constitución o la ley prevén recursos judiciales específicos ante la violación del principio de no discriminación (Austria), o consideran como un delito la incitación a la discriminación (Suecia, Dinamarca, Finlandia, Polonia, Rumania, Níger), y/o crean órganos especiales de carácter administrativo para identificar las violaciones de este derecho (Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Alemania, Finlandia, Hungría, India, México, Nueva Zelanda, Noruega, Filipinas, Rumania, Singapur, Suecia, EE.UU.) (Cfr Capotorti, 1991 y Morell, 2010).

Este reconocimiento constitucional adopta varias formas. Puede incluirse una cláusula que prohíbe la discriminación en el reconocimiento del disfrute de los derechos y libertades; pueden prohibirse determinadas modalidades o tipos de acciones discriminatorias, en ámbitos específicos o por determinadas razones; se puede equiparar la no discriminación al derecho a la propia personalidad, o se puede prohibir toda discriminación (siendo ésta no reconducible exclusivamente al disfrute no discriminatorio de los derechos reconocidos por las mismas).<sup>10</sup> Valga como ejemplo de este último tipo de reconocimiento constitucional, el de la constitución polaca, que

8 Ver la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ONU, 1969), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1981), la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (ONU, 1981), el Convenio sobre la Discriminación -Empleo y Ocupación- (Organización Internacional del Trabajo, 1960) y la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1960).

9 Las constituciones de los países que se enumeran a continuación, prohíben o declaran inconstitucional o ilegal las discriminaciones en el disfrute de todos o de algunos de los derechos reconocidos por las mismas: Alemania (Grundgesetz, Art. 3(3)), Argentina (Parte I, Cap.I, Sec. 43, (2)), Austria (Bundes-Verfassungsgesetz, Art. 7), Bahamas (Art. 26,(1)(2)(3)(7)(8)), Barbados (Cap.III, 23.1 (a), (b), 23.2, 23.3, 23.4), Bielorrusia (Proyecto de constitución, Art. 22), Bélgica (Arts. 10 y 11), Bolivia (Art. 6), Brasil (Art. 3. IV, Art. 5.XLI), China (Arts. 34 y 36(2)), Colombia (Arts. 5 y 13), Costa Rica (Arts. 33 y 68), Croacia (Art. 14 (1)), Cuba (Introducción y Arts. 42 y 43), Chipre (2), Ecuador (Arts. 17 y 23.3), El Salvador (Art.6), España (Arts. 14 y 35), Eslovaquia (3), Etiopía (Art.25), Francia (Preámbulo, Art. 1), Guayana (Arts. 29 (1), 30, y 40 (1)), Haití (Preámbulo y Art.19), Holanda (Art. 1), Honduras (Art. 60), India (Apéndice I, (4) (b)), Italia (Art.3), Irak (Art. 19(a)), Irlanda (Art. 40, 1, 6 (2)), Jamaica (Cap. III, 24, (1),(2), (3)), Japón (Art.14 (1)), Lituania (Art.29), Macedonia (Arts. 9(1) y 110), México (Art. 1), Panamá (Art.19), Paraguay (Art. 46 (1)), Perú (Art.2), Portugal (Art.13 (2)), Federación Rusa (Art. 19. (2)(3)), Singapur (Art.5 (2)), Trinidad y Tobago (Art.4), Uruguay (Art. 8), y Venezuela (Preámbulo y Arts. 19 y 21(1)). Ver Capotorti (Cfr Capotorti, 1991, pp. 93-97) y Morell (Morell, 2010, pp. 241 y ss.).

10 Para esta variedad de reconocimiento constitucional, ver el artículo primero de la Constitución eslovaca que declara inconstitucional cualquier incitación a la discriminación; la Constitución estadounidense, (Enmienda 14, Art. 15 (1) que reconoce el derecho al sufragio no discriminatorio), la Constitución de Madagascar (que garantiza el sufragio pasivo no discriminatorio (Art.1)), y la Constitución de Fiji (que asegura el acceso a la educación no discriminatoria (Secc. 3)); la Constitución estadounidense, (Enmienda 14, Art.19 (1)) prohibiendo la discriminación por razón de sexo e igual la Constitución de Mongolia (Art. 14 (2)), (Morell, 2010, pp. 241 y ss.).

establece que “nadie podrá ser discriminado en el ámbito político, social o económico por ninguna razón”.<sup>11</sup> Este último tipo de reconocimiento parece el más acertado, ya que no contempla el derecho a no ser discriminado como un derecho subjetivo de sujetos aislados (o de su autonomía privada), sino como un derecho de sujetos que interactúan en la esfera pública (contemplando su autonomía política, social o económica, o su participación en la constitución del espacio público). Como afirma Habermas (1998), “es la interacción socializadora la que ha de constituir el punto de referencia del análisis del desarrollo del yo” (p. 550).<sup>12</sup> De esta forma, el principio/derecho a no ser discriminado cobra sentido con la interacción social de los sujetos.

El contenido de este principio consiste en la igual y, por tanto, inclusiva consideración y participación de todos en la construcción del espacio público. Es decir, en la igual libertad de todos en la decisión que constituye los criterios base de la sociedad.

A continuación, se introducen unas precisiones respecto a la relación que guarda el derecho a no ser discriminado con los principios de igualdad y libertad. También se valoran las propuestas ideales de Rawls y Habermas, que nos permiten establecer esta relación, sin dejar de observar el mundo real.<sup>13</sup>

Respecto al principio de igualdad,<sup>14</sup> tras ofrecer una clasificación de los distintos conceptos de igualdad, de sus características y de su concepción en distintas

11 Ver la Constitución polaca, Art. 32 (2). Similar formulación en la Constitución nicaragüense (Art. 27), y en la Constitución de Surinam (Art. 8.1), (Morell, 2010, pp. 241 y ss.).

12 Además, Habermas concibe los derechos subjetivos como relación intersubjetiva de reconocimiento de libertades de acción por sujetos cooperantes jurídicamente sancionados (Habermas, 1998, p. 153).

13 En adición a las razones señaladas en el texto, inclinarse por la construcción habermasiana se debe a que la concepción antropológica que asume y subyace a su razonamiento se considera aquí más realista. Parece concebible que los sujetos reales evalúen subjetivamente y elijan racionalmente (es decir, de acuerdo a su propio interés o utilidad, tal y como cada uno entienda esto último), un proyecto vital común viable. Si bien lo anterior significa creer posible que los sujetos ostenten un potencial discursivo-racional que permita la modificación de sus propias convicciones, esta presunción parece más factible, que el concebir que los sujetos puedan desprenderse de sus peculiaridades, neutralizándose a ellos mismos, ya que no se vislumbra cómo o de acuerdo a qué criterios los sujetos pueden ponderar o decidir qué resulta justo. A lo anterior se añade la creencia en que el respeto a los derechos y a la organización socio-política que sustentan, no es una cuestión de tipificación de derechos, sino de la interiorización social de sus significados o convicción social. Esta interiorización es singular, particular o histórica. Respecto a la determinación cultural del hombre, Lukes (1975) afirma “los hombres no nacen libres e iguales (...) sino en una riquísima y extraordinariamente compleja red de ‘preceptos’ y ‘prejuicios’, costumbres y tradiciones, de donde obtienen seguridad, disciplina y un significado para sus vidas”, (p. 107). Sobre los criterios de convivencia colectiva como la auténtica clave para el respeto a los derechos, el profesor Bertolino (1999) afirma “el futuro de los derechos del hombre pasa por la progresiva toma de conciencia de las ‘buenas razones’ que los justifican” (p. 134). En el mismo sentido, el Profesor Vargas-Machuca (2002) sostiene “el futuro de la democracia depende de que los ciudadanos estimen que la democracia importa porque importan sus principios, interioricen un mayor sentido social (...) y se hagan cargo de las consecuencias de lo que en común se decide” (p. 15).

14 La formulación clásica de la igualdad en Alexy (1993) y Zuñiga Fajuri, Aguilera Bertucci, y Vásquez Bravo (2007, pp. 15 y ss.).

sociedades como las esclavistas o estamentales, las conservadoras, las anarquistas o las comunistas, Atienza (2001) afirma que “la idea de justicia ha ido casi siempre unida a la de igualdad, pero eso no debe llevar a pensar que la ‘igualdad’ se haya entendido siempre de la misma manera” (pp. 173 y ss).

El derecho a la igualdad de estatus o a no ser discriminado se construye sobre una concepción del hombre como sujeto histórico y culturalmente determinado. No se apela, por tanto, a una concepción de igualdad que confisca diferencias y se justifica privando a los sujetos discursivos de su particularidad. Por este tipo de igualdad entiendo la establecida por el Rawls (1995) de *Una teoría de la justicia* en la posición original, donde los sujetos no saben qué lugar ocupan en la sociedad, ni cuál es su clase o estatus social, ni qué suerte han tenido en la distribución de talentos y capacidades naturales, ni cuáles son sus metas e intereses, ni la estructura particular de su psicología, ni la generación a la que pertenecen.<sup>15</sup> Dworkin (1989) alude también a un consenso basado en una hipótesis de situación originaria. El derecho a no ser discriminado defendido en este trabajo se refiere, por el contrario, al ideal habermasiano de un universalismo sensible a las diversidades. En palabras del propio Habermas (1999), “el respeto recíproco e igual para todos, exigido por el universalismo sensible a las diferencias, quiere una inclusión no niveladora y no confiscadora del otro en su alteridad” (p. 72).

Ciertamente, el Rawls (1993) de *Liberalismo Político* reinterpreta el experimento mental de la posición original como un método heurístico para sistematizar los principios compartidos en el contexto cultural e históricamente particular de las democracias occidentales contemporáneas. El autor explica que los principios de justicia han de ser legitimados y consensuados por ciudadanos que han de ser “razonables” en el uso de la razón pública. Exigir que los ciudadanos sean razonables es, por supuesto, un requisito normativo, pero resultado de una sistematización de valores ya compartidos por ciudadanos reales y particulares, que han sido socializados en la cultura pública de las presentes democracias occidentales. De esta forma, Rawls abandona radicalmente sus iniciales ambiciones metafísicas y universalistas, supeditando ahora la justificación de su concepción de la justicia al desafío de que ésta sea consensuada por ciudadanos que han sido socializados en el contexto particular de los actuales regímenes democráticos. Esta evolución filosófica crea dificultades a la hora de hacer una interpretación unitaria de la teoría rawlsiana.

15 La igualdad de un hombre idealizado y sin atributos es expresada por Rawls (1995) cuando afirma: “debemos asegurar (...) que las inclinaciones y aspiraciones particulares, así como las concepciones de las personas sobre su bien, no afecten los principios adoptados” (p. 31).

Por otra parte, en la medida en que la justificación de su teoría parece depender ahora de su legitimación democrática a través de un proceso de deliberación en el que los ciudadanos, sin ser privados de las particularidades resultantes de su socialización, han de desplegar la capacidad discursiva necesaria para participar de la razón pública, el último Rawls parece haber desembocado en una concepción de democracia deliberativa de raigambre habermasiana. Si a esto se añade la dificultad de establecer una interpretación coherente entre el primer y el último Rawls que se acaba de señalar, resulta justificable inclinarse por el paradigma habermasiano. Sin embargo, cabe señalar que este estudio no hace una apropiación acrítica del mismo, ya que se corrige la tesis habermasiana, intentando evidenciar los compromisos sustantivos sobre los que ésta parece descansar.

Cabe señalar que el principio de no discriminación no se identifica con una noción genérica de la libertad, ya que la libertad que al ejercerse no se viera informada por un criterio sustantivo, se convertiría en una libertad voraz no mediada. La libertad debe ser informada por la igualdad. Bobbio (1993), al referirse a la igualdad, se pregunta ¿igualdad entre quiénes e igualdad en qué?, y cuando relaciona la igualdad y la libertad concibe como nexo relevante el que “se confronta allí donde la libertad se considera como aquello en lo que los hombres (...) son o deben ser iguales, de ahí la característica de los miembros de ese grupo de ser ‘igualmente libres’ o ‘iguales en la libertad’” (p. 56). De forma similar, Contreras (2000), contemplando la igualdad como igualdad en la libertad de actuación, la concibe como “igualdad en la libertad” o como la “igual libertad para todos” (p. 225 y ss.).

En suma, el derecho/principio de no discriminación o derecho a vivir como iguales<sup>16</sup> o a ostentar un estatus igual implica una igual libertad de todos a participar, proponer, cuestionar, y decidir en la constitución de lo social y, con ello, de la vida privada.

A continuación, se presenta el modelo discursivo de Habermas como el más apto para realizar el derecho de no discriminación, y por tanto, como modelo al que aspirar, ya que concibe a los sujetos con sus particularidades, pero siempre dando por hecho que éstos han desarrollado aptitudes discursivas/racionales propias y anteriores. Después, se intenta sostener que éste modelo descansa en un principio sustantivo de no discriminación (y no tan sólo en una exigencia procedimental-racional como sostiene Habermas), y justificar el porqué de este principio sustantivo.<sup>17</sup>

16 La expresión “vivir como iguales” es utilizada por Baker en un libro de ensayos de varios autores con el mismo título (Baker, 2000).

17 Nino objetó la concepción de democracia de Habermas (su formalismo por conducir al populismo moral) y la de Rawls (su constructivismo de bienes primarios carentes de legitimidad discursiva), y propuso su propia concepción de democracia deliberativa; sin embargo, su constructivismo epistemológico excluye

## 2. El sujeto discursivo

Los seres humanos son agentes morales (Kant, 1957) con capacidad valorativa y de autoperfeccionamiento (Rousseau, 1997); en otras palabras, con conciencia de su propio ser y condición. Esta conciencia de que somos y estamos (el ser y el ser-con o reconocimiento del otro), lleva aparejada un proyecto individual y social (Niebuhr, 2001). El hecho del pluralismo de proyectos,<sup>18</sup> de concepciones del mundo, implica necesariamente una confrontación y coordinación.<sup>19</sup> Ésta es la confrontación y racionalización de proyectos en la que ha insistido Habermas.

La coordinación de proyectos, dirá el autor alemán, no es posible sin la coordinación lingüística de la acción.<sup>20</sup> Ésta última implica que los participantes al hablar pretenderán la validez de sus discursos y asumirán la resolución argumentativa o el reconocimiento intersubjetivo de sus pretensiones, presumiendo que sus ideas se ven respaldadas por los mejores argumentos (universalidad de la aceptabilidad racional).<sup>21</sup> Así, los que interactúan comunicativamente suponen, en primer lugar, el reconocimiento recíproco de la capacidad de responder de sus propios actos; segundo, que los hablantes participan con fines ilocucionarios; tercero, que el acuerdo se condiciona al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez criticables,

---

del debate unos derechos básicos y cae en falencias por él mismo criticadas a Habermas y Rawls. Acerca de esto ver Montero (2006) y Alexy (2003, pp. 173 y ss.). Lo anterior no quiere decir que se deba desconocer la contribución del principio ético-discursivo a la mejora de la calidad institucional del Estado democrático de derecho, ver Prono (2013).

- 18 Habermas (1998) afirma que “cuanto más aumenta la complejidad de la sociedad (...), con tanta más fuerza se produce una pluralización de formas de vida y una individualización de las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida” (p. 87). Afirmando también que, por tanto, “los nuevos conflictos se desencadenan (...) en torno a cuestiones relativas a la gramática de las formas de vida” (Habermas, 1987, p. 556).
- 19 De Lucas (1994), ante el relativismo cultural (ético) vigente, afirma que el único camino hacia la universalidad de los Derechos Humanos es construir (lo que presupone confrontar propuestas) o “acordar lo que nos parece más razonable”, un “consenso (...) permanentemente inacabado (porque el pluralismo y el conflicto son constitutivos de un sistema abierto)” (p. 113). Este profesor expone también que los conflictos de la multiculturalidad son conflictos de identidades, de reconocimiento y de inclusión (De Lucas, 1996, p. 94).
- 20 En otras palabras, el empleo del lenguaje orientado a la comprensión de lo que explica “no [es](...) solamente el momento fundador de generalidad que representa la formación de conceptos, sino también el momento trascendedor del tiempo, que representa la formación de juicios verdaderos (...). El mundo como conjunto de hechos posibles se constituye solamente para una comunidad de interpretación cuyos miembros se entienden entre sí sobre algo en el mundo dentro de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido (...) la validez ha de entenderse (...) como «validez que se nos impone como tal a nosotros»” (Habermas, 1998, pp. 75-76). Así, la coordinación lingüística permite alcanzar consensos motivados por y para el conjunto de los interpretadores.
- 21 En el modelo procedimental de legitimación democrática otorgada mediante la deliberación pública en las sociedades liberales de Habermas, los sujetos dialogan en base a criterios racionales. Al respecto Ackerman señala que este diálogo es constrictivo, es decir, competitivo y no estrictamente racional, con lo que aporta realismo al modelo habermasiano sin solucionar con ello todos los problemas de su concepción de diálogo. Ver Monserrat y Abad (2009).



transcendedoras/normativas y resolubles, y finalmente, están dispuestos a asumir las obligaciones derivadas del consenso alcanzado (base de validez del habla que informará lo construido comunicativamente).

El riesgo de desacuerdo innato al mecanismo de interacción comunicativa (ya que en ésta, todo es tematizable), y el grado de división social que la discrepancia comporta, se minimiza por la inserción de la comunicación en contextos asentados por acuerdos. Estos consensos se alimentaban anteriormente de convicciones familiares no discutidas e instituciones arcaicas sacras, siendo hoy este potencial desintegrador (en sociedades plurales y complejas) neutralizado por Habermas (1998) “la regulación normativa de interacciones estratégicas en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse de acuerdo o entenderse” (p. 89). Estas normas que pueden servir para neutralizar los desacuerdos sobre pretensiones de validez o con fuerza integradora, que informarán y resultarán al tiempo de la interacción comunicativa, conforman el sistema de derechos. (A pesar de la anterior afirmación, se parte de que siguen existiendo consensos previos a los derechos, ya que en caso contrario, la maquinaria discursiva no funcionaría). Sin embargo, el acuerdo sobre los derechos no se asume, sino que es posible porque en la confrontación discursiva se impone la pretensión avalada por el mejor argumento. A la asunción de este principio del discurso o universalidad de la aceptación racional del mejor argumento subyace la creencia de la igualdad discursiva/racional de los sujetos o la participación discursiva no discriminatoria y, de esta presunción (que Habermas concibe como exigencia racional), resulta la legitimidad de los derechos. Es decir, todos participan, y la universalidad de la aceptación racional del mejor argumento permite la confrontación funcional de interacciones estratégicas, resultando pues en la fundamentación discursiva de los derechos.

Así, el principio del discurso informa la propia normativa de la coordinación comunicativa, permitiendo su autocuestionamiento; el disenso es funcional y asumido por el propio sistema jurídico como principio democrático. Habermas (1998) afirma que “la teoría discursiva del derecho entiende, (...) el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de autonomía política y) una producción legítima de normas” (p. 523). La sociedad civil (concebida como una red de interacciones comunicativas) desde el espacio público y centrada en torno al concepto de los derechos, plantea exigencias a los sistemas económico, político-administrativo

y político-estatal. Estos poderes creadores de sistemas<sup>22</sup> son integradores sociales en principio no comunicativos, que se ven sometidos al ordenamiento jurídico autoreflexivo, debido a imperativos discursivos que imponen su conexión con la autodeterminación comunicativa.<sup>23</sup>

De tal forma, Habermas propugna una concepción procedimental de la racionalidad, del Derecho y del proceso democrático. Esta fórmula discursiva sirve a la integración social, porque está sustentada en la interconstrucción de la opinión institucionalizada y de la opinión pública informal en el foro público, enraizada en una sociedad civil políticamente libre e implicada.

La legitimidad es fruto del consenso racional de todos, de la autorregulación racional de los sujetos que son políticamente libres, tal como dice el propio autor “los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante” (Habermas, 1998, p. 380). La procedimentalidad legitimatoria propia de la teoría del discurso implica un cambio de paradigma del Derecho. Esta precomprensión discursiva del ordenamiento jurídico y de la ‘realidad ideal’ que propugna reconoce implícitamente la igualdad de estatus y es lo que fundamenta el sistema de derechos. El derecho de no discriminación permite el funcionamiento de la maquinaria discursiva, y es el soporte de la fundamentación discursiva de todos los demás derechos. Esta afirmación, que requiere identificar un principio sustantivo de no discriminación subyacente a la exigencia racional o procedimental habermasiana, es la que se tratará de demostrar a continuación.

### **3. El presupuesto procedimental: la igualdad de estatus o el derecho a no ser discriminado**

Aquí el presupuesto discursivo del ‘mejor argumento’ se traduce en un derecho a la no discriminación o reconocimiento de un estatus de “iguales” entre los participantes en el discurso o interacción antes, incluso, de la línea de salida dialógica. Aunque el concepto de ‘trato de iguales’ o trato no discriminatorio está comprendido en el valor ‘igualdad’, este es sólo un aspecto destacable del valor ‘igualdad’ y no extensible a todo él,<sup>24</sup> es decir, no se trata del trato igual o desigual de lo igual

22 Habermas parte de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y defiende la interacción de los mismos. Las diferencias presentes en sus respectivas concepciones sistémicas se encuentran analizadas en Ladeur (1999).

