

VOLUMEN 6

ISSNE: 2346-3120

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

PÁGINAS 1-231

BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2018

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

Sección de Artículos de Investigación desde el Derecho Internacional Penal

¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

Mónica Rocha Herrera

Sección de Artículos de Investigación desde otras Áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia

Héctor Olaso - Éric Lair - Lucía Cárcano

Sección de Ensayos de Investigación Seleccionados en la VI Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados

The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda

Catalina Fernández Carter

Grupos civiles armados en Venezuela:
¿Actores de un 'aparato organizado de poder'?

Thairi Moya Sánchez

Sección de Ensayos de Investigación Seleccionados en la I Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

Pacificação na favela não para a favela. Uma análise sobre o projeto de pacificação e programas governamentais, como justiça comunitária, implementados na favela, perquirindo quem são os reais beneficiários do projeto e ressaltando a potência política favelada neste contexto

Nathalie Ferreira de Andrade

El reconocimiento de "la justicia indígena" como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico

María Dolores Núñez Ávila

Reflexiones sobre el vínculo entre reformas a la administración de justicia, economía y desarrollo económico

Arturo Felipe Onfray Vivanco

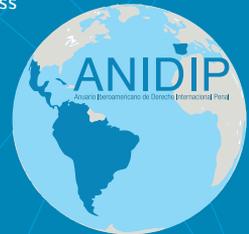
Sección de Reporte de Doctrina

Reseña Bibliográfica

Claus Kreß & Stefan Barriga (Eds.) (2017)

The Crime of Aggression: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press

Lucía Cárcano Fernández



Universidad del
Rosario



tirant lo blanch

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA



PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

ANIDIP

Bogotá, Colombia - Número 6
Páginas 1 - 231 – ISSN: 2346-3120
Doi: 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

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

Bonilla Tovar, Vanessa (Colombia)
Joven Investigadora, Universidad del Rosario (Colombia)

Celedón, Fabiola (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

Villarraga, Luisa (Colombia)
Pasante, Instituto Iberoamericano de La Haya (Holanda)

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

Galain 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)

Zilli, Marcos Alexandre Coelho (Brasil)

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

COMITÉ CIENTÍFICO

Abrão, 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 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015-2016)

Magistrada y vicepresidenta de la Corte Penal Internacional (2003-2012) (2003-2006)

Magistrada (1993-1998) y vicepresidenta (1993-1995) del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Steiner, Sylvia H. (Brasil)

Magistrada (2003-2016) 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

Vicedecano Facultad de

Jurisprudencia

Lina María Céspedes

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/vol6>

Editorial	6
------------------------	----------

Héctor Olasolo Alonso

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional.....	10
---	-----------

Mónica Rocha Herrera

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN desde Otras Áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia	60
--	-----------

Héctor Olasolo - Éric Lair - Lucía Cárcano

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN Seleccionados en la VI Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en <i>The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda</i>.....	82
--	-----------

Catalina Fernández Carter

Grupos civiles armados en Venezuela: ¿Actores de un ‘aparato organizado de poder’?	110
---	------------

Thairi Moya Sánchez

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la I Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

**Pacificação na favela não para a favela.
Uma análise sobre o projeto de pacificação e
programas governamentais, como justiça comunitária,
implementados na favela, perquirindo quem
são os reais beneficiários do projeto e ressaltand
o a potência política favelada neste contexto. 146**

Nathalie Ferreira de Andrade

**El reconocimiento de “la justicia indígena”
como agente de la reivindicación de los pueblos
indígenas en el marco del pluralismo jurídico 175**

María Dolores Núñez Ávila

**Reflexiones sobre el vínculo entre reformas
a la administración de justicia, economía
y desarrollo económico 201**

Arturo Felipe Onfray Vivanco

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

Reseña Bibliográfica

Claus Kreß & Stefan Barriga (Eds.) (2017)

The Crime of Aggression: A Commentary.

Cambridge: Cambridge University Press. 226

Lucia Carcano Fernández

Editorial

Me complace darles la bienvenida al sexto volumen (2018) del Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (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 en él se consolidan los cambios realizados en el volumen quinto y se incorpora una nueva sección sobre ensayos de investigación seleccionados en el Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia (sección IV), la cual se suma a las ya existentes sobre artículos de investigación desde el Derecho Internacional Penal (sección I), artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales (sección II) y ensayos de investigación seleccionados en el Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal (sección III).

De esta manera, se continúa fortaleciendo la dimensión social del ANIDIP, consistente en la publicación de trabajos de alta calidad escritos por jóvenes investigadores que participan en los certámenes arriba mencionados. Así mismo, se consolida la publicación de artículos de investigación que presenten nuevos enfoques sobre el objeto de estudio del ANIDIP por provenir de otras áreas del Derecho, así como de otras ciencias humanas y sociales.

En cuanto al contenido sustantivo de este volumen, la sección de artículos de investigación escritos desde el Derecho Internacional Penal recoge el trabajo de Mónica Rocha, profesora de Derecho Internacional de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México y presidenta del Foro sobre Justicia Internacional A.C., sobre las obligaciones de un comandante militar desplegado en el terreno. En su trabajo, la autora pone particular énfasis en las razones por las que es tan importante que el comandante militar operativo esté capacitado en sus responsabilidades conforme a los estándares internacionales en la doctrina del superior jerárquico.