23 Habermas (1998) sostiene que el lenguaje ordinario es el lenguaje común de entendimiento, desempeñando el Derecho una función traductora de éste a los lenguajes especiales propios de otros sistemas (economía, administración, etc.), y afirma: “el Derecho funciona, (...) como un transformador, que es el que asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa” (p. 120).

24 No se pretende defender el trato igualitario de los sujetos más allá de la defensa que hagan los propios sujetos en el ejercicio de su igual libertad. Es decir, los sujetos como parte de sus proyectos vitales ostentarán un determinado ‘sentido de justicia’ o criterios de convivencia que será actualizado al defender y confrontar sus propuestas existenciales.

o desigual, esto sería una cuestión posterior a dilucidar discursivamente, sino de contemplar el discurso como discurso entre iguales.<sup>25</sup> En palabras de Habermas (1998), “los sujetos jurídicos privados no podrán gozar de iguales libertades subjetivas si ellos mismos, en común ejercicio de su autonomía política, no se aclaran sobre intereses justificados y sobre criterios, y no se ponen de acuerdo sobre cuáles han de ser los aspectos relevantes bajo los que lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual” (p. 61).

En suma, para poder llegar al mejor argumento es necesario que no exista discriminación en las potencialidades de visión y acción de los sujetos discursivos.

### 3.1. Por qué el derecho a no ser discriminado, ¿cómo se infiere?

El discurso “entre iguales” será lo que rija las normas de la interacción comunicativa. Los motivos se pueden explicar desde las reglas del juego discursivo:

En primer lugar, si el discurso se entiende como autorregulación de todos, resulta obvia la potencial participación o la inclusión de todos. Esto no requiere que los participantes sean de facto iguales, sino que no exista discriminación en la participación de todos o en su capacidad de concurrencia como iguales en la exposición de la pretendida validez de sus proyectos. Habermas (1998), concibe esta participación como “la utilización efectiva de un estatus activo de ciudadano, a través del que el individuo puede ejercer una influencia democrática sobre el cambio de su propio status o situación” (p. 143)<sup>26</sup>.

En segundo lugar, la pretendida validez de las pretensiones debe concebirse, en principio, sin discriminación, puesto que los participantes discursivos son iguales y sus proyectos vitales igualmente válidos.<sup>27</sup>

Después, si la autorregulación de todos se pretende respaldada por el mejor argumento, se tendrá que admitir un igual potencial argumentativo o racional a las

25 Nino (1989) sostiene que “nuestra dignidad como personas se ve menoscabada (...) cuando alguien considera unas y otras [creencias y opiniones] como objeto de tratamiento y no las pone en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones, (...) sentimos que no nos trata como un igual al negarnos el status moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo” (p. 289). Por su parte, el profesor Rodríguez-Toubes (1995) afirma “creo plausible que se sitúe en la cúspide valorativa el respeto a un derecho básico (...) derecho a igual consideración y respeto” (p. 61).

26 Debe subrayarse que, si la concurrencia tiene como finalidad la interconstrucción de proyectos comunes, cabría preguntarse sobre si los escépticos contribuirían a esa construcción, y en todo caso, cuál sería el significado de su silencio discursivo. No parece que se pueda sostener que su silencio no tuviese un impacto en el discurso, sino que sería un silencio que constituiría una opinión. Habermas (1998) considera que los escépticos siempre están dentro de la trama comunicativa quieran ellos o no, aunque sea para sostener la validez de que no quieren participar.

27 Habermas (1988) afirma: “lo que puede expresarse normativamente son las condiciones necesarias pero generales para una vida (...) que ha de poner a los participantes mismos en situación de realizar las posibilidades concretas de una vida mejor y menos peligrosa según las propias necesidades y conveniencias y según la propia iniciativa” (p. 134).

pretensiones de cada individuo, lo que presupone el reconocer una igual capacidad racional a los participantes o una racionalidad propia de iguales.

Por último, si la exigencia de racionalidad implica que sólo el mejor argumento, y no otro criterio, pese en la validez de lo consensuado, no caben coacciones que puedan ir en detrimento de la posición de iguales de quienes participan en la deliberación.

Así, la autorregulación discursiva (o consenso) se sustenta en la convicción y atribución de que todos los participantes tienen el mismo estatus, ya que cualquier argumentación discursiva implica aceptar al otro como un igual. Por tanto, el derecho a la no discriminación es un instrumento para la autorregulación. Además de fundamentarse en un cambio en la precomprensión del derecho, al implementarlo se convierte en requisito de la participación discursiva que pondrá en funcionamiento el engranaje en el que se asienta esta comprensión.

### **3.2. ¿Cómo se deriva la existencia de derechos del derecho a no ser discriminado?**

De lo dicho hasta ahora se desprende la siguiente tesis:

Primero, el derecho a no ser discriminado es una exigencia racional del engranaje discursivo (o requisito del consenso basado en el mejor argumento).

Segundo, el derecho a no ser discriminado posibilita la posterior construcción discursiva del necesario sistema de derechos<sup>28</sup> que surge de la aplicación del principio del discurso al Derecho. De este modo, la legitimidad del Derecho depende de la participación discursiva no discriminatoria de los sujetos en los procedimientos jurídicamente institucionalizados y del uso que los mismos decidan hacer de sus derechos políticos. La manera en la que se institucionalizan los consensos democráticos constituye el molde con el que medir la realización de los derechos o su legitimidad. El Derecho no puede obligar a los titulares de los derechos a hacer un determinado uso de los mismos.

---

28 Habermas (1998) sostiene que el principio del discurso (como principio de universalización que implica tener en cuenta el interés de todos por igual, siendo el criterio decisorio el mejor argumento) es una regla de argumentación y no de acción. El principio democrático dice cómo institucionalizar la opinión y voluntad política discursiva, y garantiza el caldo de cultivo de la misma. En suma, a través de un sistema de derechos se rige el procedimiento de producción de normas legítimas. Esto se debe a que la normatividad racional, caracterizada por la indeterminación cognitiva, la incertidumbre motivacional, y el escaso grado de exigibilidad, requiere de la complementariedad constructiva y reconstructiva del sistema jurídico (sistema de acción). Este derecho legítimo necesita de los sujetos discursivos, y la determinación de los mismos depende de un sistema de derechos. El requisito discursivo de la autorregulación de todos exige derechos/libertades subjetivas iguales para todos, informando el sistema de derechos. Así, “la génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular (...) en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir el principio democrático, se constituyen cooriginalmente” (Habermas, 1998, p. 187).

Finalmente, el derecho a no ser discriminado, informador del sistema de derechos, es la base de todo el ordenamiento jurídico, que, a su vez, es lo que regula el poder económico, político y administrativo. La participación discursiva no discriminatoria es la fuente de toda legitimidad, ya que esta justifica el Derecho que racionaliza el poder.<sup>29</sup>

#### 4. El presupuesto normativo

Si bien el derecho a una participación discursiva no discriminatoria se concibe como una exigencia racional del procedimiento dialógico consensual, cabe hacerse algunas preguntas y responderlas:

Primero, ¿por qué el procedimiento discursivo asume como exigencia procedimental una participación discursiva no discriminatoria? Es decir, ¿por qué un procedimiento no discriminatorio? Por su virtualidad de crear un espacio para un dialogo no discriminatorio.

Pero, ¿por qué un dialogo no discriminatorio? Porque se presume que todos los sujetos tienen virtualidad dialogante y pretensiones dignas de ser defendidas racionalmente de forma no discriminatoria, es decir, se asume que todos somos sujetos coherentes tras cuyas pretensiones está el pluralismo de proyectos vitales y visiones del mundo.

En último lugar, ¿por qué la virtualidad dialogante de los sujetos implica legitimar la exigencia a ejercerla y a ejercerla no discriminatoriamente?<sup>30</sup> ¿por qué sus pretensiones son dignas de ser defendidas racionalmente de forma no discriminatoria? En suma, ¿por qué exactamente el proceso discursivo descrito o un procedimiento informado por la no discriminación y no otro?

Llegados a este punto, se podría argumentar que aunque Habermas presenta esta exigencia de no discriminación discursiva como exigencia racional del procedimiento, ésta se justifica implícitamente en un principio sustantivo o de justicia que consiste en el igual respeto o no discriminación de los participantes (y de sus proyectos de vida), que hace que el procedimiento discursivo propuesto sea el que es y

29 El Derecho presupone al poder estatal que lo hará efectivo, de tal forma que no es suficiente con la legitimidad del Derecho; el poder estatal de sanción, organización y ejecución habrá de ser igualmente legítimo. Así, la legitimidad del poder proviene de los circuitos de comunicación, comunicación institucionalizada e informal (poder civil comunicativo protegido por el sistema de derechos), que informan al Derecho que da al poder forma jurídica (normas constitutivas, rectoras, organizativas, y de control). El poder se informa y genera comunicativamente atándose, ya que “en la acción comunicativa las razones constituyen también motivos [que determinarán las estrategias y los fines colectivos a perseguir por el poder]” (Habermas, 1998, p. 218). Así, la conexión del poder estatal con el poder comunicativo se explica por la separación de poderes estatales que, a su vez, responde a una distribución racional de poder.

30 Rodríguez-Toubes (1995) formula la cuestión cuando afirma: “creo que para fundamentar los Derechos Humanos por esta vía hay que especificar cómo es que el hecho de poseer competencia comunicativa genera el derecho de reclamar las condiciones para ejercerla” (p. 174).

no otro. Es decir, aunque Habermas entiende esta exigencia cómo implicación de las prácticas comunicativas, éstas se conciben de tal forma porque sus participantes son caracterizados según las exigencias de un principio de justicia previo.

#### 4.1. Un principio sustantivo

Entonces, ¿cuál sería la justificación de este principio sustantivo? Aceptando la teoría de las necesidades básicas<sup>31</sup> como fundamento de los Derechos Humanos (aunque utilizando los vocablos potencialidades/capacidades), se asume el principio/derecho de no discriminación como principio de justicia, y se intenta a continuación responder acerca del fundamento de tal principio, tras una breve aclaración sobre el uso de los términos mencionados.

Los seres humanos tenemos potencialidades que queremos desarrollar o convertir en capacidades. Las necesidades surgen de la imposibilidad de desarrollar nuestras potencialidades en capacidades. De esta forma, se pueden plantear las capacidades humanas como la otra cara de las necesidades. Esto se debe a que una necesidad satisfecha implica una oportunidad para actualizar una potencialidad de la existencia humana, es decir, convertirla en una capacidad. Y, a la inversa, una capacidad mermada hace surgir una necesidad. Es decir, si no existe la capacidad potencial no podrá devenir la necesidad. La potencialidad vital practicable o capacidad que deriva de la no discriminación sería, vista desde otro ángulo, la satisfacción de la necesidad de autonomía (entendida esta en sentido amplio como capacidad de acción).<sup>32</sup>

Volviendo a la fundamentación del principio de justicia asumido, la no discriminación (o igual libertad de participación en la constitución de lo social), es instrumental a la consecución del fin vida. La no discriminación es para todos los seres humanos una necesidad objetiva o empírica y universal (ya que sirve a un fin no contingente, por lo que la necesidad también lo es) y, por todo lo anterior, es moralmente relevante.

La justificación de este principio de justicia o derecho a no ser discriminado reside en que la exigencia fundamental de no ser discriminado es condición para

31 Para una clasificación sobre necesidades consideradas básicas, absolutas o categóricas (aquellas supeditadas a fines no dependientes de las intenciones, deseos o preferencias de los sujetos, y cuya no satisfacción comporta un daño grave), ver Doyal y Goung, (1994, pp. 240-241). Heller (1996) destaca la no intencionalidad de las necesidades y las define como “las situaciones o estados siempre predicados de una persona y que tienen un carácter insoslayable para ellas” (p. 55).

32 A propósito de la preferencia por los términos ‘capacidades’ y ‘potencialidades’, señalaremos que ésta (quizás, debido al uso vulgar de los términos) se debe: primero, a su mejor adecuación con el carácter inmaterial de la exigencia de no discriminación, frente a la expresión ‘necesidades’, que parece asociarse más con la obtención o tenencia de cosas materiales. Segundo, a que se aleja de un mundo lleno de satisfactores funcionales de unas necesidades materiales creadas (el ‘poseer bienes’ o consumo) que, en mi opinión, nada tienen que ver con las necesidades humanas intrínsecas, aunque en nuestra época del consumismo, de la tecnología, del aburrimiento y de la prisa, lo podamos percibir de otra manera.

que se realice otro fin: vivir, más concretamente, vivir la vida ‘buena’ elegida o construir un curso de acción vital.<sup>33</sup> Raz (1986) concreta la autodeterminación en la capacidad de las personas de controlar su propio destino, a través de sucesivas decisiones a lo largo de sus vidas (p. 369). Lo anterior presupone la existencia del ser humano como agente moral (Zimmerling, 1990, p. 39) y de la vida como su fin último. En palabras de Nieburh (2001) “los hombres toman conciencia de sí mismos (...) [esto] conlleva la necesidad de preservar y prolongar la vida” (p. 41).

La justificación del principio/derecho a no ser discriminado conlleva el considerar al ser humano como ser autónomo o con capacidad de tener un proyecto de vida determinado por el que regir su propia existencia y, por tanto, se hace necesario justificar por qué la potencialidad de autonomía innata del ser humano es moralmente relevante.

La potencialidad de autorrealizarse<sup>34</sup> (que es posibilitada por la no discriminación del proyecto de vida individual), es elemento constitutivo o contenido del fin de carácter último o no contingente: vivir. Respecto a la necesidad humana de tener proyectos vitales, Frankl, un famoso psiquiatra austriaco, sostiene que estos objetivos vitales dan sentido a la vida, porque sirven para la autoconstrucción de la vida personal y social. Según este autor, el ser humano tiene una ‘necesidad de orientación’ o de sentido, generando su ausencia desubicación o falta de control, falta de responsabilidad individual, apatía o confusión existencial, un dejarse ir, la enfermedad psíquica y física e, incluso, la muerte.<sup>35</sup>

33 Nino (1989) sostiene que “lo que hace moralmente relevantes a las decisiones de un individuo es que su materialización forma parte de un cierto plan de vida” (pp. 291-292), y esto conduce a la responsabilidad.

34 Nino (1990) afirma: “autorealización (...) [o] realización autónoma, o sea, una realización de la que es autor el propio individuo concernido. En el centro de esta concepción del bien personal, está la idea de capacidades (...) El individuo se autorealiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades (...) lo que es propio de cada individuo es el curso que da a su vida, ejercitando con sus diversos actos una u otra capacidad” (p. 31). El mismo autor define el principio de autonomía de la persona como libre opción o “libre elección individual de planes de vida” (Nino, 1989, p. 204). Otro concepto de realización autónoma o autonomía que destaca la autoría o control del sujeto implicado, dice: “autonomía quiere decir: enumerar por derecho propio las múltiples alternativas de acción, seleccionar las más adecuadas, disponerlas según orden de prioridades y de llevarlas a cabo. Además, por derecho propio, organizar y estipular las relaciones materiales y no-materiales con el ambiente social” (Thimm, 1990, p. 96).

35 Victor Frankl, un psiquiatra austriaco judío, estuvo prisionero en varios campos de concentración nazi y observó que muchos de los prisioneros que morían en cautiverio estaban sometidos a menores dificultades y sufrimiento que otros que sobrevivían, caracterizando a estos últimos una visión de futuro para ellos mismos o un ‘sentido de la vida’ que les proporcionaba fuerzas para no dejarse morir. A raíz de sus observaciones, Frankl inventó la logoterapia (tratamiento psicológico) y sostuvo que: 1) dentro de las estructuras psicológicas de la personalidad que juegan un papel crucial en la autorregulación y, por tanto, en los valores ético-morales, está el sentido de la vida. 2) El sentido de la vida esta conformado por subsistemas de motivos que coexisten y tiene la suficiente estabilidad y potencial movilizador de los recursos psicológicos como para expresarse en actividad interna (psíquica) y externa en la mayoría de las circunstancias. 3) El sentido de la vida es lo que justifica un ‘estar en el mundo’ o existencia de un individuo analizada en su totalidad ante sus propios ojos. Así, las preguntas intrínsecamente humanas como: ¿quiénes somos?, ¿de dónde venimos?, ¿a dónde vamos?, ¿qué sentido tiene mi vida?,

Así, no ser discriminados nos capacita para ser agentes morales, presupuesto de la acción moral que nos permite perseguir nuestro último objetivo: vivir.<sup>36</sup> Esta potencialidad de vivir la vida que uno elige es constitutiva de nuestra capacidad de acción, lo que ineludiblemente permite que un sujeto pueda considerarse y ser considerado por otros agente moral,<sup>37</sup> capaz de hacer y capaz de ser responsable de su acción vital.<sup>38</sup> En otras palabras, la elección de un proyecto de vida personal (autonomía privada) va de la mano de la elección de vida junto a los demás (autonomía pública)<sup>39</sup>.

La discriminación o capacidad menoscabada de construir y participar en un proyecto vital es considerada un perjuicio universalizable, debido a que si el fin de vivir es no contingente, la capacidad instrumental a ese fin, y su menoscabo, también será no contingente y universalizable. Además, el daño a las capacidades inherentemente humanas será un daño grave, ya que, según De Lucas y Añón (1990) “puede ocasionar una ‘destrucción, desintegración o no existencia de un ser humano” (p. 58).<sup>40</sup>

Pero, ¿sería la constatación de la existencia de esta potencialidad y/o el daño que conlleva su menoscabo suficiente razón para exigir que se proteja jurídicamente, creando obligaciones para terceros? Para responder a esta cuestión es necesario

---

¿para qué existo? y ¿para qué estoy en el mundo? serán contestadas por cada sujeto para determinar su curso vital. La contestación (que será individual, única e irrepitable) nadie podrá darla con mayor conocimiento que el individuo implicado, y nadie podrá responderlas por ese individuo. A propósito de la anterior afirmación, no se debe pasar por alto que el individuo por su propia condición de ser humano (pensante-autoreflexivo, afectivo, y conductual) es producto de la interacción social, y que su fin es la adaptación-integración social. Así, el encontrar sentido a la vida depende de múltiples factores que, en definitiva, tienen que ver con la autorrealización (es decir, con la satisfacción personal sumada al hecho de poder trascender en el ámbito social o de ayudar al bienestar de otros, a través de contribuciones a la sociedad y a la humanidad en general). Este sentido será el núcleo esencial de la identidad o individualidad de la persona, ya que su carácter de autorregulación rectora-inductora (o de valores personales o ética privada, de la personalidad o de la identidad), será el ‘norte’ a partir del cual se siente, piensa y actúa. Por tanto, los proyectos vitales son necesarios para vivir. Ver Frankl, (1992, pp. 60, 74-88 y 104-106; 1957, pp. 38-130 y 1982, pp. 17-46 y pp. 113-125).

36 De esta manera, se concibe el diseño de una coreografía vital propia como instrumento humano que permite la supervivencia o existencia. Frankl (1992) afirmó: “El prisionero que había perdido la fe en el futuro- su futuro- estaba sentenciado. Con su pérdida de confianza en el futuro él también perdía su soporte espiritual; se dejaba deteriorar y se volvía propenso a la decadencia mental y física... él simplemente se daba por vencido [muerto]” (pp. 82-83). Rand (2003) consideró al hombre un fin en sí mismo y a su búsqueda de su propio interés racional y de su propia felicidad el más alto propósito moral de su vida.

37 De Asís (2001) afirma que “el marco moral implica pues la defensa de una idea de individuo como sujeto moral lo que supone considerar a este como ser dotado de capacidad de elección...y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida...” (p. 35).

38 Frankl sostiene que el ‘sentido de la vida’ define lo que se es y lo que no se es, y por tanto, la responsabilidad. Así, la voluntad de significado y propósito, y la responsabilidad individual se conciben como la motivación básica de la vida humana (Frankl, 1992, pp. 87 y 104).

39 Niebuhr (2001) va más allá al afirmar: “No existe la posibilidad de trazar una línea divisoria clara entre la voluntad de vivir y la voluntad de ejercer poder...el espíritu humano [es] mezcla de miedo a la extinción y el amor del poder” (p. 42).

40 En el mismo sentido, ver Thomson (Thomson, 1987).



acudir a De Lucas y Añon, (1990) “dar razón de por qué algo ha de ser realizado o satisfecho en orden a que el sujeto de la necesidad cumpla su función como ser humano” (p. 59). Esta exigencia entendida como constitutiva de nuestra capacidad de acción, a lo que se añadiría el concepto de daño o lesión universalizable, implicaría el tener que tomar decisiones racionales al respecto. Tal y como afirma Krause (citado en Fernández Querol, 2000):

Dado que el hombre es un ser racional (...) así pues la condición humana también puede ser denominada condición racional, y en este sentido decirse que su condición es vivir conforme a la razón (...) conforme a la racionalidad. El derecho (...) no es un fin en sí mismo, sino que es condición... para que el hombre pueda desarrollar su esencia como hombre (...) es pues evidente (...) que las condiciones de la vida racional, esto es, todas aquellas condiciones bajo las cuales un hombre puede desarrollar su vida (...) conforme a la razón, deben ser aceptadas y reconocidas como el contenido del derecho. Aún más, estas condiciones no constituyen sólo la materia jurídica, sino (...) el fundamento jurídico. (pp. 87-88)<sup>41</sup>

Es decir, las potencialidades humanas, como son instrumentos del fin vida (y ésta es la clave, vivir es lo relevante), serían razones a tomar en cuenta y fuente de justificación para una protección jurídica. La respuesta plausible sería reconocer un derecho que implicaría un deber positivo de todos. Así, este deber se justificaría en el carácter universalizable de esta exigencia, y en que es moralmente relevante, ya que es presupuesto de cualquier acción moral, y por tanto, de cualquier moral posible.<sup>42</sup>

Así, la necesidad vital de la igual libertad para elegir un proyecto de vida aporta razón suficiente para exigir el diálogo no discriminatorio en el cual confrontar diferentes visiones del mundo y protegerlas con los medios que proporciona el Derecho.

## 5. Los destinatarios del derecho

El derecho a no ser discriminado, tal y como se concibe en estas páginas, se atribuiría a todos los agentes morales, es decir, *prima facie* a todos los seres humanos, y derivaría de la capacidad comunicativa de los sujetos o de su agencia moral.

41 Y continúa: “así, el ser humano tendría el derecho a exigir que se protegieran las mencionadas condiciones y esta protección exigiría del hombre realizar, en su medida, la totalidad de las condiciones libres de la vida racional para todos y cada uno de aquellos que con él conviven” (Krause citado por Fernández Querol, 2000, p. 88).

42 De Asís (2001), refiriéndose a la capacidad de elección de los seres humanos, afirma: “la libertad de elección constituye un dato empírico pero a su vez [es] presupuesto de cualquier reflexión moral” (p. 32).

Se identifica quiénes serán sujetos del discurso y, por tanto, titulares del derecho a no ser discriminados por medio de las condiciones que recíprocamente presuponen los participantes en el discurso, desde las que se desprenden las características de los sujetos discursivos. El reconocimiento de la capacidad de sostener y orientar sus acciones por pretensiones de validez, implica que se trata de seres racionales. Al identificar que el consenso se basa en el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones, y de que los seres humanos asumirán las obligaciones derivadas de este mismo, se entiende que son individuos sociales y normativos. Así, los sujetos discursivos con derecho a no ser discriminados serán personas racionales, sociales y morales, es decir, seres humanos.

En relación con lo anterior, podría decirse que no sólo serán sujetos discursivos con derecho a no ser discriminados los que actualmente ostenten tales características o facultades y hagan uso de ellas, sino también aquellos que las ostentan y no las utilizan dialógicamente, así como aquellos que podrán ostentarlas en el futuro. Es decir, no sólo se reconocen aquí como titulares del derecho los actuales participantes discursivos, sino también los potenciales participantes, incluidos los escépticos discursivos, pues como afirma Nino (1989) “Es obvio que la capacidad es compatible con su no actualización” (p. 360).<sup>43</sup>

La anterior conclusión se debe a que, en realidad, tanto el procedimiento del discurso, como el hablar de potencialidades que proporcionan razones para proteger a las mismas, presupone unos agentes morales, y éstos no son sino los seres humanos, es decir: todos. Todos vivimos y manifestamos preferencias vitales, lo relevante es que ostentamos las características mencionadas, independientemente del grado y de que se lleguen a realizar o no.<sup>44</sup>

### 5.1. Alcance y contenido

Una vez establecido el fundamento del derecho a la no discriminación o el derecho a la atribución de un estatus de iguales con fines discursivos en el que concretar las necesidades/capacidades humanas dignas de protección jurídica (la determinación de los derechos), cabe preguntarse sobre el alcance y contenido de este derecho.

El cambio de paradigma y la comprensión procedimental del Derecho, al requerir el mutuo reconocimiento de sujetos discursivos de un mismo estatus en el discurso,

43 Nino (1989) sostiene que las condiciones que imposibilitan el ejercicio de la capacidad para que esta continúe siendo considerada como tal, deberán ser salvables por el desenvolvimiento normal de las cosas, por la aplicación de la tecnología actual, o con prácticas institucionales o sociales accesibles.

44 Según Dahl (2008), la igualdad intrínseca de la persona conlleva a que ninguna es superior a otra y que se debe dar igual consideración a los intereses de cada persona, esto frente a la evidente existencia de desigualdades, pues, como advirtió Rawls, no existe ningún rasgo con respecto a que las personas sean iguales (p. 19). Ver también Rawls (1995, p. 458).

conectan la autonomía privada con la pública (autoconfiguración de la comunidad jurídica). De esta forma, el derecho a la no discriminación en la participación en los procesos de formación de la opinión y voluntad discursiva sería el derecho a una existencia social discursiva no discriminatoria. Así, todos los derechos (o la protección de las potencialidades humanas respecto a las que se deliberaría) derivan en última instancia del derecho a no ser discriminado ejercido discursivamente. El sistema de derechos garantizará las condiciones necesarias para la autorregulación legítima. Por tanto, para Habermas (1998) “la cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública se muestra sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la “autolegislación”, figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos” (p. 169). Las claves del paradigma discursivo son la concepción relacional o intersubjetiva de los derechos y la estructura comunicativa de la autoregulación, que vinculan de manera inseparable la esfera privada con la pública. Informar todo el ordenamiento jurídico sería, por tanto, el alcance y contenido del derecho a no ser discriminado.

## Conclusión

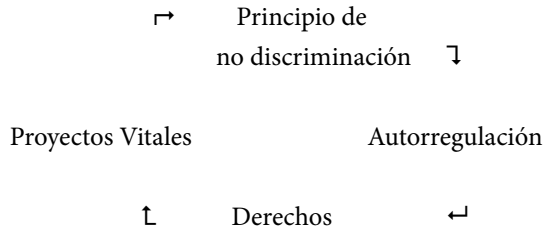
La fundamentación de la idea de los Derechos Humanos viene dada por la consideración de un principio de justicia que se concreta en el derecho a no ser discriminado, constitutivo de la acción moral del sujeto, cuya violación implica un daño vital universalizable y lo que sería razón suficiente para fundamentar los derechos que deberían concretarse de acuerdo a un procedimiento informado por este mismo principio (procedimiento discursivo consensual).

En el foro discursivo, los sujetos expondrían sus pretensiones y plantearían aquello que perciben como una necesidad, así como la validez de las razones que justifiquen la exigencia de su satisfacción. Si bien las pretensiones de los participantes vendrían determinadas por sus respectivas concepciones del mundo y de sí mismos a la vez, las exigencias racionales del debate impondrían un distanciamiento de los sujetos discursivos respecto de sus visiones particulares, lo que posibilitaría concebir racionalmente, por, entre y para extraños<sup>45</sup> la mejor solución normativa. Así, este planteamiento no discriminatorio de lo que potencialmente podría considerarse una necesidad a satisfacer y, su sometimiento a debate o argumentación racional, permitiría alcanzar consensos sobre los cuales construir un sistema de derechos válido o legítimo para satisfacer, según lo entendiesen los

45 Habermas (1999) afirma “la formación de la opinión y la voluntad estructurada democráticamente posibilita un acuerdo normativo racional también entre extraños” (p. 116).

sujetos discursivos (es decir, históricamente),<sup>46</sup> y lo moldearan las necesidades básicas o condiciones de existencia específicamente humanas. En consecuencia, el sistema de derechos constituiría el guion de la autocoreografía diseñada por y para la comunidad discursiva. Esto no es concebible sino allí donde se dé un gobierno democrático deliberativo, y sujetos cuya existencia sea viable, lo que presupone el reconocimiento no discriminatorio de los mismos.<sup>47</sup>

El siguiente gráfico ilustra esta relación visualmente.



Esta comunidad discursiva podría aspirar a vincular la concepción de la vida como iguales y la participación política a favor de una sociedad justa a través de la autodeterminación, pues lo contrario significaría la muerte Grosswald (1994) “no sólo del hombre, sino del concepto de hombre” (p. 47).<sup>48</sup>

## Referencias

- Alexi, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexi, R. (2003). La fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino *Doxa*, 26, 173-201.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los Principios*. Madrid: Marcial Pons.

46 Como señala Cordero (2009), “el derecho es una realidad cultural (...) un fenómeno que muta o se transforma” (p. 12).

47 De la constatación de la existencia de la capacidad/necesidad humana de autonomía que sirve al fin vida, no cabría derivar un catálogo de derechos, ya que ésta es inseparable de las peculiaridades de los seres humanos. Es decir, el reconocimiento del derecho de no discriminación sirve precisamente para la construcción de un foro público en el que todos defiendan sus distintas visiones del mundo (o particularidades que no son transmisibles a otros) y en éste se logran los consensos que fundamentarán los derechos.

48 En el mismo sentido, Mate (2002) sostiene que “Auschwitz (...) obliga a revisar la fundamentación moderna de la moralidad, basada en la dignidad y el respeto de (sí) [la especie humana]” (p. 14).

- Barranco Avilés, M. C. (2000). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Barker, P. (Comp.) (2000). *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*. Barcelona: Paidós.
- Bertolino, R. (1999). La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (07), 131-139.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- Bobbio, N. (1994). *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Madrid: Temas de Hoy.
- Boeckenfoerde, E. W. (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt, Suhrkamp.
- Calsamiglia, A. (1989). Sobre el principio de igualdad. En J. Muguerza (Ed.), *El fundamento de los Derechos Humanos* (pp. 97-110). Madrid, Debate.
- Capotorti, F. (1991). *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*. Naciones Unidas.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, DOCE 2000/C 364/01, de 18 de diciembre de 2000. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU. Recomendación General 19, La violencia contra la mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1//Rev.1 (1994). Recuperado de [http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CEDAW/00\\_4\\_obs\\_grales\\_CEDAW.html](http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html)
- Constitución Española, BOE n. 311, de 29 de diciembre de 1978. Recuperado de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)
- Contreras Peláez, F. J., (2000). La idea de igualdad en el pensamiento político de Kant. *Derechos y Libertades*, 9, 225-283.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”, de 9 de junio de 1994, en vigor el 5 de marzo de 1995, 33 I.L.M.1534 (1994). Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/Swomen.html>

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, entrada en vigor 4 de enero de 1969. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 429 U.N.T.S. 93, entrada en vigor 22 de mayo de 1962. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, entrada en vigor 3 de septiembre de 1981. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Convenio Europeo sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011, CETS N. 210. Recuperado de <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680462543>
- Convenio sobre la discriminación -empleo y ocupación-, (ILO No. 111), 362 U.N.T.S., entrada en vigor 15 de junio de 1960. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Cordero Quinzacara, E., (2009). Los principios y reglas que estructuran el Ordenamiento Jurídico chileno. *Ius et Praxis*. 15(2), 11-49.
- Dahl, R. A., (2008). *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- De Asís, R. (2001). Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista. *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, 17, 23-ss.
- De Castro Cid, B., & Escalopa Martínez, G. (1997). *Problemas básicos de la Filosofía del Derecho: Desarrollo Sistemático*. Madrid: Universitas.
- De Lucas, J., (1994). *El desafío de las fronteras*. Madrid: Temas de Hoy.
- De Lucas, J., (1996). *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- De Lucas, J. y Añón, M. J., (1990). Necesidades, razones y derechos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho* 7, 55-81.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, A. G. Res. 48/104, de 20 de diciembre de 1993. Recuperado de <http://www.un.org/en/ga/68/resolutions.shtml>

- Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones, A.G. res. 36/55, 36 U.N. GAOR Supp. (No. 51) p. 171, ONU Doc. A/36/684 (1981). Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Doyal, L., y Goung, I. (1994). *Teoría de las Necesidades Humanas*. Madrid: Icaria.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- EC, CM/Rec (2002) 5, de 30 de abril de 2002. Recuperado de <http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu/CAHVIO.pdf>
- Fernández Querol, F., (2000). *La filosofía del Derecho de K. CH. F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Frankl, E. V. (1957). *Psicoanálisis y existencialismo*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Frankl, E. V. (1982). *Psicoterapia y humanismo: ¿tiene un sentido la vida?* México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Frankl, E. V. (1992). *Man's Search for Meaning an Introduction to Logotherapy*. Boston: Beacon Press.
- Grosswald Curran, V. (1994). Deconstruction, Structuralism, Antisemitism and the Law. *Boston College Law Review*, 36, 1-52.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II, Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1988). *Ensayos Políticos*. Barcelona: Península.
- Habermas, J. (1996). *Anhang zu Faktizitaet und Geltung. Replik auf Beitrage zu einem Symposion der Cardozo Law School, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Heller, A. (1996). *Una revisión de la Teoría de las Necesidades*. Barcelona: Paidós.
- Junquera, R. (2002). La Fundamentación de los Derechos Humanos: Un intento de Sistematización. *Derechos y Libertades*, (11), 399-429.

- Kant, I. (1957). *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburg: Felix Meiner.
- Ku, C., & Diehl, P. F. (1998). *International Law Classic and Contemporary Readings*. Colorado: Lynne Rienner Publishers.
- Ladeur, K-H. (1999). *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law*. Florencia: European University Institute.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de Derechos Humanos. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (4), 23-46.
- Lukes, S. (1975). *El individualismo*. Barcelona: Península.
- Mate, R. (2002). La singularidad de Auschwitz. *El País*. Recuperado de [http://el-pais.com/diario/2002/04/22/opinion/1019426408\\_850215.html](http://el-pais.com/diario/2002/04/22/opinion/1019426408_850215.html).
- Montero, J. (2006). La Concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿Populismo moral o elitismo epistemológico? *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (29), 319-331.
- Monserrat, J., & Abad, A. (2009). Principio de Discurso y Democracia Directa: Faktizität und Geltung y la Obra de B. Ackerman. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, 32, 605-626.
- Morell, A. (2010). La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la custodia compartida de hijos no matrimoniales. *Revista Chilena de Derecho de Familia*, (2), 241-266.
- Naimark, N. M. (2001). *Fires of Hatred. Ethnic Cleansing in the Twentieth-Century Europe*. Cambridge: Harvard University Press.
- Niebuhr, R. (2001). *Moral Man & Immoral Society. A Study in Ethics and Politics*. Louisville: John Knox Press.
- Nino, S. C. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.
- Nino, S. C. (1990). Autonomía y necesidades básicas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (7), 21-34.
- OSCE, Preventing and Combating Violence Against Women, MC. DEC 15/05, recuperado de <http://www.osce.org/resources>
- Perez Luño, A. E. (1989). Sobre los valores fundadores de los Derechos Humanos. En J. Muguerza (Ed.). *El fundamento de los Derechos Humanos*, (pp. 279-288). Madrid: Debate.



- Prono, S. (2013). Moral, Política y Derecho. La ética del discurso y sus aportes al Estado democrático de derecho. *Universitas*, (17), 47-69.
- Protocolo Adicional a la Carta Africana de DDHH y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003, entró en vigor el 25 de noviembre de 2005. Recuperado de [http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr\\_instr\\_proto\\_women\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_women_eng.pdf)
- Rand, A. (2003). *La Rebelión de Atlas*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Londres: Oxford University Press.
- Report of the International Law Commission on its 2454th meeting, ILC (Sess. 48) (A/48/10) "Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, en Yearbook of the International Law Commission, vol. II (2), 1996. Recuperado de <http://www1.umn.edu/humanrts/>
- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (1995). *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Roldán Barbero, J. (2008). El Nuevo Panorama de la Paz y la Seguridad Internacionales y su Reglamentación Jurídica. En D. J. Liñán Nogueras, & Roldán Barbero, J. (Eds.). *El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior*, (pp. 13-38). Madrid: Plaza y Valdes.
- Rome Statue of the International Criminal Court, U.N. Doc.A/CONF.183/9\*, 1998. Recuperado de <http://www.un.org/law/icc/index.html>
- Rousseau, J-J. (1997). Segundo discurso: sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos. Madrid: Tecnos.
- SAARC, Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution, de 5 de enero de 2002. Recuperado de <http://www.saarc-sec.org/userfiles/conv-trafficking.pdf>
- Thematic Study on the Issue of Violence Against Women and Girls and Sisability. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc. A/HRC/20/05, de 30 de marzo de 2012. Recuperado de [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

- Thimm, A. (1990). Necesidades básicas y derechos humanos. En *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (7), 83-98.
- Thomson, G. (1987). *Needs*. Londres: Routledge.
- Vargas-Machuca Ortega, R. (2002). ¿Repensar o rehacer? *El País*.
- Vega Franco, M. (1984). *El tráfico de esclavos con América (Asientos de Grillo y Lomelín, 1663-1674)*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta.
- Zimmerling, R. (1990). Necesidades básicas y relativismo moral. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*, (7), 35-54.
- Zuñiga Fajuri, A., Aguilera Bertucci, D., & Vásquez Bravo, A. (2007). Lejos del Poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile. *Revista de Derecho*, 20 (2), 9-30.

# SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

## Desde otras áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

El amor en un mundo de opresión: Aportes de la Teología de la Liberación a la reflexión sobre las relaciones entre justicia y misericordia

*María José Caram*

Sumak Kawsay: Una cosmovisión desde el sur con sentido de justicia bio-social

*Pascual G. García Macías*

# El amor en un mundo de opresión: Aportes de la Teología de la Liberación a la reflexión sobre las relaciones entre justicia y misericordia

Love in a World of Oppression: Contributions of Liberation Theology to the Reflection on the Relationship Between Justice and Compassion

O Amor em um Mundo de Opressão: Aportes da Teologia da Liberação à reflexão sobre as relações entre justiça e misericórdia

María José Caram\*

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2016

Fecha de aprobación: 16 de enero de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5673>

**Para citar este artículo:** Apellido, A. (2017). El amor en un mundo de opresión: Aportes de la Teología de la Liberación a la reflexión sobre las relaciones entre justicia y misericordia. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal - ANIDIP*, 5, 122-137, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5673>

## Resumen

Este artículo se pregunta por las relaciones entre la justicia y la misericordia, y partiendo de la constatación del inmenso sufrimiento injusto de pueblos y personas en América Latina. Luego indaga cómo la Teología de la liberación, a la luz de las fuentes bíblicas y de la lectura que de ella hacen las comunidades cristianas de América Latina, ha concebido el vínculo entre la justicia y el amor. La llamada “opción preferencial por los pobres” y el reconocimiento de la autoridad de las víctimas son expresiones de cómo la fe cristiana concibe la inseparabilidad de la justicia y el amor. Finalmente, expone cómo la misericordia puede ser considerada como un principio de acción concreta y urgente, capaz de instaurar la justicia, trastocando la inhumanidad en humanidad.

**Palabras clave:** Justicia, misericordia, Teología de la Liberación, pobreza, víctimas.

\* Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Católica de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: Titular de la cátedra de Formación Teológica sobre Pensamiento Social Cristiano.

## Abstract

This article explores the relations between justice and compassion in light of the immense unjust suffering peoples and individuals in Latin America. It looks at how the Liberation Theology has conceived the link between justice and love in light of biblical sources and their reading by Christian communities in Latin America. The so-called “preferential option for the poor”, and the recognition of victims’ authority, are expressions of how the Christian faith conceives the inseparability of justice and love. In its last part, the article explains how compassion can be considered as a concrete and urgent action principle, which is capable of providing justice and turning inhumanity into humanity.

**Keywords:** Justice, compassion, Liberation Theology, poverty, victims.

## Resumo

Este artigo pergunta-se pelas relações entre a justiça e a misericórdia. Parte da constatação do imenso sofrimento injusto de povos e pessoas na América Latina. Depois indaga como a Teologia da liberação, à luz das fontes bíblicas e da leitura que dela fazem as comunidades cristãs da América Latina, tem concebido o vínculo entre a justiça e o amor. A chamada “opção preferencial pelos pobres” e o reconhecimento da autoridade das vítimas são expressões de como a fé cristã concebe a inseparabilidade da justiça e o amor. Finalmente expõe como a misericórdia pode ser considerada como um princípio de ação concreta e urgente, capaz de instaurar a justiça, transtornando a inumanidade em humanidade.

**Palavras-chave:** Justiça, Misericórdia, Teologia da Liberação, Pobres, Vítimas.

## Introducción: La crucifixión hoy

Empezaré esta reflexión sobre las relaciones entre la justicia y el amor, presentando tres imágenes que nos permitirán abrir una ventana y sopesar la magnitud del sufrimiento de los pobres de América Latina en nuestros días. La invitación a contemplar estos cuadros está motivada por la convicción de que la actitud que se asume ante el sufrimiento injusto, más aún cuando es masivo y se extiende de manera alarmante por todos los rincones del planeta Tierra, realiza y manifiesta, o, por el contrario, degrada y oculta lo más genuino del ser humano.<sup>1</sup>

El 3 de marzo de 2016 fue asesinada en Honduras Berta Cáceres. Su muerte permite vislumbrar los intrincados desafíos que hoy deben enfrentar quienes han

1 La selección de las imágenes estuvo guiada por un criterio de representatividad. No se trata de los únicos casos, sino de ejemplos relevantes de lo que, en mayor o menor intensidad, está sucediendo hoy en numerosos países de América Latina. Por otra parte, son realidades que no suelen ser relatadas en las noticias de todos los días.

comprometido su vida en la causa de la justicia. La mataron, dice Ramonet en una nota a la editorial *Le Monde Diplomatique* “Por ambientalista. Por insumisa. Por defender la naturaleza. Por oponerse a las multinacionales extractivistas. Por reclamar los derechos ancestrales de los Lencas, su pueblo indígena” (Ramonet, 2016, [en línea]).