La sección sobre artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales recoge en este volumen el interesante estudio realizado

por los profesores Héctor Olasolo Alonso y Eric Lair, junto a la joven investigadora Lucia Carcano (todos ellos miembros de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia), sobre los mecanismos de justicia que son aplicables en territorios con alta presencia de grupos armados al margen de la ley. Para ello, presentan un ejercicio de miradas cruzadas sobre distintos casos presentados en las favelas de Río de Janeiro controladas por bandas armadas, en ciertas áreas del norte de México con notable presencia de cárteles del narcotráfico y en territorios con alta incidencia de grupos paramilitares y guerrillas en Colombia.

Dos son los ensayos de investigación que han sido seleccionados por el jurado internacional de la VI Edición del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner. En primer lugar, el excelente ensayo ganador del Certamen titulado “Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*”, escrito por Catalina Fernández Carter, licenciada en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. En segundo lugar, el ensayo presentado por Thairi Moya Sánchez, doctora en Derecho por la Universidad Central de Venezuela, sobre los grupos civiles armados en Venezuela y la cuestión relativa a si constituyen un aparato organizado de poder.

Tres son los ensayos de investigación que han sido seleccionados por el jurado internacional del I Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia. Entre ellos destaca el estudio ganador del Certamen escrito por Nathalie Ferreira de Andrade, con una maestría en Políticas Públicas y Derechos Humanos de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil), titulado “*Pacificação na favela não para a favela*”, que analiza empíricamente el proceso de pacificación llevado a cabo en la favela del *Complexo do Alemão* de Río de Janeiro a través de las Unidades de Policía Pacificadora. Junto a este trabajo se publican también los interesantes estudios escritos por María Dolores Núñez Ávila, doctoranda de la Universidad de Valencia (España), y Arturo Onfray, doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina (Katholieke Universiteit Leuven), titulados respectivamente “La justicia indígena como agente de cambio en la reivindicación de los pueblos indígenas en el modelo de Estado de Derecho plurinacional y multiétnico” y “Reflexiones sobre el vínculo entre reformas a la administración de justicia, economía y desarrollo económico”.

Finalmente, el sexto volumen del ANIDIP presenta una detallada reseña doctrinal realizada por Lucia Carcano (Universidad del Rosario, Colombia) a los tres volúmenes de la obra del Profesor Klaus Kreß (Universidad de Colonia, Alemania) y de Stefan Barriga (Misión Permanente de Liechtenstein ante las Naciones Unidas en Nueva York), titulada *The Crime of Aggression: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

Para concluir, quiero agradecer una vez más 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. Así mismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este sexto volumen del ANIDIP, en especial a la profesora Andrea Mateus Rugeles (editora del ANIDIP), a Vanessa Bonilla (secretaría del ANIDIP), y a Fabiola Celedón y Luisa Villarraga (pasantes del Instituto Iberoamericano 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 18 de mayo de 2018

Héctor Olasolo Alonso
Director, ANIDIP

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Desde el Derecho Internacional Penal

¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

Mónica Rocha Herrera

¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

What are the Obligations of a Military Commander in the Field? Legal Evolution of the Command Responsibility Doctrine: From Yamashita to Bemba Gombo at the International Criminal Court

Quais são as obrigações de um comandante militar em campo? Evolução jurídica da doutrina da responsabilidade do superior hierárquico: de Yamashita a Bemba Gombo na Corte Penal Internacional

Mónica Rocha Herrera*

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 4 de noviembre de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>

Para citar este artículo: Rocha Herrera, M. (2018). ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Evolución jurídica de la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico: de Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional. *ANIDIP*, 6, 10-58.

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7150>

Resumen

¿Qué es la responsabilidad del superior jerárquico? ¿Cuáles son las obligaciones de un comandante militar en campo? Desde Yamashita (1945) hasta la Corte Penal Internacional (CPI) con Bemba Gombo (2016), *de jure* o *de facto*, la CPI con Bemba Gombo equiparó las obligaciones de los comandantes militares de ejércitos regulares

* Presidenta del Foro de Justicia Internacional A.C., Ciudad de México. Investigadora Externa del Instituto de Investigaciones Estratégicas del Centro de Estudios Superiores Navales de la Marina Armada de México. Coordinadora del Grupo de Relaciones Internacionales y Ciencia Política de la Red Multidisciplinar de Investigación del Instituto Iberoamericano de La Haya.

a las de aquéllos comandantes de fuerzas armadas *de facto*. Los criterios de responsabilidad que identificó fueron: el nivel de conocimiento del comandante de lo que sus hombres hicieron, hacen o están por hacer; las medidas razonables que tomó o está por tomar, a fin de prevenir y/o reprimir los crímenes; el control efectivo que ejerce, ejerció o puede ejercer, a fin de evitar la comisión del injusto, y si notificó o no a las autoridades competentes de lo que sucedió o está por suceder; lo anterior hace parte de los estándares que miden las obligaciones de los superiores jerárquicos militares y también civiles. La actuación del comandante no se asume *a priori*, sino que se analiza *in concreto* (SPI III CPI Bemba Gombo, 2016). Bemba Gombo como Yamashita fueron condenados por no haber ejercido sus obligaciones como comandantes militares. “Los criterios de conocimiento en cada uno fueron distintos”. En el caso de Yamashita se aplicó el *hubiere debido saber* por los partes que recibió y lo colosal de los crímenes, mientras que en el de Bemba Gombo la SPI III de la CPI (2016) aplicó el *actual knowledge*, ya que él sabía o supo, encontrándolo culpable porque no hizo genuinamente nada para prevenir y/o reprimir los crímenes de sus tropas. Respecto a la evaluación de los criterios de prevención y notificación en el artículo 28 la SA de la CPI (2018), en un fallo que nació controvertido, revertió la sentencia de la SPI III (2016) al considerar que esta última incurrió en errores de hecho y de derecho así como de procedimiento en el artículo 28 y 74 (2).