El 5 de noviembre de 2015 colapsó un dique que contenía 62 millones de metros cúbicos de agua y residuos de la minera Samarco, ubicada en el municipio de Mariana, en el estado de Minas Gerais, en Brasil. El lodo tóxico recorrió 650 kilómetros hasta llegar al mar, produciendo a su paso una verdadera catástrofe ecológica y cobrando numerosas víctimas humanas. Esta tragedia muestra la magnitud de la devastación a la que está siendo sometida la Tierra, acrecentando el sufrimiento de los pobres. Así expresa su dramática experiencia el pescador Mauro Krenak (citado por Goyzueta, 2015). “No hay dinero que pague la riqueza que teníamos. El río se acabó y no vuelve más. Es muy triste. Todo lo que queríamos estaba en él. Se llevaron nuestra alegría” ([en línea]).

El 26 de septiembre de 2014, 43 estudiantes de la escuela rural de Ayotzinapa, en Iguala, desaparecieron y fueron cruelmente asesinados en el estado de Guerrero, al sur de México, convirtiéndose en un caso emblemático que nos recuerda las desapariciones forzadas, crímenes y asesinatos que actualmente tienen lugar en numerosos países de América Latina por la complicidad entre el poder político y el crimen organizado.

Berta Cáceres, “el río que se acabó y no vuelve más” y los 43 estudiantes de Ayotzinapa son algunos de los rostros visibles de los crucificados de hoy.

La palabra cruz, dice Jon Sobrino (1992), uno de los más grandes representantes de la teología de la liberación,<sup>2</sup> “significa muerte, y muerte es aquello a lo que están sometidos de mil maneras los pueblos latinoamericanos” (p. 85).<sup>3</sup>

Mueren crucificados los niños y los adolescentes sometidos a la explotación sexual. Los que son entrenados desde pequeños en el consumo y venta de droga. Las mujeres, víctimas de los cada vez más frecuentes feminicidios; los pueblos indígenas despojados de sus tierras y culturas; los desplazados por la violencia; los que naufragan en el intento de escapar a otras muertes; los que son vendidos como esclavos. La lista podría ser interminable y el número de las víctimas individuales podría contarse por millones. Mueren porque los mata el capitalismo financiero,

2 En adelante TdL.

3 Jon Sobrino es un teólogo perteneciente a la Compañía de Jesús. Nació en el País Vasco y desde 1957 vive en El Salvador. Fue compañero y amigo de Ignacio Ellacuría, rector de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, “asesinado junto con otros cinco jesuitas y dos sencillas mujeres el 16 de noviembre de 1989” (Sobrino, 1992, p. 28).

el narcotráfico, el negocio de las armas, la ambición insaciable, que es fruto de un individualismo deshumanizante. La realidad nos muestra de modo cruel la existencia de víctimas y de verdugos (Sobrino, 1992).

Estamos frente a una situación cada día más intolerable, objetiva y subjetivamente, que supera todo recuento estadístico, que ha entrado en la conciencia global y que se manifiesta en un número creciente de personas, movimientos y organizaciones que luchan por la justicia en el mundo. Pero todo este esfuerzo no ha contribuido suficientemente a detener la victimización de grandes mayorías de seres humanos. Ante ellos resuena una pregunta similar a la que hizo el fraile dominico Antón de Montesinos, el IV domingo de adviento de 1511 ante los notables de La Española: ¿Acaso no son seres humanos?<sup>4</sup>

La noticia de aquel célebre sermón nos llegó a través de Bartolomé de las Casas, quien tiempo después puso por escrito en su *Historia de las Indias* las palabras de aquel sermón profético que decía así: “Todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan oprimidos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? (...) ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto que en el estado que estáis no os podéis salvar más que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe en Jesucristo.” (citado por Gutiérrez, 1992, pp. 48-49).

Teniendo en cuenta estos contextos, averiguaremos, desde la perspectiva de la TdL (teoría de la liberación), qué puede aportar hoy el cristianismo a la instauración de la justicia. El tema se encuentra indisolublemente ligado al de la misericordia. Por tanto, la reflexión tiene como objetivo esclarecer las relaciones entre justicia y misericordia.

## 1. La Teología de la Liberación

Por razones de espacio no es posible describir ampliamente aquí el marco histórico en que surgió la TdL.<sup>5</sup> Tampoco será posible abordar exhaustivamente las diferentes

4 Al cumplirse los 500 años de este sermón, la película titulada *También la lluvia*, dirigida por Icíar Bollaín, recoge la voz de Montesinos y pone de relieve la vigencia de sus palabras.

5 El nombre TdL se debe a una conferencia pronunciada por Gustavo Gutiérrez en 1968. La ocasión fue una reunión del movimiento ONIS (Oficina Nacional de Información Social), conformado por sacerdotes, religiosos y laicos que compartían una misma preocupación y compromiso, realizada durante los días 21

etapas de su difícil pero fecundo desarrollo. Baste mencionar que 1968, el año de su nacimiento oficial, se sitúa dentro de una serie de sucesos mundiales que marcan una ruptura de época: la crisis que afecta al Primer Mundo como conflicto Este-Oeste y al Tercer Mundo, como conflicto Norte-Sur (Sievernich, 2000).

Durante este tiempo tiene lugar en América Latina un intenso y amplio debate en torno a las categorías de “dependencia” y “liberación”, en el que se involucran las ciencias sociales, la pedagogía, la filosofía, la teología y la política. La categoría “liberación” expresa, de modo particular, una esperanza generalizada de cambio y, como afirma Michael Sievernich (2000), “en este gran concierto interdisciplinario, la teología fue el instrumento que, en virtud de las conexiones internacionales de la Iglesia, podía escucharse con más fuerza.” (p. 56). El autor señala tres fases en el desarrollo de la TdL: a) Expansión y persecución (1971-1979), b) Consolidación crítica (1980-1990) y c) Nuevas experiencias (a partir de 1992). A esta periodización habría que agregar una nueva etapa que se abre con el pontificado de Francisco en marzo de 2013.

Con Francisco, la TdL es confirmada no solo en sus intuiciones fundamentales, sino también en uno de sus representantes más insignes, como el padre Gustavo Gutiérrez. Como lo puso de relieve el II Congreso Continental de Teología, convocado por Amerindia en octubre de 2015 en Belo Horizonte, Brasil, lejos de una perspectiva asistencialista, el papa

Enfatiza en la capacidad de los pobres y sus organizaciones para impulsar una sociedad que promueva la dignidad de todos. Y lo hace a partir de una perspectiva típicamente evangélica: desde el amor de Dios manifestado en Jesús, que, por ser incondicional e inmerecido, revela que la solidaridad con los excluidos es el único lugar de una verdadera universalidad. (Bonavía & Martínez Maqueo, 2015, [en línea]).

Se ha definido a la TdL como un pensar la fe “desde el reverso de la historia” (Gutiérrez, 1982). Desde esta perspectiva se ha forjado una tradición que, lejos de debilitarse por las críticas, por las persecuciones y por el martirio de tantos y tantas a causa de su compromiso con la justicia, se ha fortalecido. Hoy se redescubre con ojos nuevos “la fuerza transformadora de lo pequeño y de los pequeños (...) que saben ver, en medio de la injusticia, la presencia amorosa de Dios”. (Bonavía & Martínez Maqueo, 2015 [en línea]).

---

al 25 de julio de aquel año en Chimbote (Camacho, 2011). El texto de la conferencia del teólogo peruano fue ampliado y publicado como libro en 1971 por el Centro de Estudios y Publicaciones de Lima con el título *Teología de la liberación. Perspectivas*. Por esta razón se atribuye a Gutiérrez la paternidad de esta corriente de pensamiento.



## 2. Opción preferencial por el pobre

La experiencia de fe y la relectura de la Biblia por parte de las comunidades cristianas de América Latina y El Caribe, la reflexión teológica y el magisterio latinoamericano dieron como fruto una frase que expresa la conjunción entre el amor gratuito de Dios y las exigencias de la justicia.

La fórmula tuvo un largo derrotero desde Medellín y alcanzó su enunciación definitiva en la Conferencia de Puebla como “opción preferencial por el pobre”. Sus raíces se hunden, dice Gustavo Gutiérrez (2002), “en las experiencias de solidaridad con los pobres y en la consiguiente comprensión del sentido de la pobreza en la Biblia.” (p. 512).

Comprender cabalmente el significado de esta opción exige prestar atención al núcleo que la constituye y este se encuentra, según el padre de la TdL, en “un elemento espiritual de experiencia del amor gratuito de Dios” (Gutiérrez, 2002, p. 521), reconocido como el Dios de la vida, que conlleva “al rechazo a la injusticia y la opresión que ella implica” (Gutiérrez, 2002, p. 521).

Se trata, en el fondo, de comprender “la justicia como forma histórica del amor” (Sobrino, 1982, p. 3). Con ello la reflexión creyente de América Latina y El Caribe se muestra “portadora de una misión humanizante y humanizadora.” (Díaz Mateos, 2012, p. 9), porque en la práctica de la justicia como forma histórica del amor se manifiesta de manera cabal el verdadero ser humano.

Me detendré a continuación en una breve consideración sobre el sentido bíblico y teológico de la justicia y el amor.

## 3. La justicia, forma histórica del amor

Tanto la justicia como el amor son susceptibles de ser comprendidos de manera reduccionista. Puede haber justicia sin misericordia y misericordia sin justicia. La justicia sin misericordia puede llevar a una búsqueda de venganza o a un legalismo opresor y cruel.

La sola misericordia, como práctica aislada y descontextualizada, que mantenga el *status quo* y apacigüe las conciencias, puede inducir al olvido de la justicia y contribuir a que la deshumanización se perpetúe. Esto ocurre cuando en nombre de la misericordia se pretende inducir a las víctimas a perdonar a los victimarios, sin que medie el debido proceso de esclarecimiento y reparación. Sin embargo, en su realidad más profunda misericordia y justicia son indisolubles; separarlas equivale a corromper su verdadero sentido.

Para Ignacio Ellacuría (1999), la justicia es “la forma actuante del amor en un mundo de opresión.” (p. 168). Esta última palabra debe entenderse aquí como

pobreza real, “situación destructora de pueblos, familias y personas” (Gutiérrez, 1996, p. 17), que adquiere la forma de violencia institucionalizada, y que muchas veces va de la mano con violencias terroristas y represivas. La justicia como forma concreta de practicar el amor tiende siempre, en la trama de la revelación bíblica, a realizar en la historia el *Shalom*, es decir, a la plenitud de todas las bendiciones. El *Shalom*, en efecto, Gutiérrez (1990)

Apunta a una situación global e íntegra hacia una condición de vida en armonía con Dios, con los demás, con la naturaleza. *Shalom* se opone a todo lo que va contra el bienestar y los derechos de personas y naciones. No sorprende, en consecuencia, que justicia y paz aparezcan estrechamente ligadas en la Biblia. (p. 316).

La pobreza es una realidad compleja. Si bien es cierto que la carencia de lo necesario para la vida, es decir, el aspecto de marginación y exclusión económica le es inherente, es preciso sumar otros aspectos para lograr su comprensión cabal: la cuestión cultural, el problema racial, las condiciones en que viven las mujeres y el deterioro medioambiental. La pobreza, efectivamente, constituye un mundo de enorme complejidad (Gutiérrez, 1996).

Estas violencias (institucional, terrorista y represiva) no ocurren por fatalidad; sino que tienen causas y, por lo tanto, pueden remediarse. Un ejemplo de la gravedad que revisten estas situaciones lo encontramos en unas palabras del Doctor. Salomón Lerner Febres (2004), presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Al presentar el Informe Final, señaló una situación que lamentablemente se replica en muchos países. Sus palabras ante el presidente de la Nación fueron las siguientes:

El informe que le entregamos expone un doble escándalo: el del asesinato, la desaparición y la tortura masivos y el de la indolencia, la ineptitud y la indiferencia de quienes pudieron impedir esta catástrofe humanitaria y no lo hicieron (...) De cada cuatro víctimas de la violencia, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua, un amplio sector de la población históricamente ignorado –hasta en ocasiones despreciado– por el Estado y por la sociedad urbana, aquella que sí disfruta de los beneficios de la comunidad política. (p. 148).

La injusticia adquiere diferentes rostros en la historia; varía según los tiempos, culturas y geografías. La TdL, en consonancia con el Concilio Vaticano II y las Conferencias Episcopales Latinoamericanas, aporta la conciencia de que la justicia y el

amor no son conceptos abstractos, sino realidades que se viven en la historia y que se orientan a procurar soluciones plenamente humanas. Precisamente, la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo, en el número 11, define en esta línea la misión de la Iglesia. (Concilio Vaticano II, 1967).

La historización de la justicia y la misericordia constituyen una exigencia que atraviesa toda la revelación judeocristiana. Concretamente, en la práctica histórica, para Jesús de Nazaret el amor se muestra como práctica de la justicia, tanto en sus gestos como en sus palabras. El reino que Jesús anuncia no es sino “la cercanía de Dios como humanización y justicia” (Aguirre & Vitoria Cormenzana, 1990, p. 552).

#### **4. Buscar la justicia para tener vida**

En el centro de la fe del Antiguo Testamento hay un acontecimiento histórico justiciero y liberador: la liberación de la esclavitud de Egipto. En sentido cabal se trata de “un acontecimiento político, una gesta liberadora” (Aguirre & Vitoria Cormenzana, 1990, p. 541). El Dios de la Biblia escucha el clamor (Éxodo 3,7), libera a los esclavos y los constituye en un pueblo cuyo deber es, como lo expresa el libro del Deuteronomio “buscar la justicia, sólo la justicia, para que tengas vida” (16,20). Derecho y justicia son, en efecto, “el hilo conductor de plan de Dios en la Biblia” (Aguirre & Vitoria Cormenzana, 1990, p. 546).

El reconocimiento del Dios de Israel, manifestado en, y a través de, la historia, se expresa tanto para este pueblo como para los cristianos, en credos históricos, es decir, mediante narrativas que conservan la memoria de un Dios que instaura la justicia liberando de toda opresión. Estos credos no son meras evocaciones del pasado. Llevan dentro de sí una exigencia de acción en el presente. Como dice Gustavo Gutiérrez (2003), “se recuerda para actuar, sin ello la memoria pierde sentido” (p. 24).

La Torah o libro de la Ley es testamento de la alianza y memoria del acto fundacional del pueblo de Dios. El pueblo que pertenece a Yahvéh debe anunciar esta justicia a todas las naciones mediante su práctica.

La Torah señala el camino de la vida y es norma de comportamiento para un pueblo, que pertenece al Dios de la Vida, cuya misión es dar vida y liberar, actuando contra la muerte, la opresión, el hambre, el egoísmo, la enfermedad y la injusticia (Gutiérrez, 1998).

Refiriéndose al pacto fundacional de Israel, dice Díaz Mateos (2012) “La alianza está unida a la liberación de Egipto, por eso, antes de ser un conjunto de normas, es una experiencia de amor y de liberación. Dios y su amor están primero y después viene la liberación como consecuencia” (p. 33).

La misión de los profetas será señalar “el camino de la justicia y la misericordia” (Gutiérrez, 1996, p. 241). Y es que, en toda la tradición bíblica, justicia y misericordia se remiten mutuamente, y en esta reciprocidad se convierten en criterio de autenticidad (Ellacuría & Sobrino, 1999).

La primera carta de Juan, en el Nuevo Testamento, realiza una afirmación que sintetiza de modo expresivo la equiparación entre la justicia y el amor. Dice así: “Amémonos los unos a los otros, porque el amor procede de Dios, y el que ama ha nacido de Dios y conoce a Dios. El que no ama no ha conocido a Dios, porque Dios es amor.” (1 Juan 4,7).

Conocer a Dios no es un asunto intelectual sino, ante todo, una exigencia moral que compromete a la persona entera. En este sentido, como afirman Aguirre y Vitoria Cormenzana (1990) “lo que se opone al verdadero conocimiento de Dios no es el error o la mentira, sino la injusticia.” (p. 549). Practicar la justicia es ponerse al servicio de la vida, Es dejarse conmover por el sufrimiento ajeno y actuar para erradicarlo.

## 5. ¿Qué tengo que hacer para heredar la vida?

El Evangelio según san Lucas contiene la narración de un diálogo entre Jesús y un doctor de la ley, en el que se incluye la conocida parábola del “Buen samaritano” (10, 25-37). Un acercamiento a este texto puede ayudar a esclarecer la comprensión de las relaciones entre la justicia y el amor en la tradición judeocristiana en general y en la TdL en particular.

Concluida su misión en Galilea, Jesús se dirigió a Jerusalén, ciudad en la que debía dar cumplimiento a su misión. En el curso de este trayecto un doctor de la ley le dirige una pregunta capciosa con el fin de ponerlo a prueba y le dice: “Maestro, ¿qué tengo que hacer para heredar la vida eterna?” (v. 25). Un legista no podía ignorar cuál era el camino de la vida propuesto por la Torah. Pero su intención era poner a prueba a Jesús y desautorizar su práctica y sus enseñanzas. El modo de vivir y de enseñar de Jesús, su manera de interpretar la ley le estaba costando la oposición de las autoridades religiosas de su pueblo.

Como respuesta, Jesús le devuelve el interrogante y le dice: “¿Qué está escrito en la ley?” (v. 26). Si el interlocutor era un especialista en las escrituras sagradas, seguramente sabría bien la respuesta. Y, efectivamente, esta no tardó en llegar: “Amarás al Señor, tu Dios, con todo tu corazón, con todas tus fuerzas y con todo tu espíritu, y a tu prójimo como a ti mismo.” (v. 27). La respuesta era correcta, pero no dándose por vencido, el doctor de la ley formula un nuevo interrogante para justificar su intervención y dice: “¿Quién es mi prójimo?” (v. 29).

Esta vez la respuesta del Señor es la conocida parábola del buen samaritano, referida y comentada en muchas ocasiones y también interpretada en bellas obras de arte, como lo hizo, entre otros Van Gogh, el conocido el pintor neerlandés. En esta ocasión me interesa resaltar el relato como una crítica al orden social y religioso vigente.

Como toda parábola, la del buen samaritano debe ser interpretada en el contexto de vida de Jesús y esta, concretamente, en el marco de las controversias en torno a la observancia de la ley, que desembocarían en la condena a morir una muerte de cruz.

Un hombre es asaltado y dejado malherido junto al camino. Sucesivamente pasan junto a él dos representantes de la religión oficial, un sacerdote (v. 31) y un levita (v. 32), y pese a que lo ven, pasan de largo. Es un samaritano, un hombre despreciado por el código legal judío y marginado del sistema cultural, quien se conmueve (v. 33) y se hace cargo del herido (vv. 34-35).

La parábola opone la actitud del sacerdote y del levita a la del samaritano y muestra, como afirma Ignacio Ellacuría (1999), que “es el samaritano el que verdaderamente ama a Dios, porque ama y actúa en favor del necesitado, que es su prójimo porque está en situación de desamparo.” (p. 173).

El relato recoge lo más genuino de la tradición bíblico-profética donde la práctica de la justicia va ligada a la recta imagen de Dios, al conocimiento del Señor, que no es tanto una cuestión intelectualmente abstracta cuanto, ante todo, un programa de vida. El conocimiento de Yahvéh, la verdadera religión, es fundamentalmente hacer justicia a pobres e indigentes (Jeremías 22, 15). En este sentido, según Ellacuría (1999), el segundo mandamiento es señalado como el principal “puesto que en él se propone la forma de dar el verdadero culto a Dios, la forma de relacionarse verdaderamente con Dios, mientras que el culto ritual, el amor directo a Dios, de ninguna manera puede sustituir al amor al prójimo” (p. 173).

Pero hay algo más. La parábola da respuesta al interrogante “¿Quién es mi prójimo?”, que fuera formulado por el legista y afirma, como dice Gustavo Gutiérrez (1996), que “prójimo no es aquél que yo encuentro en mi camino, sino aquél en cuyo camino yo me pongo. Aquél a quien yo me acerco y busco activamente.” (p. 303).

La parábola del Buen samaritano muestra a las claras que la ley se expresa en la práctica del amor y que no se puede amar verdaderamente a Dios si no se actúa con misericordia frente al prójimo.

## **6. El principio misericordia**

En la Biblia, el vocabulario relacionado con la misericordia se centra en torno a palabras relacionadas con los afectos y las emociones, y tiene que ver con una

conmoción experimentada en lo más hondo del ser.<sup>6</sup> Cuando los profetas hablan del amor de Dios suelen recurrir a este concepto. Dice Díaz Mateos (2002) que “hablar de la ternura de Dios es sintetizar en una palabra cómo ha querido Dios relacionarse con nosotros: no con lazos de moralismo, de leyes y de obligaciones sino, como dice Oseas, ‘con cuerdas de ternura, con lazos de amor’ (Os 11,4).” (p. 37).

La figura del buen samaritano y el sentido bíblico de lo que hace a la esencia del ser prójimo, según la parábola a la que he aludido, ha dado pie para que Jon Sobrino acuñe la fórmula: “principio misericordia”. Ésta es la nota característica de la práctica cristiana. Comprender en qué consiste este principio nos ayudará a sopesar mejor la unidad interna entre justicia y amor.

Sobrino (1992) señala algunos modos insuficientes y peligrosos de entender la misericordia. Estos modos son los sentimientos de compasión que no van acompañados de una práctica, como, por ejemplo, las obras de misericordia que no consideren las causas de la injusticia, las acciones que tienden a dar alivio a las necesidades individuales sin preocuparse por transformar las estructuras, y las actitudes de protección o paternalismos.

Inspirado en Ernest Bloch que no habló simplemente de la esperanza como una realidad entre muchas, sino del “principio-esperanza”, Sobrino (1992) quiere hablar del “principio-misericordia” y lo define de la siguiente manera: “Por ‘principio-misericordia’ entendemos aquí un específico amor que está en el origen de un proceso, pero que, además, permanece presente y activo a lo largo de él, le otorga una determinada dirección y configura los diversos elementos dentro del proceso.” (p. 32).

Esta misericordia está en el origen del proceso salvífico iniciado por Dios y ha quedado expresada en el libro del Éxodo con las siguientes palabras: “He visto la opresión de mi pueblo en Egipto, he oído sus quejas contra los opresores, me he fijado en sus sufrimientos y he bajado a liberarlos” (Éxodo 3,7s).

De este modo, puede decirse que los actos de ver, oír, fijarse en los sufrimientos y descender para realizar la liberación dan estructura a todo el proceso. En este sentido, la misericordia es una acción o reacción ante el sufrimiento ajeno interiorizado, que está motivada exclusivamente por ese sufrimiento (Sobrino, 1992).

La Biblia presenta a Dios actuando de esta manera. Se trata de “un Dios compasivo y bondadoso, lento para enojarse, y pródigo en amor y fidelidad.” (Éxodo 34,6). El texto del Éxodo “resalta sobre todo el radical *RHM* que hace referencia al seno

6 Las palabras hebreas para designar la ternura y la misericordia se centran en torno a palabras relacionadas con Díaz “las entrañas como sede del afecto y las emociones. Por eso van siempre asociados con sinónimos que expresan la compasión, el afecto, la bondad y la misericordia; todo el mundo afectivo que brota del centro de la persona, que es el corazón.” (Mateos, 2002, p. 36).

materno, a las entrañas. Dios no quiere ser identificado con el poder sino con las entrañas maternas, llenas de ternura y compasión.” (Díaz Mateos, 2002, p. 38).

De ahí que para Sobrino (1992), el principio configurador de toda la acción de Dios sea la misericordia. Y esto por cuatro razones: a) está en el origen (acontecimiento del Éxodo) y permanece como constante a lo largo de todo el Antiguo Testamento, manifestando su parcialidad hacia las víctimas; b) la historización de las exigencias de la justicia, así como la denuncia de los que hacen sufrir injustamente; c) Dios se revela a través de sucesivas acciones de misericordia y, finalmente d) la misericordia con los demás, al estilo de Dios, es una exigencia para el ser humano y para su pueblo.

La misericordia así entendida, adquiere un carácter histórico en la práctica de Jesús, configurando su vida y misión, y siendo, al mismo tiempo, la razón por la que es condenado a muerte. En efecto, Jesús fue ajusticiado por ejercer la misericordia (Sobrino, 1992).

La misericordia debe comprenderse, por lo tanto, como una acción que realiza la justicia en un mundo injusto. Tiende a transformarlo, a humanizarlo, dando vida, liberando, contribuyendo a que las cosas se renueven. La praxis de la justicia es una forma histórica del amor que toma en serio la creación en su totalidad y se realiza desde el reverso, es decir, desde la injusticia, la opresión, la destrucción de la creación, la muerte. Esta justicia busca recrear, dar vida (Sobrino, 1982).

## **Conclusión: escuchar a las víctimas**

La teoría de los Derechos Humanos y las prácticas tendientes a instaurarlos es una conquista del mundo occidental. Los avances en la reflexión en este tema han aportado significativamente al despertar de la conciencia y al compromiso en la construcción de un mundo más justo. Sin embargo, hay que reconocer que se trata de los derechos del individuo. Por lo mismo, en el presente, cuando el fenómeno de la globalización ha dado visibilidad a los pueblos y culturas que antes no aparecían en el horizonte, se impone la necesidad de trabajar por algo más (Nolan, 2007), escuchar las voces de las víctimas y dar lugar a nuevas prácticas, que sean verdaderamente revolucionarias, en el sentido de revertir la historia de sufrimiento injusto. Se trata, como dice Ellacuría (1999) de una “urgencia práctica”, que, si no logra resolverse a través de la acción concreta, no se resolverá ni siquiera teóricamente (p. 121).

Por eso, los teólogos y las teólogas de la liberación trabajan de esta manera. Sin abandonar su responsabilidad en lo que respecta al rigor científico, buscan estar presentes en espacios de diálogo allí donde se hace presente la vida, los sufrimientos y las luchas del pueblo pobre. Donde los pobres sufren y donde se busca de manera interdisciplinaria e intersapiencial. En su trabajo interactúan con quienes se

dedican a la investigación académica y con quienes aportan desde su experiencia de base social y eclesial.

Todas las sabidurías, especialmente aquellas labradas en el sufrimiento humano, están especialmente convocadas a sumar en la edificación de otro mundo posible. Las culturas africanas, por ejemplo, dicen *Ubuntu*, palabra que significa “soy porque somos” y que, por lo tanto, afirma que no es posible llegar a ser persona si no es con, y a través de, otras personas. La cultura occidental capitalista, en cambio, enseña que para llegar a convertirse en persona hay que ser lo más independiente y autosuficiente posible (Nolan, 2007).

Por su parte, las culturas indígenas de América Latina sitúan al ser humano en interrelacionalidad con el cosmos y procuran vivir bebiendo de las sabidurías de sus ancestros, a favor de la armonía de todas las cosas. La centralidad de la Madre Tierra en sus vidas y espiritualidades nos habla, con el lenguaje propio de los ritos, del respeto que merecen todos los seres del universo.

Son pequeños/grandes ejemplos de cómo los pobres son portadores de las más grandes reservas de esperanza, lo cual nos invita a escucharlos atentamente.

La abolición de la esclavitud, la descolonización y el desmantelamiento del apartheid en Sudáfrica son algunos ejemplos de que es posible realizar algún cambio, si somos capaces de escuchar el sufrimiento de las víctimas y trabajar con ellas, no sobre ellas ni a pesar de ellas. Pero estas constataciones nos impiden caer en el triunfalismo, porque las estructuras de poder económico, político y militar se reconfiguran, creando nuevas formas de opresión y, con ello, nuevas víctimas. Cabe, entonces, distinguir entre poder depredador y autoridad. El poder que está aliado a los mecanismos de muerte no tiene autoridad. Pero hay un poder de vida, que generalmente surge desde los más pequeños de la historia y que habla desde el sufrimiento. Este poder sí está investido de autoridad.

Vivimos sumergidos en un mundo de injusticias. No todas ellas llegan a los tribunales, y si lo hacen, no parece ser el camino más efectivo para transformar la inhumanidad en humanidad. Es verdad que la acción de los jueces y abogados contribuye a mantener la memoria de la justicia, pero es cierto también que muchas de nuestras leyes no son justas y favorecen a unos pocos privilegiados. ¡Vivimos una crisis de justicia y misericordia! Ante esta realidad, y teniendo en cuenta lo dicho sobre el Dios de la fe judeocristiana, resuenan las palabras del poeta César Vallejo (1959) “Yo te consagro Dios, porque amas tanto (...) porque siempre debe dolerte mucho el corazón.” (p. 97).



La esperanza está puesta, entonces, en la posibilidad de un cambio en el corazón del ser humano que, como dice el poeta, pueda “asir a Dios con el corazón”<sup>7</sup> y dejarse transformar por su amor infinito que abraza a toda vida y vela porque la creación que ha salido de sus manos alcance plenitud. Urge, por lo tanto, disponerse a estrenar “un corazón nuevo y un espíritu nuevo” (Ezequiel 18, 31).

La reflexión teológica latinoamericana ha comprendido que no existe otra autoridad que la de los pobres, las víctimas y los mártires, o como diría Juan Bautista Metz (2007), “la autoridad de los que sufren.” (p. 82). Su sufrimiento y sus clamores por la vida son los que verdaderamente deben regir todo esfuerzo por reconstruir el mundo. Recientemente, el papa Francisco (2015) dijo, “ante el mal cometido, incluso crímenes graves, es el momento de escuchar el llanto de todas las personas inocentes depredadas de los bienes, la dignidad, los afectos, la vida misma.” (p. 34). Es algo que debe entenderse tanto desde la fe como desde las exigencias del crecimiento en humanidad. En definitiva, la justicia es un asunto del amor, única realidad que puede posibilitar el reconocimiento y el crecimiento en dignidad.

## Referencias

- Aguirre, R., & Vitoria Cormenzana, F. J. (1990). Justicia. En I Ellacuría, & J. Sobrino, (Eds.). *Mysterium Liberationis. Conceptos fundamentales de la Teología de la Liberación. Tomo II*. Madrid: Trotta.
- Bonavía, P., & Martínez Maqueo, S. (2015). *Encuadre del II Congreso Continental de Teología [Video]*. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=LZ-3BzmNo-pU>
- Camacho, E. (2011). *Misión en Chimbote y mi encuentro con Arguedas. Los caminos de “Cardozo”*. Lima: Centro de Estudios y Publicaciones.
- Concilio Vaticano II. (1967). “Constitución Pastoral Gaudium et Spes. Sobre la Iglesia en el mundo actual”. En *Concilio Vaticano II. Constituciones. Decretos. Declaraciones*, (pp.127-128). Madrid: BAC. Recuperado de [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html)
- Díaz Mateos, M. (2002). *Imágenes de Dios y dignidad humana*. Lima: CEP.
- Díaz Mateos, M. (2012). *La justicia que brota de la fe*. Lima: Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Instituto Bartolomé de las Casas, Centro de Estudios y Publicaciones.

7 La frase, recogida por Díaz Mateos (2002), pertenece a Mario Benedetti (p. 29).

- Ellacuría, I., & Sobrino, J. (1999). *Fe y justicia*. Bilbao: Desclée de Brower.
- Francisco. (2015). *Misericordiae Vultus. El rostro de la misericordia. Bula de convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia*. Buenos Aires: San Pablo.
- Goyzueta, V. (2015). *El lodo tóxico de la minera brasileña llega al mar*. Recuperado de [http://www.abc.es/sociedad/abci-lodo-toxico-mariana-llega-mar-201511231013\\_noticia.html?ref\\_m2w=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2F&utm\\_content=buffer19342&utm\\_medium=social&utm\\_source=twitter.com&utm\\_campaign=bufferM](http://www.abc.es/sociedad/abci-lodo-toxico-mariana-llega-mar-201511231013_noticia.html?ref_m2w=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2F&utm_content=buffer19342&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=bufferM)
- Gutiérrez, G. (1982). *La fuerza histórica de los pobres*. Salamanca: Sígueme.
- Gutiérrez, G. (1990). Pobres y opción fundamental. En Ellacuría, I. & Sobrino, J. (Eds.). *Mysterium Liberationis*, (pp. 303-322). Madrid: Trotta.
- Gutiérrez, G. (1992). *En busca de los pobres de Jesucristo. El pensamiento de Bartolomé de las Casas*. Lima: CEP.
- Gutiérrez, G. (1996). *Teología de la liberación. Perspectivas. Con una nueva introducción. Mirar lejos*. Lima: CEP.
- Gutiérrez, G. (1998). *El Dios de la vida*. Lima: Instituto Bartolomé de las Casas; Centro de Estudios y Publicaciones.
- Gutiérrez, G. (2002). Situación y tareas de la teología de la liberación. *Theologica Xaveriana*. 143, 503-524.
- Gutiérrez, G. (2003). Memoria y profecía. *Páginas*, (181).
- Lerner Febres, S. (2004). *La rebelión de la memoria. Selección de discursos 2001-2003*. Lima: Instituto Democracia y Derechos Humanos; Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Centro de Estudios y Publicaciones.
- Metz, J. B. (2007). *Memoria passionis. Una evocación provocadora en una sociedad pluralista*. Santander: Sal Terrae.
- Nolan, A. (2007). *Jesús, hoy. Una espiritualidad de libertad radical*. Santander: Sal Terrae.
- Ramonet, I. (2016). *Berta Cáceres, crimen político*. Recuperado de Le monde diplomatique en Español: <http://www.monde-diplomatique.es/?url=editorial/0000856412872168186811102294251000/editorial/?articulo=7f66db08-6765-46c1-94cd-03f8096fd26b>

Sievernich, M. (2000). Los caminos de la Teología de la Liberación. En Autores varios. *Teología de la Liberación. Cruce de miradas. Coloquio de Friburgo*. Lima: Centro de Estudios y Publicaciones - Instituto Bartolomé de las Casas.

Sobrino, J. (1982). *La lucha por la justicia y el mensaje evangélico*. Recuperado de [http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/lilib/vol21/82/082\\_sobrino.pdf](http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/lilib/vol21/82/082_sobrino.pdf)

Sobrino, J. (1992). *El principio misericordia. Bajar de la cruz a los pueblos crucificados*. Santander: Sal Terrae.

Vallejo, C. (1959). *Los heraldos negros*. Lima: Perú Nuevo.

# Sumak Kawsay: Una cosmovisión desde el sur con sentido de justicia bio-social

Sumak Kawsay: A Worldview from the South with a Sense of Bio-Social Justice

Sumak Kawsay: uma Cosmovisão desde o Sul com Sentido de Justiça biossocial

Pascual G. García Macías\*

Fecha de recepción: 24 de julio de 2016

Fecha de aprobación: 27 de enero de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5674>

Para citar este artículo: García Macías, P.G. (2017). Sumak Kawsay: Una cosmovisión desde el sur con sentido de justicia bio-social. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal - ANIDIP*, 5, 138-156, doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.5674>

## Resumen

El presente artículo pretende exponer la importancia de la economía solidaria, con el propósito de analizar la crisis actual (manifestada por factores como el cambio climático, el agotamiento y el desgaste de los recursos naturales, así como la persistencia de brechas socio-económicas) y contribuir a la cimentación de una propuesta de desarrollo económico con justicia biosocial, como una corriente reciente de pensamiento crítico. Comenzamos con el análisis de los orígenes epistemológicos del desarrollo dentro de los postulados de Marx y Engels. A continuación, exploramos brevemente la relación entre capital y naturaleza a través de algunas propuestas post-desarrollistas, varias de ellas devenidas de los movimientos sociales indigenistas. Finalmente, proponemos el *Sumak Kawsay* como una propuesta de desarrollo para el hombre común.

\* Profesor de tiempo completo en la Universidad Técnica Particular de Loja, en el Ecuador. Tiene un doctorado con mención internacional en Movilidad Humana por la Universitat de Valencia, realizó su maestría en el Máster Internacional en Migraciones por la Universitat de Valencia, España, en colaboración con: Université Catholique de Lille, Francia; University of Canterbury, Kent, Reino Unido; University of Applied Sciences of Western, Ginebra, Suiza; y Universidad Surcolombiana, Colombia. Dentro de sus publicaciones se encuentran "Incidencia del uso del internet en el desarrollo de la comunidad Andina" publicado en CISTI 2016. y "Los siete muros de la Vergüenza de Europa" publicado por la red internacional de migración y desarrollo. 2016. El autor agradece a Karina Ponce Silva, estudiante de economía de la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador) por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

**Palabras Clave:** *Sumak Kawsay*, desarrollo económico, justicia biosocial, buen vivir, decolonialidad.

## **Abstract**

The present article aims to expose the importance of solidary economy for analyzing the current crisis (manifested by factors such as climate change, depletion and erosion of natural resources and the persistence of socio-economic gaps) and contributing to the strengthening of a proposal that combines economic development and bio-social justice, as a recent trend of critical thought. The article starts with the analysis of the epistemological origins of economic development within the postulates of Marx and Engels. Subsequently, the relationship between capital and nature through some post-developmental proposals, including those developed from the pro-indigenous social movements, is explored. Finally, the article proposes the *Sumak Kawsay* as a development model for the common man.

**Keywords:** *Sumak Kawsay*, economic development, biosocial justice, well-living, decolonize.

## **Resumo**

O presente artigo pretende expor a importância da economia solidária com o propósito de analisar a crise atual (manifestada pelos fatores como a mudança climática, o esgotamento e o desgaste dos recursos naturais, bem como também a persistência de brechas socioeconômicas) e contribuir à cimentação de uma proposta de desenvolvimento econômico com justiça biossocial, como uma corrente recente de pensamento crítico. Começamos com a análise das origens epistemológicas do desenvolvimento dentro dos postulados de Marx e Engels. A continuação exploramos brevemente a relação entre capital e natureza através de algumas propostas pós-desenvolvimentista, várias delas resultantes dos movimentos sociais indigenistas. Finalmente, propomos o *Sumak Kawsay* como uma proposta de desenvolvimento para o homem comum.

**Palavras-chave:** *Sumak Kawsay*, Desenvolvimento Econômico, Justiça Biossocial, Bom Viver, Decolonialidade.

## **Introducción: ¿Qué es el desarrollo?**

Para poder entender lo que es el desarrollo, debemos hacer un breve bosquejo histórico-crítico del concepto, ya que fue en Occidente donde se planteó un mandato ideológico rotundo del “desarrollo” como meta a la que debía lograr el resto del mundo, en la que el ideal era el modelo de estilo de vida norteamericano, conocido también como *American Way of Life*, Así quedó estipulado que el mundo desarrollado

sólo existía con su opuesto; el subdesarrollo, lo que permite corroborar que la idea de desarrollo se gesta desde una percepción dominante, como lo fue en su momento la «modernidad» y después el «progreso», un progreso de origen colonial, opresor, que se sintetiza por una relación dominado-dominante (Fanon, 2012). Así las cosas, desde entonces,<sup>1</sup> según las comunidades y sociedades en todo el planeta fueron y siguen siendo reordenadas para adaptarse al desarrollo, pues, éste se transformó en el destino común de la humanidad y en una obligación innegociable (Unceta, 2014).

Repasemos brevemente esta evolución. La idea del desarrollo como meta y como proceso se presentó como una gran teoría, que entró rápidamente en crisis y cuestionamientos. La metáfora del desarrollo, tomada de la vida natural, fue desvinculada totalmente de la realidad al conectarse con el crecimiento económico, que se transformó casi en su sinónimo. En la actualidad, aunque es ampliamente aceptado que el crecimiento no es analogía del desarrollo, los gobiernos despliegan discursos plagados de la palabra crecimiento. Se asumió como indiscutible la necesidad de enfrentar el reto del desarrollo como una sumatoria de datos nacionales agregados; si el país crece y prospera, entonces los individuos experimentarán mejoras en su bienestar.

Así, si el crecimiento económico se asumió como el *modus vivendi* de alcanzar el desarrollo; su herramienta fue “el equilibrio macroeconómico”. De esta forma, la búsqueda desesperada por lograr los equilibrios, como parte de las políticas del Consenso de Washington, se ha mantenido hasta nuestros días.

En palabras de Unceta (2015), la economía del desarrollo no es otra cosa que una construcción intelectual destinada a justificar y promover la expansión y perpetuación de un modelo y de sus valores (los occidentales), utilizando esto como revulsivo para superar el supuesto atraso de sociedades diferenciadas por otras referencias culturales, organización social o su cosmovisión de la relación con la naturaleza.

En la implementación de la carrera hacia el desarrollo, a finales de los años sesenta e inicios de los setenta, comenzaron a surgir problemas y controversias en el modelo planteado de alcanzar el desarrollo mediante el crecimiento y la producción de bienes y servicios.

El primero de ellos fue el relativo a la pobreza y la desigualdad, pues resultaba inverosímil creer que aun poniéndose en marcha las políticas implementadas para incrementar el PIB, fenómenos como la pobreza, la desigualdad, las zonas periféricas o el subempleo continuarán aumentando. Estos resultados, en términos de desarrollo pusieron en tela de juicio la premisa que defendía que los incrementos porcentuales

---

1 Y profundizadas después del discurso de su toma de propuesta realizado por Harry Truman en 1949, donde incitaba a los países a salir del subdesarrollo, creando una dicotomía entre los países del norte o desarrollados, y los del sur o subdesarrollados.

en la tasa de crecimiento de un país repercutían directamente en el bienestar social de la población. Si el objetivo de las políticas era cerrar las brechas norte-sur a través del crecimiento, entonces el fracaso era rotundo (Morawetz, 1977).

El segundo de los problemas fue el incipiente pero progresivo deterioro del medioambiente y de los recursos naturales, ( de hecho algunos científicos habían hecho sonar las alarmas, como Meadows (1972), pero fueron ignorados) a corto plazo comenzaban a manifestarse los problemas en nuevas enfermedades, problemas respiratorios, contaminación de capitales, mala calidad de agua, pero a largo plazo los problemas eran mayores: agotamiento de los recursos, pérdida de biodiversidad, alteraciones en el clima situaciones que ponían en riesgo la vida misma del ser humano.

El último de los problemas fue la no correspondencia entre crecimiento económico por un lado, y el respeto de las libertades y los derechos laborales e incluso humanos en gran parte del mundo, por el otro. La obsesión de la producción y aumento de crecimiento se lograron, pero a costa de ignorar los derechos humanos; esto en países dictatoriales o en otros donde se ponía en práctica el socialismo real.