Palabras clave: responsabilidad del superior jerárquico, *command responsibility*, *dolo specialis*, *mens rea*, intención, *modes of liability*, conocimiento, prevención, control efectivo, notificación, comandantes *de facto*, TIPY, TIPR, Corte Penal Internacional, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Estatuto de Roma, jurisprudencia, crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad.

Abstract

What does criminal liability of superiors mean? What are the obligations of a military commander in the field? This is a review from Yamashita (1945) to the International Criminal Court (ICC) with Bemba Gombo (2016). *De jure* or *de facto*, the ICC with Bemba Gombo equated the obligations of military commanders of regular armies with those *de facto* commanders. Modes of liability: the level of knowledge of the commander of what his men did, do, or are about to do; the reasonable steps he has taken or is about to take to prevent and/or suppress the crimes; the effective control exercised or that may be exercised to avoid the commission of the unjust; whether or not he notified the competent authorities of what happened, or is about to happen. The modes of liability constitute the standards that measure the obligations of the hierarchical superiors whether military or civilians. The action of the commander is not assumed *a priori*, it is analysed *in concreto* (ICC TC III Bemba Gombo, 2016).

Bemba Gombo as Yamashita, were convicted for not having exercised their duties as military commanders. The knowledge standard in each one was different. In Yamashita the *must have known* was applied because he knew by the reports he received and the colossal dimensions of the crimes. In Bemba Gombo the ICC applied the actual knowledge standard, he knew or knew, finding him guilty because he did nothing to prevent and/or repress the crimes of his troops.

Keywords: Criminal liability of superiors, command responsibility, *dolus specialis*, *mens rea*, intent, modes of liability, knowledge, prevention, effective control, notification, *de facto* commanders, ICTY, ICTR, International Criminal Court, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Rome Statute, case law, war crimes, genocide, crimes against humanity.

Resumo

O que é a responsabilidade do superior hierárquico? Quais são as obrigações de um comandante militar em campo? Desde Yamashita (1945) até a Corte Penal Internacional (CPI) com Bemba Gombo (2016). *De jure* o *de facto*, a CPI com Bemba Gombo equiparou as obrigações dos comandantes militares de exercícios regulares a aqueles comandantes de forças armadas *de facto*. Os critérios de responsabilidade: o nível de conhecimento do comandante do que seus homens fizeram, fazem ou vão a fazer; as medidas razoáveis que tomou ou está por tomar com o fim de prevenir e/ou reprimir os crimes; o controle efetivo que exerce ou exerceu ou pode exercer com o objetivo de evitar a comissão do injusto; se notificou ou não às autoridades competentes do que aconteceu, ou está por acontecer, constituem-se nos standards que medem as obrigações dos superiores hierárquicos militares e também civis. A atuação do comandante não assume *a priori*, analisa-se *in concreto* (SPI III CPI Bemba Gombo, 2016). Bemba Gombo como Yamashita foram condenados por não ter exercido suas obrigações como comandantes militares. Os critérios de conhecimento em cada um foi diferente. Em Yamashita se aplicou o *tivesse devido saber* pelas partes que recebeu e o colossal dos crimes. Em Bemba Gombo a CPI aplicou o *actual knowledge*, ele sabia ou soube, encontrando-o culpável porque não fez genuinamente nada para prevenir e/ou reprimir os crimes de suas tropas.

Palavras-chave: responsabilidade do Superior hierárquico, *Command Responsibility*, *Dolo Specialis*, *Mens Rea*, *Intención*, *Modes of Liability*, Conhecimento, Prevenção, Controle Efetivo, Notificação, Comandantes *de facto*, TIPY, TIPR, Corte Penal Internacional, Yamashita, Bemba Gombo, Leipzig, Estatuto de Roma, Jurisprudência, crimes de guerra, genocídio, crimes de lesa humanidade.

Introducción

El presente ensayo tiene como objetivo examinar en la historia, en la doctrina y en la jurisprudencia internacional penal, las responsabilidades del superior jerárquico de civiles y de comandantes militares. Este trabajo se concentra en el análisis de la noción de la doctrina del superior jerárquico, que tiene su origen en el caso emblemático del General Yamashita (1945), hasta llegar a derecho positivo y vigente con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en su artículo 28 sobre *Responsabilidad de los Jefes y Otros Superiores*, aplicado por primera vez en la corta edad de este tribunal, en el caso de la *Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, cuya sentencia y veredicto se dictaron en 2016. También se incluye la discusión de la noción novedosa en la Corte Penal Internacional sobre la responsabilidad del superior jerárquico *de facto* y no necesariamente *de jure*, aplicado al caso de Jean Pierre Bemba Gombo, quien fuera Presidente del Movimiento de Liberación del Congo y Comandante en Jefe de los Ejércitos de Liberación del Congo, durante el conflicto armado bajo escrutinio en la República Centrafricana (2002-2003). En respuesta a interrogantes como porqué la doctrina del superior jerárquico, en apariencia más laxa, se aborda en menor medida para superiores jerárquicos civiles, explico que ello obedece en principio, al desarrollo más abundante de la jurisprudencia para comandantes militares tanto en la historia, como desde los juicios de Leipzig en 1920, hasta la actualidad. Para sustentar lo anterior, señalo el trabajo de la Corte Penal Internacional de recoger, conforme lo establece su Estatuto, los principios legados por los tribunales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y para Ruanda (TIPR), creados en los años noventa del siglo XX. Particularmente se retoma el TIPY, también llamado tribunal de guerra de la ONU, por los juicios seguidos de los crímenes internacionales bajo su competencia cometidos durante el conflicto armado en los Balcanes durante la década del noventa. Además, el TIPY se erige como el tribunal penal internacional con el mayor contenido de casos militares en la doctrina de las responsabilidades del superior jerárquico.

En este ensayo se hace un análisis detallado de los estándares de responsabilidad aplicables a los comandantes militares y superiores jerárquicos civiles. Dichos estándares son el conocimiento, prevención y/o represión de la falta, así como el control efectivo de las fuerzas bajo el mando, los cuales se constituyen como la columna vertebral a la luz de la cual se examinan las actuaciones y cumplimiento de manera razonable de las obligaciones de los superiores jerárquicos, y sobre todo de los mandos militares operativos, conforme al Derecho Internacional Penal en los tribunales internacionales. Con relación al modo de conocimiento necesario del comandante militar, el test jurídico de evaluación parte de cuánto sabe o se espera que sepa de

los crímenes cometidos por sus subordinados; en función de ello, hago una revisión exhaustiva de los criterios de conocimiento desde sus formas más básicas: lo ordenó, sabía y/o sabía y se abstuvo de actuar (*teoría de la omisión*), hasta formas más complejas producto de la jurisprudencia como *tuvo razones para saber* o bien *hubiere sabido* (*he knew*), *no hubiere adoptado todas las medidas necesarias* y el *hubiere tenido conocimiento* y/o *should have known*. Con relación al estándar de conocimiento *should have known*, en el artículo 28 del Estatuto de Roma utilizo, en este específico punto, el Estatuto en inglés porque es el lenguaje operativo de la Corte, y no el español, ya que cuando se lee el artículo 28 inciso (a) (i) del Estatuto en su versión en español surgen inconsistencias respecto a su contraparte en inglés. En español el inciso (a) (i) se equipara con el *hubiere debido saber*, que en la versión en inglés no corresponde. El *hubiere debido saber*, se asocia más con la doctrina en Yamashita del *must have known*. Se argumenta que el *should have known*, que aparece en la versión en inglés del Estatuto es un estándar más estricto conforme a la jurisprudencia escasa, pero existente después de la Segunda Guerra Mundial.

Por otra parte, se incluye la noción en derecho aceptada de que el comandante militar no tiene responsabilidad de los crímenes materiales que sus hombres comenten, pero puede ser encontrado penalmente responsable si incumplió en sus responsabilidades de mando. Dichas obligaciones incorporan el análisis *in concreto* del grado de conocimiento sobre lo que sus hombres hacen, hacían, están por hacer o hicieron, conjuntamente con las medidas que toma para prevenir y/o reprimir la comisión de los crímenes de sus subordinados, ello basado en el control efectivo y razonable que ejerce sobre sus hombres. Finalmente, analizo una forma de responsabilidad adicional, que consiste en la notificación a la autoridad competente y/o a sus superiores de los crímenes que se están por cometer o se cometieron. En principio, un comandante militar encargado de la disciplina militar no dispensa castigos por los crímenes de sus subordinados, aunque esto se analiza de manera casuística como se hizo en el caso de Bemba Gombo (2016) en la Corte Penal Internacional, donde el hoy condenado por la SPI III por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tenía a juicio de la Corte, la autoridad y el control efectivo de sus tropas para ejercer este mandato, como lo tuvo Yamashita, según el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (1945).

El ensayo aborda cuestionamientos comunes entre militares y comandantes militares operativos en mis cátedras frecuentes a las fuerzas armadas como lo son: ¿Hasta dónde es responsable el comandante militar en campo de las actuaciones de sus hombres?, ¿por qué el comandante militar tiene más obligaciones que un superior jerárquico civil? y ¿qué estándares de cumplimiento espera la justicia

internacional de los comandantes militares? Con el profesionalismo que trato de honrar a partir de la autoridad que el Derecho Internacional Penal y la jurisprudencia penal internacional brinda, abordo estas interrogantes. Finalizo con la reflexión de que solo a través del trabajo del comandante militar comprometido que ejerce control efectivo sobre sus tropas, las sociedades podemos alcanzar el mayor bien jurídico, la noción de humanidad.