En definitiva, el modelo de desarrollo no solo había fracasado; también había contribuido a expandir las asimetrías entre países “desarrollados” y “subdesarrollados”, y el balance de poder había inclinado más la balanza hacia los países centrales (Unceta, 2015).

## **1. De-construyendo el concepto de desarrollo**

### **1.1. Del capital a los orígenes de la búsqueda del desarrollo**

Sabbatella y Tagliavini (2011) sostienen que ante las monomanías en el ambientalismo, los análisis de los vínculos entre el mundo social y el mundo natural se encontraban entre los valiosos aportes de la corriente teórica marxista y hegeliana. La distinción analítica propuesta no debe concebirse como dos definiciones cerradas e independientes, sino más bien como dos temas correlacionados entre sí. En ese sentido, en *El Capital*, Marx (2007) señala que la naturaleza y el trabajo son el punto de partida de la producción de valores de uso. Precisamente es en este trabajo donde el hombre se apoya constantemente por las fuerzas naturales. Bajo este marco, Marx (2000) arguye que el trabajo no se constituye como la fuente única y exclusiva de los valores de uso de la riqueza material que produce, sino que, como lo ha dicho William Petty, “el trabajo es el padre de la riqueza, y la tierra, su madre”.

Tomando como referencia lo señalado anteriormente y alejándolo de su contexto histórico, el trabajo a lo largo de todos los tiempos ha fungido en la sociedad como el proceso de reciprocidad con la naturaleza, en donde el hombre se aprovecha de

su ambiente y lo convierte para poder satisfacer sus propias necesidades básicas. Dicho de esta forma, no solo es fundamental el trabajo del hombre, sino que también el objeto y los medios de producción son necesarios para realizar el trabajo, donde éstos son obtenidos por la naturaleza. Dentro del proceso productivo las circunstancias materiales no frecuentan empatía, sin embargo Marx (2007) indica que sin éstas no se podría ejecutar exitosamente el ciclo productivo.

Bajo las condiciones descritas, la productividad dependerá del trabajo y de la producción de plusvalía. Al respecto, Sabbatella (2008) menciona que si prescindimos de la forma más o menos progresiva que presenta la producción social, veremos que la productividad del trabajo depende de toda una serie de condiciones naturales, las cuales se refieren a la naturaleza misma del hombre y a la naturaleza circundante. Del mismo modo, Marx (2007) sostiene que las condiciones de la naturaleza exterior se agrupan económicamente en dos grandes categorías: riqueza natural de medios de vida, o sea, fecundidad del suelo, riqueza pesquera, etc., y riqueza natural de medios de trabajo, saltos de agua, ríos navegables, madera, metales, carbón, etc.

Es prácticamente imposible poder entender y analizar el desarrollo sin antes poder vislumbrar bajo qué contexto se enmarca dicha noción. Por ello, debemos conocer bajo qué circunstancias histórico-sociales surge el concepto. Si bien es cierto que la civilización capitalista busca ganancias sin fin explotando al ser humano, imponiendo el consumismo, y promoviendo la producción y crecimiento cuantitativo sin fin, pero buscando la reducción de costos y generando expansión material que depreda bruscamente a la naturaleza, el sistema posee la probabilidad de generar crisis recurrentes, cuya salida es solamente trasladando dichas crisis a lo largo y ancho de la geografía mundial; dicho modo de producción está enfocado en garantizar la reproducción continua del capital y sus ganancias, gestando una crisis civilizatoria.

Más allá de la expansión material, el sistema capitalista necesita expandirse ideológica y culturalmente, con el fin de legitimar sus ganancias, la acumulación y la concentración de poder. En efecto, en dichos discursos es donde el capitalismo ha cimentado primero la idea de “progreso” y su consecuencia dominadora, el “desarrollo”, con todas sus propuestas de correcciones instrumentales pero siempre enmarcadas en el modelo capitalista. Antes de profundizar en el tema, debemos considerar que en el mundo no existe una sociedad capitalista única, la cual refleje perfectamente las características y contradicciones del capitalismo, sino que coexisten varias sociedades capitalistas que interactúan en una especie de sistema-mundo, expandiendo y profundizando la lógica del capital (Wallerstein, 1996).

Por tanto, después de una reconfiguración del modelo capitalista superado el conflicto de la Segunda Guerra Mundial, en sus labores, surge por vez primera el concepto



de desarrollo, convertido en la piedra angular de un discurso hegemónico desde el cual se ha tratado de controlar y ordenar los pueblos y sociedades del Tercer Mundo. Escobar (1996) afirma que el "desarrollo" es una versión del encuentro colonial, del dominio de occidente sobre el resto del mundo, que actúa de la misma forma que el colonialismo. Este se perpetua en sus discursos, como lo explicó Freire (2005) en *La pedagogía del oprimido*, entre oprimido-opresor, o bien Fanon (2012) en *Los condenados de la tierra*, con la dicotomía colonizado-colonizador. El concepto surge en el marco de un momento histórico de grandes cambios como fue la consolidación de los Estados-Nación, en el cual la justicia social lucha por su ausencia, debido a la situación geopolítica mundial de la de colonización en África, el inicio del mundo bipolar –como fue el caso de la URSS y EE.UU. –, la búsqueda de nuevos mercados, la confianza en la ciencia y la tecnología, y el crecimiento de áreas subdesarrolladas.

Así pues, la noción de desarrollo se concibe como el resultado de un proceso y construcción histórico y social, y por tanto es un concepto polisémico y polémico. Dicha idea está ligada a la idea del "progreso", con el propósito de mejorar y aumentar las condiciones de vida de las diferentes poblaciones, tomando como referencia a occidente e intentando acercarse a su *modus vivendi*. Se destaca en él un fuerte componente evolucionista-etapista eurocéntrico, de tal modo que subyace la idea de que los países occidentales han alcanzado un nivel superior al de los demás y deben ser, por ende, el modelo a seguir.

El término "desarrollo", como herramienta del capitalismo para alcanzar sus fines, ha ido modificándose y resignificándose a lo largo del tiempo, pero siempre ha mantenido su connotación positiva, aunque en la *praxis* no sea de este modo. De igual forma, el capitalismo desde sus inicios ha adoptado diferentes mutaciones, pero nunca olvidando su naturaleza depredadora expansionista. Dentro de esta metamorfosis podemos analizar esa capacidad integradora-desintegradora, aquella capacidad de expulsar y promover una falsa integración-armoniosa.

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que el capitalismo posee dos modalidades bajo las cuales opera. Por una parte está una "fuerza centrípeta", cuyo fin es integrar y promover la atracción de países hacia su centro, corporaciones para incrementar su vorágine, de tal modo bajo un discurso en el cual enarbola las virtudes de los tratados de libre comercio e intensificación de mercancías, es capaz de atraer nuevos mercados –esto siempre en relaciones asimétricas–, y por otra parte, se encuentra otra fuerza que podríamos denominar "fuerza centrífuga", que es aquella que se expulsa y que habiendo usufructuado los países, corporaciones y sujetos, el mismo capitalismo se encarga de excluirlos.

Desde el siglo XVIII con los mercantilistas y los fisiócratas se ha mantenido la base de que la modernidad y la riqueza provienen de la tierra, de la extracción y del intercambio de mercancías, y que estas actividades son beneficiosas e integran a la sociedad y al hombre. Sin embargo, el extractivismo ha provocado destrucción de la biosfera y resurgimiento de pobreza extrema, y el intercambio de mercancías ha provocado mayor desigualdad social. Además, en lugar de integración hemos presenciado expulsiones que podemos visualizar en el desempleo juvenil en Europa, las migraciones laborales y de refugiados, el aumento de la pobreza y la desigualdad como resultado de la concentración de poder y riqueza. A título ilustrativo, podemos notar como el 1% más rico incrementó sus ganancias en un 60% en 2012, lo que se traduciría en poseer el monto suficiente para erradicar la pobreza del mundo 4 veces. Por otra parte, los bancos aumentaron sus activos un 160% en 2002, y en 2011 pasaron de 40 a 105 billones, es decir, más de 1,5 el PIB mundial. Empero, en 2010, aún en plena crisis, los beneficios de 5,8 millones de empresas en EUA aumentaron un 53% y los impuestos que pagaron se redujeron en un 2.6%, esto habla del poder del capitalismo de atraer y expulsar a su conveniencia a los diferentes actores (OXFAM, 2014).

Es relevante destacar la importancia del análisis del discurso del “desarrollo”, puesto que es fundamental en la manera como representan y controlan el mundo quienes tienen más poder, es decir los capitalistas, y bajo el lenguaje capitalista todo proyecto está condenado a excluir a la inmensa mayoría y atraer-integrar, así mismo de manera asimétrica y temporal a unos pocos actores.

Este cruce entre la obsesión del desarrollo y la imagen de la naturaleza desmesurada, están en la base de muchos de los discursos y prácticas de nuestros gobernantes. Sin embargo, es difícil salirse del pensamiento impuesto, es decir no utilizando conceptos o constructos devenidos del norte capitalista.

## **1.2. Desde una concepción materialista de la naturaleza**

Foster (2004), en su obra *La ecología de Marx. Materialismo y naturaleza*, reconstruye un concepto materialista-dialéctico de la naturaleza del marxismo para entender los orígenes de la ecología. Para ello, nos remonta a los aportes que han sido abandonados de tres grandes doctos, entre quienes se encuentran el filósofo griego Epicuro de Samos, el químico alemán Jostus Vib Liebig, y, finalmente, el naturalista inglés Charles Darwin. Según Sabbatella y Tagliavini (2011) Epicuro inspiró una perspectiva materialista de la naturaleza; Liebig desarrolló un enfoque desde el desarrollo sostenible, y Darwin adoptó una visión co-evolucionista de las relaciones entre la naturaleza y los seres humanos. Por tanto, ésta reconstrucción cambia completamente la producción intelectual marxista como impropia de la naturaleza.

En la obra *Manuscritos económicos-filosóficos de 1844*, Marx (2004) concibe a la naturaleza como: “el cuerpo inorgánico del hombre” (p. 112). En ese sentido, el pensamiento marxista defiende que el hombre vive de la naturaleza, esto quiere decir que la naturaleza es su cuerpo, con el que debe permanecer en un proceso continuo, a fin de no perecer. El hecho de que la vida física y espiritual del hombre dependa de la naturaleza no significa otra cosa sino que la naturaleza se relaciona consigo misma, ya que el hombre es una parte de la naturaleza.

Vedda (2004) señala que para Marx no existe dicotomía entre el ser humano y la naturaleza. Esta no es algo externo o un mundo exterior, y ante ello expresa: “El hombre no está en la naturaleza, sino que es naturaleza”. La naturaleza le ofrece al hombre su medio de vida inmediato, así como la materia, el objeto y la herramienta de su actividad vital, es decir el trabajo (Sabbatella & Tagliavini, 2011).

### **1.3. Desde la relación trabajo-naturaleza en la producción de valores de uso**

Marx (2014) sostiene que la relación entre el trabajo y la naturaleza constituyen la piedra angular de la producción de valores de uso, para lo cual el ser humano se apoya en las fuerzas naturales. El pensamiento marxista nos dice también que el trabajo no es el único ni exclusivo punto de partida para la producción de estos valores de la riqueza natural. En palabras de Marx (2000): “el trabajo no es, pues, la fuente única y exclusiva de los valores de uso que produce, de la riqueza material. El trabajo es, como ha dicho William Petty, el padre de la riqueza, y la tierra la madre” (p. 10).

Dejando de lado la línea del tiempo, el trabajo ha sido desde siempre el elemento consustancial de intercambio entre la naturaleza y la sociedad, ya que permite la obtención de los recursos para la satisfacción de sus necesidades básicas. Según Sabbatella y Tagliavini (2011) durante el proceso de trabajo interviene no sólo el trabajo del hombre, sino también el objeto sobre el cual se realiza y los medios de trabajo, ambos brindados por la naturaleza. Además, el marxismo destaca las condiciones materiales que no suelen identificarse dentro del proceso productivo, puesto que al fungir como la espina dorsal del proceso, de éstas depende la productividad del trabajo y la generación de plusvalía. Marx (2000) nos invita a desprendernos de la idea errónea de la producción social, para ello nos demuestra cómo la productividad del trabajo se desprende de todo un conjunto de condiciones naturales, las mismas que relacionan a la naturaleza del hombre y la naturaleza adyacente. Las condiciones naturales mencionadas anteriormente, según Marx (2008) se agrupan económicamente en dos grandes categorías: riqueza natural de medios de vida, o sea, fecundidad del suelo, riqueza pesquera, etc., y riqueza

natural de medios de trabajo, saltos de agua, ríos navegables, madera, metales, carbón, etc.”

Por otra parte, para entender qué es desarrollo es también necesario analizar bajo que contexto se enmarca la noción del desarrollo. Es por ello, que debemos conocer bajo qué circunstancias histórico-sociales surge el concepto.

Como sabemos, el sistema capitalista busca la acumulación incesante de capital, y esto solo puede ser logrado mediante la explotación del hombre por el hombre, o del hombre hacia la naturaleza. Sin embargo; el objetivo de aumentar las ganancias *ad finitum*, el sistema capitalista incurre en numerosas contradicciones<sup>2</sup> cuya repercusión en nuestra sociedad son las más frecuentes y profundas crisis económicas. Como lo menciona Harvey, el sistema capitalista carece de la facultad de resolver las crisis de manera definitiva, y lo que logra, es trasladar las crisis a lo largo y ancho del planeta, modificándolas en su matriz, es decir: de crisis de subproducción, a crisis financieras o crisis de sobreproducción, entre otras. (Harvey, 2014)

De tal modo, para profundizar y perpetuar el sistema capitalista, ha enarbolado un discurso ideológico entorno a la imperiosa necesidad de concebir el crecimiento como una Teleología. Tal urdimbre ideológica ha partido en dos frentes; el primero de ellos realizado bajo el discurso de la libertad y la democracia como elementos naturales del capitalismo e inherentes al ser humano.<sup>3</sup> En el cual el hombre ha dejado de ser un ciudadano (*Homo politicus*) y ha pasado a ser parte de un (*Homo economicus*) el cual ejerce su capital social con plena libertad de elección ofertando su mano de obra al mejor postor. El otro frente ha partido desde las instituciones creadas después de la Segunda Guerra Mundial (FMI, BM, BID entre otras) en el cual la meta alcanzar es el progreso, y su consecuencia dominadora el desarrollo. (Quijano, 2000) Finalmente, antes de concebir que existen alternativas al modelo imperante, (u otros mundos en palabras del EZLN), debemos entender que el sistema capitalista, no es único y homogenizado, no existe un sistema capitalista puro y ejemplar, si no hibridaciones del mismo, con diferentes rostros y matices, pero todos ellos con la misma matriz: la acumulación incensante de capital.

2 Para una mejor comprensión de las contradicciones del capitalismo, revisar a: Harvey, D. (17). Contradicciones y el fin del capitalismo. Foladori, G., & Melazzi, G. (1987). Economía de la sociedad capitalista (vol. 126). Ediciones de la Banda Oriental.

3 Para un profundo análisis acerca de la reestructuración de la democracia, mediante el neoliberalismo revisar: McRobbie, A. (2016). The end of the social and the denigration of democracy: Wendy Brown, Michel Foucault and Neoliberalism: a review essay. Soundings: A journal of politics and culture, 61(1), 117-123.

## 2. La utopía del doradista

Tomás Moro en una de sus obras más populares hace referencia al surgimiento de un Estado ideal en forma de república, todo esto enmarcado en una serie de asuntos de carácter económico, filosófico y político, donde la propiedad común de los bienes y la convivencia pacífica de sus miembros viene a ser el estilo de vida de la comunidad que habita en la isla *Utopía*. Dos siglos más tarde, Jean-Jacques Rousseau publica un escrito denominado *Los principios del derecho político* o más conocido como *El Contrato Social*, un gran texto filósofo-político que promulga la libertad e igualdad de los individuos bajo un Estado que es instituido por la voluntad social, es decir, por el “contrato social”.

Frente a la existencia de un modo de producción capitalista depredador de la vida misma, en nuestros días llama la atención que desde el siglo XV dos grandes pensadores hayan desarrollado ideales que permanecen presentes y hayan permitido a otros tomarlos como base para la propuesta de vías alternativas, en diferentes campos tal como el económico. Al hacer referencia a este enfoque, nos introducimos a hablar sobre el rumbo que pueden tomar aquellas economías que ansían alcanzar un desarrollo endógeno que garantice el pleno bienestar social de sus habitantes, presentadas como una nueva doctrina de desarrollo.

Habiendo realizado un breviarío del surgimiento del término “utopía”, nos remontaremos también hacia los orígenes de la terminología del “doradista” ya que está vinculado con la perspectiva actual del desarrollo-extractivista. Es preciso citar a Rene Zavaleta, pensador boliviano que en los años sesenta ya hacía referencia en su vocabulario al término «doradista», el cual usaba para catalogar a los latinoamericanos como individuos que llevan en su corazón el dogma del “doradista”, el mismo que tiene que ver con el hecho de que cuando se descubre un nuevo recurso natural (que es considerado estratégico en función del ciclo económico), rápidamente, se crea la percepción de que el país podrá alcanzar el sendero del desarrollo y acortar las brechas del norte y del sur, para alcanzar de esta forma el anhelado Estado mágico utópico-doradista. (Zavaleta, 1967).

En ese sentido, esta visión utópica-doradista recorre toda América Latina, y en el fondo habla de la abundancia, tanto de sus ventajas como de sus desventajas. El ecuatoriano Alberto Acosta también ha desarrollado más a fondo esta temática, al punto que utiliza esta paradoja para hablar de la paradoja que se da cuando una región pobre es a su vez rica en recursos naturales, afirmando que por la insuficiente capacidad de aprovechar al máximo estos beneficios, las regiones menos favorecidas siguen estancadas (Acosta, 2009). Este estancamiento se genera por la tendencia a la monoproducción, que tergiversa nuestras propias estructuras económicas,

mediante la instalación de nuevos nichos de desigualdad y de reprimarización de las economías más débiles. Pratt (2009), retoma precisamente este tema en su libro *Ojos imperiales*, y señala que Humboldt y sus recorridos por América Latina en el siglo XIX, dieron lugar a un discurso de la América Latina poseedora de abundancia, inocencia y acumulación infinita de los recursos naturales, y es así donde nace la locución: “un mendigo sentado sobre un saco de oro”.

No obstante, toda iniciativa de desarrollo que se encuentre anclada en la visión del “doradista” de Zavaleta, es “un modelo de desarrollo que depreda la naturaleza”, y por tal razón, no puede ser concebido como una propuesta de cambio estructural-innovador, puesto que al final, lo que se está efectuando es un trueque de la riqueza de los recursos naturales por recursos monetarios, donde dicho proceso estará sujeto a los intereses del Gobierno en turno. Bajo este marco, aduciendo y reconociendo los postulados de Zavaleta y Acosta, coincidimos con Galeano cuando afirma que la utopía está en el horizonte, y en el intento de las economías en vías de desarrollo al caminar por el sendero “dorado” de los recursos naturales, al final la utopía permite a las economías emergentes caminar, eso sí sin dejar de lado las discrepancias de tinte político que puedan aparecer durante el recorrido.

### **3. Un modelo de desarrollo que depreda la naturaleza y oprime la justicia social**

Para continuar con su naturaleza de acumulación y expansión, el capitalismo ha utilizado en su *praxis* la idea del progreso y desarrollo, como una estrategia de hegemonía imperante. América Latina ha sido una de las regiones que ha experimentado de cerca el pasar del Consenso de Washington,<sup>4</sup> asentado sobre la valorización financiera al consenso de los *commodities*, que está basado precisamente en la extracción y exportación de bienes primarios a gran escala desde los países de la periferia hacia los países del centro.

A partir de ese episodio, durante los últimos treinta años y con mayor fuerza los últimos diez años, el consenso de *commodities* ha llevado a las economías a una nueva división internacional del trabajo, la cual condena a América Latina a un evento histórico de su época post-colonial que es la exportación de naturaleza. Ante ello, los ciclos económicos devenidos del norte nos han venido minimizando y desdibujando

<sup>4</sup> Recordemos de forma resumida que el Consenso de Washington fue el paquete de reformas “estándar” para los países en desarrollo azotados por la crisis, según las instituciones bajo la órbita de Washington, D.C. como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. Las fórmulas abarcaban políticas en áreas tales como la estabilización macroeconómica, la liberación económica con respecto tanto al comercio como a la inversión y la expansión de las fuerzas del mercado dentro de la economía doméstica.

las consecuencias ambientales y sociales, políticas y culturales que tienen la implementación de estos modelos.

Por tanto, hablamos del consenso de los *commodities* porque está asentado en el hecho de que el *boom* del precio de las materias primas, (petróleo, minería y otras actividades) está inmiscuido en un orden socioeconómico que implica una percepción productivista del desarrollo, es decir, una aceptación de América Latina como una región exportadora de naturaleza. En ese sentido, el consenso de *commodities* se presenta como un discurso único que se instala en un ámbito lleno de tensiones y ambivalencias, en la cual coexisten discursos y prácticas desde la ideología neoliberal, conocida también como “neodesarrollismo progresista” o llámese control estatal de la renta extractivista.