Por último quiero señalar que este ensayo consta de cinco capítulos. El primero de ellos se centra en los antecedentes tanto remotos como modernos hasta los juicios de Leipzig en 1920, donde se asienta la *teoría de la omisión*. El segundo desarrolla la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico con Yamashita, la cual se afirma a partir de sus responsabilidades y juicio, que establecieron el estándar del *hubiere debido saber (must have known)*,¹ ante la enormidad de los crímenes e informes que el General recibió de las atrocidades cometidas por las fuerzas japonesas, conforme al fallo del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente. El tercero se concentra, por un lado, en el análisis de los grados de responsabilidad de los superiores jerárquicos, del más estricto al menos estricto en razón del criterio de conocimiento desde Yamashita hasta la Corte Penal Internacional, y por el otro, en la inclusión de los comandantes *de facto* como responsables jerárquicos y el papel que jugó Bemba Gombo como líder político y comandante militar, de acuerdo con el dictamen de la Sala de Primera Instancia en la Corte Penal Internacional. El cuarto contiene el examen exhaustivo de las formas de responsabilidad del superior jerárquico militar, teniendo en cuenta el análisis que hace la Corte Penal Internacional en el caso Bemba Gombo (conocimiento, control efectivo, prevención y notificación), sustentado en la jurisprudencia existente sobre todo del Tribunal Internacional Penal de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia. El quinto y último, antes de las conclusiones, señala los razonamientos de la SPI III de la Corte Penal Internacional sobre Bemba Gombo, y en lo particular sobre el incumplimiento de sus obligaciones, no habiendo hecho genuinamente ningún esfuerzo por ejercer el liderazgo sobre sus tropas, donde en su caso y conforme a los hallazgos de la Corte, su autoridad era indiscutible. La SPI III encontró a Bemba Gombo culpable de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad condenándolo a 18 años de prisión. Sin embargo, el 8 de junio del 2018 en la audiencia de la

1 El estándar de conocimiento que el Tribunal Internacional Militar del Lejano Oriente utilizó en Yamashita fue el ‘sabía’ o ‘hubiere debido saber’, cómo se lee en el Reporte del juicio: “*The essence of the case for the Prosecution was that the accused knew or must have known of, and permitted, the widespread crimes committed in the Philippines by troops under his command (which included murder, plunder, devastation, rape, lack of provision for prisoners of war and shooting of guerrillas without trial) [...]*” (énfasis añadido) (United Nations War Crimes Commission, 1948, p. 1).

Sala de Apelaciones esta última en un controvertido fallo, revertió la sentencia absolviendo a Bemba Gombo de todos los cargos, al considerar que la SPI III (2016) incurrió en errores de derecho y de hecho así como de procedimiento en el artículo 74 (2) así como en la evaluación de los criterios de prevención y notificación en el artículo 28.

1. ¿A qué nos referimos con la responsabilidad del superior jerárquico?

De Bruto a Cicerón; ¿me culparías por el crimen de otro? Uno es ciertamente culpable del crimen de otro, si estaba en poder de sí mismo haberlo prevenido.

Nuestras fallas y no prevenir que otros fallen (dijo Agapito a Justiniano) es igualmente criminal [...] En este sentido, debemos entender el conocimiento, cuando el derecho lo pronuncie criminal. Entonces es él que se convierte en responsable de esa Falta, quien investido con suficiente poder no lo previno [...], porque el conocimiento sin autoridad no se equipara a Culpabilidad, por lo que, no puede ser responsable de los Crímenes [...] Porque para hacer a un hombre responsable de las faltas de otro, debe haber una concurrencia entre conocimiento y permisividad. (Groccio, 2004, pp. 454-455)²

A lo largo de las épocas en que ha transitado la humanidad, las sociedades han impuesto e incrementado responsabilidades más onerosas a los comandantes militares, a fin de que controlen a sus tropas. Desde tiempos inmemoriales, se ha buscado que dentro de lo bárbaro que pueda inferirse de lo que implican los conflictos bélicos, estos se regulen a partir de normas humanitarias y del derecho de gentes, hoy Derecho Internacional de los conflictos armados. De esos principios sin duda surge el de la doctrina de la responsabilidad de los mandos militares (*command responsibility*) y/o el principio de responsabilidad del superior jerárquico (*superiors' criminal liability*). Dicho precepto ha permanecido latente a lo largo de los siglos en palabras de teóricos como Sun Tzu (2000), que hacia el año 500 a.C. ya reconocía que

2 Traducción de la autora. La traducción en inglés reza así: *Thus Brutus to Cicero; Will you charge me with another's Crime? One is certainly guilty of another's Crime, if it was in his Power to have prevented it. To be in a Fault ourselves, or not to hinder others to be so (says Agapetus to Justinian) are equally criminal [...] In this Sense are we to understand Knowledge, when the Laws pronounce it criminal. So that it is who becomes accountable for a Fault, who being inverted with sufficient Power did not prevent it [...] because Knowledge without authority will not amount to guilt; so on the other Hand, are they not chargeable with any Crimes [...] For to make a Man accountable for another's Fault, there ought to be a Concurrence of Knowledge and Permission.*

[...] el oficio de un general [...] el cual pondera la situación antes de moverse. No se precipita sin sentido en tentadoras trampas. Es prudente, pero no titubea. Se da cuenta de que hay algunos caminos que no deben seguirse, algunos ejércitos que no deben atacarse, algunas ciudades que no deben sitiarse, algunas posiciones que no deben lucharse y ciertas órdenes del soberano que no deben obedecerse (p. 77).

Del comandante militar en oficio se espera que cree situaciones seguras en la ventaja militar y en la seguridad de sus hombres, y de su disciplina, que a través de ella recree la atmósfera de mando necesaria para el cuidado y debido control de las acciones de sus comandados. Del comandante operativo y su trabajo ético depende no solo la destreza militar, sino la obediencia y el buen comportamiento de sus hombres, que ven en él a su líder. Entonces, es correcto cuando el fiscal Abubacarr Tambadou (2013), en la audiencia de apelación del General Augustine Bizimungu, Jefe del Estado Mayor del ejército de Ruanda durante el genocidio de 1994, ante el Tribunal Internacional Penal de las Naciones Unidas para Ruanda, declaró que: “Y esto, sus excelencias, es la esencia del ser comandante, tal como se reconoció en Hadžihasanović (TIPY, 2008) cuando en la sentencia se estableció, cito, la [falta de] responsabilidad de comando es la consecuencia directa de la no observancia de las obligaciones del mismo”. Sin duda, Tambadou fue acertado; cuando no hay observancia de las obligaciones del comandante militar, la historia ha sido testigo de la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Así, veremos que el oficio del General de Sun Tzu, que no es otro que el del mando militar que comanda desde un ejército hasta una simple escuadra,³ ha sido en realidad sujeto a una dinámica evolución y que con su escrutinio judicial solo a principios del siglo XX y con más certeza con el juicio del General Yamashita a finales de 1945, sin olvidar los aportes de los juicios de Núremberg de 1945-1946, se inicia lo que conocemos como la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico.

3 El mando de una escuadra corresponde a un cabo, inmediato superior del soldado. Es la unidad más pequeña de mando en el Ejército Mexicano; de hecho, la CPI en Bemba Gombo (2016) definió claramente este precepto al decir que el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma no solamente cubre a los comandantes inmediatos de las fuerzas que cometen los crímenes, sino que es aplicable también a los superiores de cada nivel, independientemente de su rango, desde comandantes de la más alta jerarquía hasta líderes con solo un puñado de hombres bajo su mando (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016).

1.1. Antecedentes remotos de la responsabilidad de los comandantes militares

Por siglos, la responsabilidad del superior jerárquico estuvo reducida a una obligación general de parte del comandante militar de control de sus subordinados. Aunque la historia relata casos aislados en los que se castigaron comandantes militares que no actuaron conforme a lo que se esperaba de ellos teniendo en cuenta *las leyes de Dios y de la guerra*, estos fueron más una rara curiosidad. Entre ellos podemos citar el juicio que se le siguió a Peter von Hagenbach en 1474 por cargos de asesinato, perjurio, violación y otros crímenes abominables durante la conquista del territorio del Alto Rin —hoy Alemania— a nombre del Carlos de Borgoña, alias ‘Carlos el Temerario’. El tribunal, compuesto por veintiocho jueces puestos ahí por las potencias aliadas del Sacro Imperio Romano, rechazaron el argumento de Hagenbach de que él solo seguía órdenes superiores, sentenciándolo a morir, pues había cometido estos crímenes, que como caballero y comandante tenía la obligación de prevenir. Sin duda, el juicio de Hagenbach es un precedente, aunque no sabemos el nivel de *mens rea*,⁴ intención⁵ y aún menos cuánto conocimiento tenía de lo que aconteció y cuan involucrado estuvo en los crímenes (Stryszak, 2000, p. 2).

En 1621, el rey Gustavo Adolfo de Suecia promulgó un manual militar para sus ejércitos titulado *Articles of Military Lawwes [sic] to be Observed in the Warres [sic]* (Artículos de las Leyes Militares que Gobiernan las Guerras). En este documento se hacía énfasis en la obligación del comandante de no ordenar la comisión de

4 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define el elemento de intencionalidad en su artículo 30, donde incorpora en el mismo la intención y el conocimiento:

1. *Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.*

2. *A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:*

a) *En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;*

b) *En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. [...] (Naciones Unidas, 1998).*

5 Hoy sabemos que el elemento mental es requerido en la comisión de los crímenes internacionales de la competencia de la Corte Penal Internacional. El artículo 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional lo incorpora en la forma de intención y conocimiento, siendo la base esencial para determinar la responsabilidad penal o culpabilidad de la persona. Los tribunales penales internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente sancionaron la comisión de los crímenes de los cuales se declararon competentes, que con la excepción de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y en contra de la paz los llenaron de controversia al violar los principios de legalidad *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine lege* (Cherif Bassiouni, 2003, p. 281). Aunque se hicieron avanzar otros principios que acompañan la idea de que es inaceptable la comisión de crímenes internacionales cuando se tiene conciencia y conocimiento de la ilegalidad e implicaciones atroces de esa conducta. Entonces, *mens rea*, el elemento mental de la intención y conocimiento del injusto jurídico forma parte del análisis del actuar de un presunto acusado para determinar el grado de su responsabilidad, lo que en el principio de superior jerárquico es determinante, pues puede constituirse en un agravante.

crímenes al afirmar que “no Colonel or Capitaine [sic] shall command his souldiers [sic] to do any unlawful thing; which who so does, shall be punished according to the discretion of the judges”⁶ (Mc Cormack, 1997, p. 39).