Partiendo de las premisas anteriores, se han implementado fuertes modelos de despojo y acumulación por desposesión. Así lo que tenemos en última instancia es un modelo de ocupación territorial; en ese sentido, los modelos destruyen la economía precedente y la reorientan para adaptarla a la consolidación de ese modelo. En la mayoría de los casos, estos proceden sin el aval de las poblaciones y buscan controlar no solo la producción, sino la reproducción de la vida de esos territorios.

En cuanto al neoextractivismo, este hace alusión a la sobreexplotación de los recursos naturales cada vez más escasos o agotables, o a la expansión de la explotación hacia territorios considerados antes como improductivos. Este proceso no solo se reduce al petróleo o a la minería, sino que abarca la expansión del territorio a deforestar y actividades tales como los agronegocios o agrocombustibles, que se quieren implementar a lo largo y ancho del territorio latinoamericano. Una característica de lo que denominamos neoextractivismo son los proyectos a gran escala, los cuales son distintos al estandarte común. En virtud, no hablamos de pequeños emprendimientos, sino de mega proyectos, los cuales impactan fuertemente en la economía y en el medioambiente, ya que estos utilizan grandes cantidades de agua y energía, e intervienen directamente en grandes extensiones de territorio.

Volviendo una mirada a los postulados de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en lo que respecta a la reprimarización de las economías latinoamericanas, reconocemos que la exportación de materias primas es cada vez mayor. Ahora bien, con la incorporación del nuevo gigante asiático, China, su anexión tiene un efecto mayor e inmediato en nuestras economías. Esto se debe a que China interviene exigiendo un intercambio asimétrico de materias elaboradas y tecnológicas a cambio de materias primas. No es de sorprenderse que para 1990 la participación china dentro del comercio exterior representaba el 0,06% y diecinueve años más tarde, éste representando el 10% (CEPAL, 2011).

Este efecto de reprivatización tiene que ver con la tendencia del monocultivo o la monoproducción que atraviesa a todos los países latinoamericanos esto crea que las economías de enclave o enclaves de exportación efectivamente creen territorios socio-económico dependientes del mercado internacional, cerrando toda posibilidad de generar encadenamientos endógenos al interior de sus sociedades, tanto a nivel local, como regional. La última característica del neoextractivismo es la conflictividad, pues ha habido un boom de conflictos socioambientales en los últimos 10 años, debido a que bajo este modelo van configurando u ocupando territorios que afectan enormemente a las poblaciones que radican en ellos.

En ese plano, nos gustaría insistir en los imaginarios o idearios que recorren por América Latina acerca de la naturaleza del desarrollo, siendo este no solo parte del discurso político, sino también del pensamiento, el mismo que está recorrido por una obsesión de la búsqueda del desarrollo que se ha hecho explícita en los discursos industrialistas a partir de los años cuarenta o cincuenta. Todo esto de la mano de los procesos de industrialización sustitutiva de importaciones. Ya en los años cincuenta-sesenta la condición era más crítica y existían duros cuestionamientos acerca de la especialización de la economía en la exportación de materias primas y hacia énfasis en un discurso industrialista. Sin embargo, en ese pensamiento que intentó buscar las vías del desarrollo autónomo económico en América Latina, no había cuestionamientos sobre el medioambiente, que es algo que a partir de los años setenta comienza a recorrer con mayor espesor a partir de las resistencias, así como también de la mano con un discurso social cimentado en la necesidad de combatir el aumento de las brechas sociales entre sur y norte, en contradicción del discurso imperante.

Es allí donde comienzan a vislumbrarse más allá del discurso desarrollista imperante, la existencia de las grandes desigualdades sociales, pero sin duda desde el paradigma ambiental, es desde donde comienza a erosionarse de una manera mayor esa capacidad omnicompreensiva del desarrollo. Los ecologistas entrecruzan este paradigma con otras voces como lo son algunos movimientos indigenistas, donde también critican la idea del desarrollo hegemónico basado en productividad y crecimiento como fin en sí mismo.

Es en ese tiempo surge el concepto de desarrollo sustentable, que ya tenía algunas décadas de existencia y capacidad de interpelación disruptiva, y fue apropiado por las grandes corporaciones que hoy lo utilizan para legitimar sus proyectos extractivos. En ese marco, queremos incluir o hacer una breve mención a la crítica post-estructuralista que tiene a Escobar (1996) como uno de sus representantes, quién intentó desmontar lo que es en discurso y en términos de poder indagar qué



es lo que hay detrás de esta noción productivista-extractivista de desarrollo –que poco tiene en cuenta las voces de las poblaciones y el medio ambiente–.

Si bien, esta noción ha sido muy crítica, ya que se han visto sus limitaciones ambientales y geográficas, lo desmotivante es que retorna y apropia conceptos más o menos disruptivos y se constituye en una suerte de relato homogeneizador, el mismo que ahora no viene de la mano de un discurso del progreso o industrialista, sino más bien de una práctica claramente extractivista.

Dicha práctica ha sido solapada, promovida y aceptada por gobiernos incluso de corte progresista, aduciendo en gran parte al papel histórico que le han dado la división internacional del trabajo le ha asignado a América Latina, que es de proveedora de materias primas. Mientras que ahora lo hacen en nombre del discurso de ventajas comparativas, en definitiva lo que están señalando es que las economías son adaptativas a los ciclos económicos que impone precisamente la división internacional del trabajo.

En síntesis, cuando hablamos de “imaginarios del desarrollo” creemos que es pertinente hacer énfasis en la necesidad de recorrer la naturaleza del pensamiento y de la política latinoamericana, porque en realidad no solo tenemos la visión eurocéntrica que implica o ve la naturaleza como una mera cuestión instrumental, o como una mera canasta de recursos. En todo caso, en América Latina hay un plus, un plus que tiene que ver con la idea de que la región es por excelencia el lugar de los recursos naturales, que recorre el imaginario político al literario y podríamos decir que lo retroalimenta y se puede ver sintetizado el científico alemán Humbolt.

## **Conclusiones: Una propuesta desde el sur, el Sumak Kawsay- desarrollo con justicia social.**

De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, los estudios del desarrollo se debaten entre tres opciones:

1. Esfuerzos orientados a ampliar el concepto pero sin alterar su naturaleza ni metodología. (Aumentar la producción, seguir con el consumismo, continuar con la desigualdad, la pobreza, el deterioro ambiental etc.)
2. La negación del desarrollo como noción universal, abandonando la empresa.
3. Intentos encaminados a la reorientación profunda del concepto y de las estrategias del desarrollo. (Esa propuesta no puede ser el resultado de un proyecto voluntarista; debemos considerar los límites reales, materiales, naturales de nuestro planeta, y las deficiencias u omisiones teóricas del concepto).

En palabras de Latouche (2008) podemos justificar el hecho de que algunos teóricos buscan crear con el *Sumak Kawsay* un sincretismo de ideas con el decrecimiento

y viceversa. El decrecimiento, como tal, no es verdaderamente una alternativa concreta; sería, más bien, la matriz que daría lugar a la eclosión de múltiples alternativas donde *Sumak Kawsay*, el post-capitalismo y el decrecimiento –por mencionar sólo algunos– podrían convivir y retroalimentarse dónde el fin último sería vivir sin carestías y en armonía con la naturaleza. Evidentemente, cualquier propuesta concreta o contrapropuesta es necesaria y problemática bajo el actual modelo de desarrollo.

El *Sumak Kawsay*, se presenta como una traducción o interpretación de la cosmovisión andina, pero también como una alternativa al desarrollo (aún difusa y en constante construcción), situándose más allá de la ecuación: producción-mercado-consumo-bienestar. Sea cual fuese el enfoque tomado, el *Sumak Kawsay* coincide en cumplir una serie de requisitos para su consecución, entre los que destacaremos cuatro, que son a grosso modo: romper con la concepción judeocristiana del dualismo sociedad-naturaleza, la austeridad frente al derroche, la defensa de las identidades culturales (respeto y defensa de la heterogeneidad cultural) y el último y más citado: la autonomía de los procesos de cada territorio. Con ello, el *Sumak Kawsay*, intenta romper con la homogenización cultural y busca ser una propuesta introducida desde abajo, de forma horizontal, descentralizada y consensuada por los diferentes actores que se ven involucrados, donde prime crear las condiciones necesarias para que el hombre viva en bienestar a través de relación armoniosa con la naturaleza, y en la recuperación y perpetuación de prácticas y saberes tradicionales que el modelo actual de producción ha orillado y tildado de “bárbaro o atrasado”. Bajo esta perspectiva, la autonomía de los pueblos y regiones fungiría como eje vertebral de cualquier estrategia del *Sumak Kawsay* (Unceta, 2015).

La superación de la civilización signada por el capital implica cambiar la raíz de su vertiente existencial: su modo de producción y reproducción de la vida social y de interrelación con la naturaleza. De acuerdo con Rauber (2015) no habrá nueva civilización, ni liberación, ni vida posible, si los cambios se limitan a sustituir a los patrones de los centros del poder de mando del capital, pero dejan intactos sus mecanismos de funcionamiento, que son los de su producción y reproducción.

Lo expuesto anteriormente nos obliga a repensar un modelo de producción económico social alejado de toda órbita del sistema capitalista. Este proceso de transformación constituye uno de los grandes retos dentro del terreno político, cultural, económico, social e ideológico de un mecanismo de sustitución y superación del orden económico, que usufructúa la propiedad privada gracias a su elemental herramienta de producción: el capital.

En este contexto, una primera conclusión es que ni la reforma ni la reparación del capitalismo son posturas suficientes y profundas que conlleven un cambio

sustancial, de hecho, en algunos casos pueden ser necesarias para atender urgencias y problemas muy puntuales pero no de largo alcance, ni esbozan una idea de cambiar la relación del hombre con la naturaleza y su apropiación y explotación de recursos, ni menos atienden a la problemática de la externalización y socialización de los impactos ambientales.

Es necesaria una transformación profunda que aborde la base ideológica del capitalismo y del desarrollo, que el cambio no debe ser sólo económico, sino cultural y político. Podríamos esgrimir la idea de que una opción que priorice el valor del uso sobre el valor de cambio es un gran primer paso. Sin embargo esta idea aún sigue atrapada en este antropocentrismo, donde la tarea a seguir es romper con esa dualidad natura-hombre.

Así, las estrategias a seguir deberían enfocarse no en una salida al subdesarrollo, sino en una salida del capitalismo, y así dejar en claro que el desarrollo bajo el imperante sistema productivo es inviable, y como dispositivo de poder debe ser descalificado en la medida que representa una continuación de las lógicas coloniales, enmarcadas culturalmente en la dicotomía eurocéntrica salvaje-civilizado.

Entre las alternativas al capitalismo emergen con fuerza la recuperación de cosmovisiones andinas o de corte comunitario, llámese buen vivir, *Sumak Kawsay*, en los andes, *Ubuntu* en Sudáfrica o el *uMunthu* en Malawi o *svadeshi, sarvodaya* o el *swaraj* y *Aparigrah* en la India, el *Gadugi* de los cherokees, el *Meitheal* en Irlanda, el *Talkoot* en Finlandia, el *Naffir* en Sudan, el *Bayanihan* en Filipinas, *Gotong-royong* en Malasia y un gran número de diferentes proyectos alternativos en otras latitudes, en donde se proponen como base la autosuficiencia y la autogestión de personas viviendo en comunidad, entendiendo que los seres humanos somos naturaleza y deberíamos convivir con ella en armonía. Pero esto implica profundas transformaciones sociales, culturales, económicas, políticas etc. Donde prime una economía basada en la reciprocidad y no en las ganancias de solidaridad y no de competencia, de sustentabilidad y no de crecimiento, de suficiencia y no de acumulación, de inclusión social y no de individualismo, de relacionalidad y no de explotación de la naturaleza.

Rauber (2015) afirma que hoy en día está claro y se reconoce que la biósfera no solo es fuente generadora de vida y de recursos energéticos, sino también reguladora del equilibrio global del sistema, el mismo que guarda concordancia con lo que las civilizaciones precolombinas (andinas) denominan desde hace muchos siglos como la “Pachamama” o como “*Madre tierra*”. Desde esta óptica, la naturaleza funge principalmente como la columna vertebral del equilibrio general para conservar el patrimonio de la biodiversidad para las siguientes generaciones; ante

esta perspectiva, la naturaleza ya no solo es vista como una fuente de recursos y materias primas.

En esta dimensión ecológica de la realidad, los seres humanos nos reconocemos como parte intrínseca e indivisible de la naturaleza. Tal es la perspectiva cosmo-céntrica que posibilita pensar en el futuro humano con un sentido y concepción diferentes del progreso y bienestar. Esto se resume en el *Sumak Kawsay*, raizalmente defensor-promotor de la vida humana en armonía con la naturaleza. En tal sentido, resulta claro que las cuestiones ecológicas o referidas a la naturaleza no pueden ser analizadas de modo aislado, como tampoco lo puede ser lo relativo a la pobreza, el desarrollo, la democracia, etc. Es indispensable el enfoque integral sistémico (economía, política, cultura, modo de vida) de la vida en las realidades sociales en cada momento.

Deben centrarse los esfuerzos en las “sustancias” (superación del capital) y no sólo en las “formas” (superación del subdesarrollo). Hay que pensar el mundo desde el *Sumak Kawsay* o el *svadeshi*, o *apargrama*, etc. Mediante el cual implica idear un mundo post-capitalista donde desaparezca la explotación del hombre por el hombre, exista una relación diferente con la naturaleza, se privilegie el valor del uso sobre el valor de cambio, se termine con la mercantilización y le fetichismo de todas las relaciones humanas y se termine con el deterioro de las condiciones de vida de la población para sostener el crecimiento y acumulación del capital, en definitiva, la supremacía del ser humano sobre el capital.

Es momento de desechar la concepción antropocéntrica para construir una cosmovisión biocéntrica al servicio de la vida misma, del bienestar mundial y del hombre promedio.

## Referencias

- Acosta, A. (2009). *La maldición de la abundancia*. Quito: Abya-Yala.
- Berges, C. & Sabbatella, I. (2008). *Una aproximación a las desigualdades ambientales*. En América Latina en movimiento. Recuperado de <http://www.alainet.org/es/active/24939>
- Brown, W. (2015). *Undoing the Demos: Neoliberalism's stealth revolution*. Zone Books, MIT Press.
- CEPAL. (2011). *La República Popular China y América Latina y el Caribe: hacia una nueva fase en el vínculo económico y comercial*. Santiago de Chile. Recuperado de [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2995/S2011010\\_es.pdf;jsessionid=4321B0831318EE6480EADFC9C68F96D9?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2995/S2011010_es.pdf;jsessionid=4321B0831318EE6480EADFC9C68F96D9?sequence=1)

- Escobar, A. (1996). *La invención del Tercer Mundo, Construcción y deconstrucción del desarrollo*. Caracas: Ministerio del Poder Popular para la Cultura.
- Fanon, F. (2012). *Los condenados de la tierra*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.
- Foster, J. B. (2004). *La ecología de Marx. Materialismo y naturaleza. España: El Viejo Topo*. Recuperado de <https://radiozapatistasud.files.wordpress.com/2011/11/bellamy-foster-john-la-ecologc3ada-de-marx.pdf>
- Harvey, D. (2014). *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*. Oxford University Press. (UK).
- Latouche, S. (2008). *La apuesta por el decrecimiento: ¿Cómo salir del imaginario dominante?* Barcelona: Icaria.
- Marx, K. (2000). *El Capital. Crítica de la economía política*. México: Fondo de Cultura Económico (FCE).
- Marx, K. (2004). *Manuscritos Económico-filosóficos de 1844*. (M. Vedda, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Colihue.
- Marx, K. (2007). *El Capital*. Madrid: Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Marx, K. (2014). *El capital: Crítica de la economía política, tomo I, Libro I. El proceso de producción del capital* (Cuarta ed.). México: Fondo de Cultura Económico (FCE).
- Meadows, H. (1972). *Los límites del crecimiento: informe al Club of Rome sobre el predicamento de la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Morawetz, D. (1977). *25 Years of Development 1950 To 1975*. Nueva York: Jhon Hopkins Press.
- Paulo, F. (1970). *Pedagogía del oprimido*. México: Siglo veintiuno editores, SA.
- Pratt, M. (2009). *Ojos imperiales: Literatura de viajes y transculturación*. México D.F.: Fondo de Cultura Económico.
- Quijano, A. (2000). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. En Lander E. (Comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. p. 246. Recuperado de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>

- Rauber, I. (2015). *El Buen Vivir: una concepción integral del desarrollo, la democracia, los derechos*. Caracas. Recuperado de <http://www.olacom.org/el-buen-vivir-una-concepcion-integral-del-desarrollo-la-democracia-los-derechos-isa-bel-rauber/>
- Rousseau, J. J. (1965). *El contrato social*, trad.
- Sabbatella, I., & Tagliavini, D. (2011). Marxismo Ecológico: Elementos fundamentales para la crítica de la economía-política-ecológica. *Herramienta* 47, 3-12.
- Tomás, M. (2006). *Utopía*. Ediciones Colihue SRL. OXFAM. (2014). Informe OXFAM 2013. OXFAM.
- Unceta, K. (2014). *Desarrollo, postcrecimiento y Buen Vivir: Debates e interrogantes*. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala. Recuperado de <http://rosalux.org.ec/attachments/article/830/Desarrollo,%20postcrecimiento.pdf>
- Unceta, K. (2015). *Más allá del crecimiento*. Buenos Aires: MarDulce.
- Vedda, M. (2004). Introducción. En Marx, K. (Ed.), *Manuscritos Económico-filosóficos de 1844*, (pp. VII – XLI). Ediciones Colihue SRL.
- Wallerstein, I. (1996). *Después del liberalismo*. Madrid: UNAM-Siglo XXI editores.
- Zavaleta, R. (1967). *Bolivia: el desarrollo de la conciencia nacional*. Montevideo: Diálogo.

# SECCIÓN DE REPORTE DE JURISPRUDENCIA

## **Realizada con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles**

Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016

*María Camila Ospina - Jannluck Canosa Cantor*

### **Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016\***

María Camila Ospina\*\*

Jannluck Canosa Cantor\*\*\*

#### **Introducción**

Mediante sentencia del 21 de marzo de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Sala) declaró culpable al señor Jean-Pierre Bemba Gombo, por crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por las tropas bajo su mando, en contra de la población civil, durante una operación del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) en la República Centroafricana (RCA), llevada a cabo entre finales de octubre de 2002 y principios de marzo de 2003 con apoyo del presidente de la RCA, Ange-Félix Patassé, con el fin de terminar con el golpe de Estado lanzado por el excomandante en jefe de las fuerzas armadas de la RCA, el general Francois Bozizé. Para el momento de su detención, Bemba era comandante en jefe del grupo rebelde, y a su vez, había sido vicepresidente de la República Democrática del Congo y miembro del Senado.

En decisión unánime, los jueces afirmaron que Bemba era responsable por los crímenes de asesinato (art. 7(1)(a)) y violación (art. 7(1)(g)) como crímenes de lesa humanidad; y de asesinato (art. 8(2)(c)(i)), violación (art. 8(2)(e)(vi)) y saqueo (art. 8(2)(e)(v)) como crímenes de guerra, cometidos entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, en el contexto de un conflicto armado no internacional. La Sala determinó que las pruebas de la Fiscalía demostraron “más

---

\* Esta reseña ha sido realizada con el acompañamiento de la profesora Andrea Mateus Rugeles, como parte del proyecto de investigación en Derecho Internacional Penal de la línea de investigación sobre tribunales internacionales del grupo de investigación en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).

\*\* Estudiante de la Universidad del Rosario (Colombia).

\*\*\* Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia).



allá de toda duda razonable”, la posición de mando de Bemba sobre las tropas del MLC en la operación mencionada y su consecuente responsabilidad, conforme al art. 28 del Estatuto de la CPI (ECPI).

La relevancia de esta sentencia radica en ser la primera en que la CPI aplica el concepto de “responsabilidad de mando o del superior jerárquico”. Por esta razón, la presente reseña se centra en el tratamiento dado por la Sala a la referida doctrina y en las posteriores elaboraciones hechas al respecto por la juez Sylvia Steiner, en su opinión separada. Con este propósito, se analiza la decisión a partir del problema jurídico principal, que consiste en determinar si Bemba efectivamente ejercía una posición de mando sobre las actuaciones del MLC en el momento en que se cometieron los crímenes y si se cumplen los requisitos establecidos por el ECPI para que se configure la responsabilidad del superior.

## 1. Hechos fácticos

El MLC fue fundado por Bemba en 1998, con el objetivo de derrocar al Gobierno de turno en Kinshasa, RDC. Con el tiempo, el MLC se transformó de “movimiento rebelde” a “partido político”, declarando en sus estatutos que el objetivo de la organización sería “establecer un Estado democrático en la RDC sobre la base de las elecciones y el respeto de los Derechos Humanos y las libertades individuales” (ICC-01/05-01/08, párr. 382). Para el tiempo en que se cometieron los crímenes, Bemba era el Presidente del MLC, el líder de la rama política y el comandante en jefe de la rama militar del mismo movimiento (denominada Armada de Liberación del Congo ALC). Esto quiere decir, bajo el artículo 12 del estatuto del MLC, que Bemba tenía todos los poderes sobre la organización interna y la política externa, de las ramas política y militar del MLC. Además, era quien debía tomar las decisiones más importantes respecto de operaciones y estrategia militar, y éstas no eran debatibles (ICC-01/05-01/08, párr. 385 – 386, 398 - 399). Finalmente, tenía la facultad de sancionar, arrestar o despedir a los miembros del MLC y ALC, es decir, era el juez supremo de la conducta de estos individuos (ICC-01/05-01/08, párr. 403).