Groccio (2004) en *The Rights of War and Peace* [De los Asuntos de la Guerra y de la Paz], *treatise* novedoso para la época, fue más allá al decir que “no solo estaba prohibida la comisión de crímenes ordenados por el propio comandante, sino que afirmó claramente que la responsabilidad de este no debía limitarse a ello, sino a su obligación de prevenir los crímenes para que estos no se cometieran” (Groccio, 2004, pp. 454-455). Aún más, Groccio agregó que *conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad*. Hoy sabemos, que el umbral de conocimiento conjuntamente con el control efectivo de las fuerzas armadas bajo el mando de un comandante militar nos ha dado en Derecho Internacional los elementos de prueba de lo que ese comandante en la práctica y razonablemente puede hacer, por lo que no se pueden hacer generalizaciones en derecho objetivo. En el veredicto de Jean Pierre Bemba Gombo (2016)⁷ de la Corte Penal Internacional, esta argumentó acertadamente “que asumir [a priori] que el comandante tenía conocimiento no puede ser presumido. Más bien debe ser establecido con base en la evidencia circunstancial directa o indirecta.”⁸ Yo diría más, autoridad sin conocimiento y control efectivo no significa necesariamente una conducta dolosa, aunque no necesariamente se puede decir que es falta de culpa y por lo tanto libre de responsabilidad, como se verá más adelante.

En el continente americano tenemos otro vestigio singular como el documento titulado, *Artículos de la Guerra*, adoptado en 1775 por el Congreso Provisional de la Bahía de Massachusetts, el cual contenía la obligación del comandante de controlar a sus subordinados para que no cometieran crímenes y de ser el caso, ver que se llevaran a Corte Marcial a los responsables de los crímenes perpetrados llevándose a cabo las reparaciones (Stryszak, 2000, p. 2). Desde Sun Tzu y sus generales hasta al siglo XVIII, no hemos visto más que la obligación del comandante de controlar a sus subordinados para que no cometieran crímenes o conductas de las cuáles no tuviera conocimiento y/o las ordenara él mismo, pero nada de aquéllos crímenes de los cuáles

6 Ningún coronel o capitán ordenará a sus soldados hacer ninguna cosa ilegal; quién lo haga, será castigado de conformidad y a discreción de los jueces.

7 Traducción de la autora. La cita en inglés se lee así: “*The Chamber considers that actual knowledge on the part of a commander cannot be presumed. Rather, it must be established either by direct or indirect (circumstantial) evidence. Examples of direct evidence include the accused’s admission of knowledge or statements he may have made about the crimes*” (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016, p. 89).

8 “*Ejemplos de evidencia directa incluyen la admisión del acusado de tener conocimiento de ello, o declaraciones que haya podido hacer sobre la comisión de los crímenes*” (Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III, 2016).

no sabía o sí sabía pero escogía no actuar. Este estado de cosas se mantiene más o menos igual durante todo el siglo XIX, no teniendo la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico gran desarrollo en relación con las formas de responsabilidad, es decir, el grado de conocimiento que el comandante poseía sobre lo que sus tropas hacían, hicieron, hacen o están por hacer,⁹ así como qué hacía él para prevenirlo o reprimirlo. Un caso claro de ello es el mismo Código Lieber, promulgado por la Unión durante la Guerra Civil de 1865 en los Estados Unidos, que establecía en su artículo 71 “Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed”¹⁰ (Stryszak, 2000, pp. 2-3).

La doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico reducida al castigo del comandante por la falta de prevención y/o represión cuando sus subordinados cometieran crímenes subsistió en ese estado hasta principios de siglo XX. Un ejemplo claro fue durante la guerra en Filipinas, en 1902, cuando fue llevado a Corte Marcial el General Brigadier Jacob H. Smith del ejército norteamericano, al incitar, ordenar y permitir a sus tropas cometer crímenes de guerra durante las operaciones de contrainsurgencia en la isla de Samar (Stryszak, 2000, p. 4). El General Smith fue condenado por la forma más primitiva e impropia de un comandante de conducirse y esa era las órdenes directas a cometer los ilícitos cuando exigía: “I want no prisoners. I wish you to burn and kill; the more you burn and kill, the better it will please me”¹¹ (Oswald, 2001, p. 9). Sin embargo, hacia principios

9 Algunos ejemplos de dejar de hacer podría ser no ocuparse del cuidado que se debe tener de los prisioneros de guerra, no asegurarse de que la población civil cuente con las garantías de seguridad en situaciones de ocupación y permitir que la población civil sea sometida a ultrajes, violencia sexual, muerte y otros crímenes. Estos, sin embargo, son ejemplos bien regulados hoy en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, cuyo quebrantamiento ha ameritado en tribunales penales internacionales como el de la antigua Yugoslavia a ser considerados no solo crímenes de guerra, sino graves violaciones a los Convenios. El artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional incorpora sustancialmente el cuerpo normativo de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.

10 El que intencionalmente infrinja heridas superfluas al enemigo que haya depuesto las armas, o lo asesine, u ordene o incite a los soldados a hacerlo, enfrentará la muerte, si es sentenciado, sea que pertenezca al Ejército de los Estados Unidos, o al enemigo capturado que haya cometido el crimen]. En virtud de ello, en 1865 el Capitán Henri Wirz, Comandante de un campo de prisioneros de los Confederados del Sur fue colgado en Andersonville, Georgia por violar el Código Lieber al ordenar y permitir la tortura y maltrato de prisioneros de la Unión (Traducción de la autora).