Respecto a la ALC, hay que subrayar que estaba formada por aproximadamente 20.000 soldados, y contaba con un sistema de comunicación de radio bastante efectivo, conocido como la red *Phonie*, que permitía guardar toda la comunicación escrita en una especie de libros. Estos libros, junto con las grabaciones de *Phonie*, sirvieron como evidencia dentro del caso, al lograr demostrar que todos los mensajes recibidos y enviados eran supervisados por Bemba.

En octubre de 2002, existían en RCA otros grupos armados (distintos al Ejército de la propia RCA) que apoyaban al entonces presidente Patassé. Entre ellos cabe

resaltar las FACA (lideradas por el presidente Patassé) y las USP (creadas con el único propósito de proteger al presidente de la RCA). Ambos grupos se encontraban absolutamente desorganizados, desmoralizados y sin el equipo necesario para responder a las fuerzas golpistas del general Bozizé, cuando se les sumaron a finales de ese mes 1.500 hombres del MLC, liderados por el coronel Mustapha, el mayor Dikunduakila y un equipo de 5 líderes del ALC.

Las operaciones comenzaron al 26 de octubre de 2002, cuando las tropas del MLC incursionaron en el territorio centroafricano con la intención de contrarrestar las fuerzas rebeldes del General Bozizé.<sup>1</sup> La Sala valoró los testimonios de las víctimas sobre los eventos que tuvieron lugar durante la estada de las tropas en Bangui, Bondoro, Mongoumba y en docenas de escenarios distintos (ICC-01/05-01/08, párrs. 459, 462, 536, 467 - 535). La mayoría de los relatos versaban sobre escenas de acceso carnal violento, amenazas con armas de fuego, violaciones múltiples y las más bajas prácticas sexuales frente a hijos y familiares de las víctimas.<sup>2</sup> Igualmente, se hizo referencia en las narraciones a todos los efectos físicos y psicológicos causados en las víctimas, muchas de ellas niñas menores de 15 años. Estos efectos iban desde depresión, hasta una alta tasa de contagio del virus del VIH.

Asimismo, la Sala consideró algunos relatos sobre asesinatos a sangre fría, masacres, saqueo y destrucción de propiedad privada, robo de elementos de las viviendas, dinero, comida, utensilios de cocina y supervivencia básica, destrucción de barrios enteros, toma de casas para operaciones militares, e incluso, el saqueo de la casa del Ministro de Defensa, entre otros.

El *modus operandi* de las tropas del MLC era el siguiente: en caso de ausencia de fuerza de oposición, enviaban exploradores para confirmar la huida de las fuerzas rebeldes del General Bozizé, buscaban casa por casa si quedaban rebeldes, saqueaban bienes, violaban, intimidaban y mataban a los civiles que oponían resistencia (ICC-01/05-01/08, párr. 564 - 571). El comportamiento de los soldados del MLC buscaba castigar a la población civil por sus propias bajas o por ser posibles enemigos o simpatizantes de sus enemigos (ICC-01/05-01/08, párr. 565 - 566). Los soldados del MLC consideraban a sus víctimas como un botín de guerra (ICC-01/05-01/08, párr. 567).

1 Razón por la cual la Sala constató la existencia de un conflicto armado en territorio de la RCA de carácter no internacional. ICC-01/05-01/08, párr. 650-656.

2 Es por esto que esta sentencia fue reconocida por la comunidad internacional, al ser la primera de la CPI que reconoce la violencia sexual como arma de guerra. <https://ccpijusticiaglobal.wordpress.com/2016/03/29/jean-pierre-bemba-declarado-culpable-en-un-juicio-historico-de-la-cpi/>

En el mismo sentido, la Sala hizo una revisión de los reportes (ICC-01/05-01/08, párr. 576) de algunos medios de comunicación que hicieron seguimiento cercano a los sucesos objeto del juicio, como Radio France Internacional, British Broadcasting Corporation (BBC), Associated Press (AP), The Integrated Regional Information Networks (IRIN), y The Voice of America. En sus declaraciones, las víctimas se referían a los agresores como “Los hombres de Bemba” o los “Soldados del MLC”, lo que vinculaba a las tropas de Bemba con los crímenes, y resaltaba que estos eran absolutamente notorios y de conocimiento público (ICC-01/05-01/08, párr. 180). En consecuencia, la Sala determinó que no se podía negar que estos crímenes de guerra y de lesa humanidad, se habían cometido de manera continua, sistemática, y generalizada por las tropas del MLC.

## **2. Análisis de fondo. Elementos de la responsabilidad del superior jerárquico**

### **2.1. Relación de subordinación entre el superior y los subordinados: mando y control efectivo o autoridad y control efectivo**

La Sala hizo énfasis en que la expresión “autoridad”, se refería al “poder o derecho de dar órdenes y de lograr obediencia” (ICC-01/05-01/08, párr. 459). Igualmente, hizo hincapié en los criterios que determinaban la existencia de un control efectivo (ICC-01/05-01/08, párr. 188) a saber: i) La posición oficial como comandante dentro de una estructura militar, ii) el poder para dar órdenes, iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de las ordenes, iv) la capacidad para hacer cambios en la estructura, v) el poder para promover, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas o para iniciar investigaciones, vi) la autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y para removerlas, vii) el acceso directo al equipo de la milicia, así como a sus medios de comunicación, viii) el control sobre las finanzas, y ix) la capacidad de representar externamente al grupo.

La Sala manifestó encontrar probados todos los criterios anteriores, de manera que Bemba tenía la autoridad primaria y control efectivo sobre las esferas políticas y militares del MLC, tomaba las decisiones más importantes, tenía un sistema de reporte bien desarrollado, contaba con poderes disciplinarios y con la capacidad de enviar o retirar tropas, controlaba el financiamiento del MLC, se comunicaba directamente con los comandantes sobre el terreno y era el representante externo de dicho Movimiento, como lo demuestran, por ejemplo, sus comunicaciones dirigidas a las Naciones Unidas y sus declaraciones en los medios de comunicación (ICC-01/05-01/08, párr. 693).

En el mismo sentido, la Sala notó que existían pruebas de que los soldados del MLC habían recibido instrucciones antes y durante la Operación RCA 2002-2003 de estar alerta con los civiles que eran sospechosos de ser enemigos o simpatizantes de los enemigos, y de matar o fusilar a civiles como parte de su estrategia militar (ICC-01/05-01/08, párr. 568, 573). Bemba supervisaba continuamente que sus instrucciones se cumplieran a través de la comunicación directa que tenía con los generales en campo, a quienes daba órdenes específicas de traslado y organización de tropas.

Si bien los grupos centroafricanos arriba mencionados ofrecieron al MLC inteligencia y guía, armas, comida, dinero y uniformes, entre otras cosas (ICC-01/05-01/08, párr. 411 - 412), la Sala consideró que Bemba dirigió en todo momento las operaciones. Así, por un lado, concluyó que el MLC había traído consigo desde artillería pesada y armas individuales, hasta sus propios medios de comunicación; y, por el otro, que las condiciones de dichas guerrillas eran muy precarias: se trataba de grupos pequeños, desmoralizados y desordenados. Por todo lo anterior, la Sala afirmó que en ningún momento ni el MLC ni Bemba se encontraron en posición de subordinación con respecto a fuerzas distintas a su propia organización jerárquica; incluso la Sala encontró probado que la relación entre el MLC y las tropas de la RCA fue tensa y complicada (ICC-01/05-01/08, párr. 444).

Otro punto importante analizado por la Sala fue la decisión de intervenir en los asuntos de la RCA. En este sentido, la Sala encontró probado que si bien fue el presidente Patassé quien solicitó apoyo a Bemba, fue este último quien tomó la decisión de incursionar con sus tropas en el territorio centroafricano. Además, la Sala determinó la existencia de intereses personales del acusado en la operación, entre los que se encontraban: i) motivos logísticos de estrategia militar: tener una base de retaguardia; y ii) su relación personal con el presidente Patassé, quien, por obvias razones, estaba interesado en que no se diera el golpe de Estado (ICC-01/05-01/08, párr. 453).

Al mismo tiempo, la Sala probó que una vez Bemba tomó la decisión de llevar a cabo la operación militar, se reunió con el comandante militar, el general Gbadolite, con miembros del comité general y algunos miembros del MLC para dar instrucciones del comienzo y desarrollo de la operación (ICC-01/05-01/08, párr. 446). En conclusión, Bemba tenía una posición de mando y control efectivo sobre las tropas del MLC.

## **2.2. El conocimiento por parte del superior jerárquico de que el crimen estaba por cometerse, se estaba cometiendo o se había cometido, o la comprobación de que tenía un conocimiento debido (“Hubiere debido saber”), sobre su comisión.**

La Sala encontró probado durante el juicio que la comunicación entre Bemba y el coronel Mustapha era constante, al demostrar la ocurrencia de 126 llamadas directas entre febrero y marzo de 2003 y al analizar detenidamente los libros de comunicación y los reportes del *Phonie*. Igualmente, la Fiscalía<sup>3</sup> demostró que Bemba recibió información sobre la situación de combate, la posición de las tropas y la comisión de los crímenes, a través de los servicios de inteligencia tanto militar como civil. Se demostró que la unidad de inteligencia civil, conocida como Oficina de Investigación Especial u Oficina de Seguridad interna (BSI), informó directamente a Bemba de todo lo ocurrido durante las operaciones militares del MLC. En el mismo sentido, se probó que Bemba se comunicaba con los líderes en campo, mediante dispositivos satelitales de manera directa y continua para darles “órdenes, instrucciones y directivas” (ICC-01/05-01/08, párr. 397). Finalmente, se demostró que visitó personalmente las oficinas de los grupos armados de la RCA en varias ocasiones, para informarse del desarrollo de las hostilidades (ICC-01/05-01/08, párr. 590 - 412). En conclusión, la Sala encontró que Bemba tenía conocimiento cierto de que sus tropas estaban cometiendo o habían cometido crímenes de competencia de la CPI.

## **2.3. El incumplimiento de la obligación de tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o hacer cesar el crimen y castigar al autor.**

Bemba sabía que sus tropas estaban cometiendo o a punto de cometer los crímenes de competencia de la CPI, y sin embargo falló al no utilizar su poder para tomar las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión. La Sala consideró que sus reacciones se limitaron a hacer advertencias generales a sus tropas y a la creación de dos comisiones investigativas, que evidentemente no fueron suficientes. Esto, por cuanto no fueron siquiera implementadas de manera apropiada y transparente, y a pesar de que en teoría existieron, nunca se llevó a cabo la misión para la cual fueron creadas, siendo sus labores simuladas, al igual que sus informes y conclusiones falsos. La Sala igualmente reconoció otras medidas tomadas por Bemba, tales como la investigación de la operación Mondonga, (ICC-01/05-01/08, párr. 574) su visita a la RCA en noviembre de 2002 para reunirse con el representante de la ONU, el juicio al teniente Willy Bomengo del MLC, entre otras. Sin embargo,

3 Fiscal: Fatou Bensouda. Representación de la oficina del fiscal: James Stewart y Jean-Jacques Badibanga.

todas estas fueron, según la Sala, limitadas en dirección, ejecución y resultados (ICC-01/05-01/08, párr. 719 - 728). Además, Bemba se negó a colaborar con las investigaciones realizadas en la RCA, siendo él quien contaba con toda la información y tenía el deber de colaborar en el enjuiciamiento de los culpables.

En conclusión, la Sala determinó que Bemba no había tomado las medidas razonables y necesarias a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Según la Sala, Bemba debía haber: i) asegurado que las tropas del MLC en la RCA fueran propiamente capacitadas en las reglas del Derecho Internacional Humanitario y adecuadamente supervisadas durante las operaciones, ii) iniciado investigaciones verdaderas y completas sobre la comisión de los crímenes y asegurado que los soldados que los hubieren cometido fueran propiamente juzgados y castigados, iii) dictado órdenes claras y completas a los comandantes de las tropas del MLC en la RCA para prevenir la comisión de crímenes, iv) reformado el despliegue de las tropas para minimizar el contacto con la población civil, y v) retirado, remplazado o despedido oficiales o soldados que cometieron o toleraron la comisión de crímenes en la RCA (ICC-01/05-01/08, párr. 729). Bemba también podía haber ordenado el retiro de las tropas del MLC al haber sido informado de la comisión de los crímenes o de su posible comisión (ICC-01/05-01/08, párr. 730).

## 2.4. Conclusión

La Sala, después de analizar los elementos contextuales, materiales y subjetivos de los crímenes, determinó que efectivamente se habían cometido crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) y que Jean-Pierre Bemba Gombo, debía responder con una pena de prisión de 18 años,<sup>4</sup> bajo el supuesto de Responsabilidad del Superior Militar (Art 28(a)) por los crímenes de asesinato, violación y saqueo arriba mencionados. La Sala resaltó que Bemba fue condenado por una responsabilidad *sui generis*, es decir, no por una simple conducta de omisión, sino por los crímenes cometidos por las fuerzas bajo la autoridad y control del superior militar.

## 3. Opinión separada de la juez Sylvia Steiner

Aunque la jueza Sylvia Steiner estuvo de acuerdo con la condena de Bemba, en su opinión separada subrayó que la sentencia debió tratar con mayor amplitud tres problemas jurídicos que se derivan de la aplicación del artículo 28 del ECPI (ICC-01/05-01/08-3343-AnxI. Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, párr. 2). El primero de

<sup>4</sup> Bemba ya ha pagado 8 años de su condena por la detención preventiva en la que se encontraba durante el Juicio.

ellos tiene que ver con la interpretación apropiada de las palabras “as a result of” (“en razón de”), en el artículo 28(a). El segundo se refiere a la obligación que tiene el superior de ejercer control apropiado. Finalmente, el tercero está relacionado con el test de causalidad requerido.

### **3.1. La interpretación de las palabras “as a result of” en el artículo 28(a).**

La discusión que surge respecto de la interpretación de las palabras “as a result of” (“en razón de”), es si se deben entender como un vínculo entre la omisión del superior en ejercer control apropiado y los crímenes, como lo entendió la Sala de Cuestiones Preliminares II en la confirmación de cargos, o, por otro lado, como un vínculo entre la omisión y la responsabilidad penal, como sugirió Amnistía Internacional (en adelante AI). Este problema no fue discutido a profundidad por la Sala, que tampoco abordó los argumentos presentados por AI (ICC-01/05-01/08, párr. 210 - 213).

AI argumentó que no existe en los instrumentos que reflejan la costumbre internacional, el requisito de que la omisión del superior sea causante de los crímenes. En su *amicus curiae* defiende que lo que se puede constatar en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY), y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), es la exigencia de un test tripartito, en el cual se requiere la existencia de (i) una relación de subordinación; (ii) el conocimiento por parte del superior del crimen cometido por sus subordinados; y (iii) la falla del superior en detener, prevenir o sancionar el crimen (ICC-01/05-01/08-406, párr. 30 – 37). En su opinión, los redactores del proyecto del ECPI no tenían la intención de apartarse de esta costumbre internacional (ICC-01/05-01/08-406, párr. 38).

Steiner difiere de esta posición, y considera que la discusión acerca de que la costumbre internacional requiera o no el vínculo entre omisión y responsabilidad penal del superior no es relevante. Esto, por cuanto la CPI debe aplicar, en orden de prioridad, primero el ECPI (art. 21(1)(a) del ECPI), antes que la costumbre. Si el Estatuto de Roma contiene una disposición al respecto, será esta la aplicable; así, en el entender de la juez Steiner, el artículo 28 del ECPI requiere un vínculo entre la omisión y el crimen (ICC-01/05-01/08, párr. 9). Además, de la ausencia de discusión respecto al tema en los trabajos preparatorios, no se puede inferir apoyo o rechazo a la interpretación de AI.

Adicionalmente, del hecho de que la responsabilidad del superior se conciba en la doctrina como una forma accesoria de responsabilidad, se deriva que esta debe requerir una conexión entre conducta y resultado antijurídico (ICC-01/05-01/08, párr. 9). Para Steiner, la decisión de la Sala de Apelaciones en el caso de Thomas

Lubanga Dylo refuerza su argumento, pues en esta se identifican las formas accesorias de responsabilidad como modos de “contribución a la comisión de un crimen”.<sup>5</sup>

### **3.2. La obligación de ejercer un control apropiado**

La jueza Steiner señala que es necesario distinguir entre la obligación de ejercer un control apropiado, establecida en la introducción del artículo 28(a) del ECPI, y las obligaciones específicas de prevenir y reprimir señaladas en el artículo 28(a)(ii) del ECPI. Para Steiner, la obligación de ejercer control apropiado se extiende más allá del alcance temporal y sustancial de las obligaciones específicas establecidas en el artículo 28(a)(ii) del ECPI. En su visión, la obligación que tienen los comandantes de asegurarse de que los soldados estén conscientes de sus obligaciones propias frente al Derecho Internacional Humanitario, y de mantener el orden y control de las tropas, es de carácter permanente.

Ahora bien, la jueza Steiner afirma que este deber general se relaciona con las obligaciones específicas de prevenir o reprimir la comisión de un crimen establecidas en el artículo 28(a)(ii). Respecto de la primera, cuando un superior falla en su obligación de prevenir, ha fallado también en su obligación de ejercer el control apropiado. Respecto de la segunda, si bien la obligación de reprimir surge posteriormente a la comisión del crimen, debe entenderse que persiste el vínculo entre la omisión en el deber de ejercer control en general y el crimen (ICC-01/05-01/08, párr. 14). Esta relación implica que el cumplimiento de la obligación general de ejercer control apropiado no es suficiente para evadir la responsabilidad penal, si el superior falló en tomar las medidas específicas. De la misma forma, no es suficiente que se incumpla con la obligación general para que se genere responsabilidad, sino que debe además haber incumplido las obligaciones específicas para que esta surja (ICC-01/05-01/08, párr. 15).

### **3.3. El test de causalidad**

Como se señalaba al principio de esta reseña, debe existir un vínculo entre la omisión y el crimen para que el superior sea hallado responsable, pues conforme a un principio fundamental del derecho penal, nadie puede ser encontrado responsable por un crimen en ausencia de participación personal (ICC-01/05-01/08, párr. 211). El problema jurídico que se presenta es cómo se debe entender este elemento de causalidad por omisión, y con qué grado de certeza el crimen debe ser el resultado de la omisión del superior.

5 También mencionado en ICC-01/05-01/08 párr. 7, citando a la Sala de la CPI en Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”.



La Sala de Primera Instancia III trató brevemente este punto, indicando que compartía el criterio de la Sala de Cuestiones Preliminares II, respecto de que el artículo 28 del ECPI no requiere la aplicación de un test de causalidad de equivalencia de las condiciones, pues solo se requiere comprobar que los crímenes no se hubieran cometido si el superior hubiera ejercido control apropiado (ICC-01/05-01/08, párr. 210 - 213). Steiner considera necesaria una mayor elaboración al respecto, y en su opinión separada se refiere a las teorías aplicables a la causalidad exigida por el artículo 28(a) del ECPI, así como a algunas cuestiones planteadas por la defensa que no se resolvieron.

Respecto del primer asunto, indica que se debe prescindir de una teoría de causalidad naturalista, pues de acuerdo con esta no se puede atribuir un resultado a una omisión (ICC-01/05-01/08, párr. 18), de modo que no resulta útil la clásica teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual se considera causa “cualquier condición que no pueda ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado” (Roxín, Luzón Peña, Días y García Conlledo & Remesal, 1997, pp. 347, 350), ya que el efecto de una omisión no se puede determinar empíricamente con certeza.<sup>6</sup> Teniendo en mente esta dificultad, se debe optar entonces por un concepto normativo de causación. Steiner comparte con la Sala de Cuestiones Preliminares II que se debe acoger el concepto del “incremento del riesgo”. Este se da cuando una acción que era de esperarse por parte de una persona en posición de garante no fue llevada a cabo, caso en el cual se considera que esta omisión comporta una fuerza causal potencial o hipotética (ICC-01/05-01/08, párr. 18).

Finalmente, respecto del grado de incremento del riesgo, Steiner defiende que no es suficiente con tener una mera probabilidad, sino que es necesaria una alta probabilidad de que si el superior hubiera cumplido con sus obligaciones, no se hubieran cometido los crímenes (ICC-01/05-01/08, párr. 24).

## Referencias

- CPI [SPI III] The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Situation in the Central African Republic. ICC-01/05-01/08.
- CPI [Amicus Curiae] The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Observations on Superior Responsibility Submitted Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence. ICC-01/05-01/08-406. 20 de abril de 2009.

6 También referido en ICC-01/05-01/08 párr. 19, citando a la Sala de Cuestiones Preliminares II en Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo; Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court; June 15, 2015; párr. 425.

CPI [SPI III] The Prosecutor v Jean Pierre Bemba Gombo. Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute. Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner. ICC-01/05-01/08-3343-AnxI. 21 de marzo de 2016.

Roxín, C., Luzón Peña, D., Días y García Conlledo, M., & Remesal, J. V. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.