11 No quiero prisioneros. Quiero que incendien y maten; entre más incendien y maten, más me van a complacer (Traducción de la autora). El complemento de las órdenes que Smith emitió en la Corte Marcial en 1902, no son menos perturbadoras, según la investigación de Mark Oswald del Departamento del Ejército de los E.U.A: *Early in the campaign, Smith directed several of his garrison commanders and in particular, Marine Major Waller, “ [...] I want all persons killed who are capable of bearing arms in actual hostilities against the United States.... When Waller sought clarification of the age limit to respect, Smith*

del siglo XX aun se reflejaba ese estado incipiente en el desarrollo de la doctrina, a pesar de que ya se contaba con la Convención Cuarta de La Haya de 1907, que marcaba el primer esfuerzo en materia de tratados internacionales, a fin de codificar la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico y que incluía en el artículo 1 del *Reglamento Respecto a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* la responsabilidad del comandante militar; de forma general acordaba los derechos de un beligerante legítimo a estar comandado por una persona responsable de sus subordinados (Roberts, Adam & Guelff, 2000, p. 73).

El cambio se da cuando la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico incorpora de forma explícita la forma de responsabilidad del conocimiento y control efectivo del comandante militar. Esto viene hasta Yamashita en el siglo XX y con ello hay consensos en que nace la doctrina moderna, hoy considerada como el principio de la responsabilidad del superior jerárquico y con la cual estamos más familiarizados. Por lo anterior, decimos que la doctrina y sus formas de responsabilidad, prevención y conocimiento, así como el control efectivo de los comandados como ente jurídico es un fenómeno moderno.

1.2. Orígenes modernos de la doctrina

A través de la historia, actos aislados nos sugieren que a los comandantes militares se les ha imputado la responsabilidad de disciplinar, levantar la moral y controlar a sus tropas. Esta tendencia se da en términos concretos en el siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, con los tribunales militares internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente.¹² Sin embargo, para finales de la Gran Guerra

designated every Filipino boy ten years and older as capable of bearing arms and, accordingly, combatants. (2001, p. 9): Temprano en la campaña, Smith emitió diversas órdenes a sus comandantes de guarnición, en particular al infante de Marina, el Mayor Waller, “[...] Quiero que se mate a cualquier persona que sea capaz de portar un arma en contra de los Estados Unidos... Cuando Waller pidió clarificación sobre la edad límite para respetar, Smith dijo que cualquier niño filipino de 10 años o más capaz de portar armas y por lo tanto ser un combatiente (Traducción de la autora).

- 12 Fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial en 1945, cuando los Aliados victoriosos de la guerra decidieron llevar a cabo juicios militares internacionales penales en contra de los líderes y altos jerarcas del Eje. Entonces la idea de crear una jurisdicción penal internacional alcanzó un momento culminante aunque imperfecto en varios sentidos. La visión del Secretario de Estado norteamericano Stimson por hacer rendir cuentas a estos individuos en un juicio internacional prevaleció sobre la posición de Moscú y del mismo Primer Ministro británico, Winston Churchill, de ejecutarlos. Los cuatro aliados (Estados Unidos, la URSS, Inglaterra, y Francia) adoptaron el 8 de agosto del 1945 la Carta de Londres, que crearía el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. La Carta de Londres preveía *el juicio de los mayores criminales de las potencias del Eje* e incluía tres crímenes en su artículo 6 estableciendo su jurisdicción: crímenes en contra de la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En el juicio 23 individuos fueron acusados, 22 fueron juzgados, 19 fueron sentenciados y 3 fueron absueltos. De los sentenciados, 12 de ellos fueron condenados a la horca, los demás recibieron la pena corporal entre veinte y diez años, respectivamente. *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany, Part 22, Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office, London, 1950, p.413.* En el Lejano Oriente, después de la Segunda Guerra Mundial, el General

(1914-1918), se sitúan los primeros antecedentes en lo jurídico, pues se desarrolla lo que se conoce como la *teoría de la omisión* de los superiores jerárquicos militares, la cual argumenta que “el comandante podía ser considerado responsable no solo por ordenar la comisión de crímenes de guerra, sino también por no prevenirlos cuando se percatara de su comisión o de que estos pudieran darse” (Stryszak, 2000, p. 1). Con el Tratado de Versalles de 1919, que pone fin a la Primera Guerra Mundial, y la *Entente Cordiale*, se intentó crear un tribunal especial de guerra que sentara en el banquillo de los acusados al Káiser Guillermo II de la dinastía de los Hohenzollern, así como a su Canciller, el Conde Bismarck, y a los mariscales de campo Paul Von Hindenburg y Erich Ludendorff, pero no fue posible juzgar al Káiser ni a los altos dignatarios alemanes a quienes se les atribuía el cataclismo de la Primera Guerra Mundial y los altos costos de la misma en pérdidas humanas. Aun así, la semilla se había sembrado para fincar responsabilidades a los presuntos autores de la guerra, hombres en posiciones de liderazgo y poder que tenían el deber de haber prevenido las atrocidades cometidas por sus tropas, tal como lo dijo en su reporte la Comisión de la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de las Penas de 1919:

El ex Káiser y aquellos otros en posiciones de alta autoridad tenían conocimiento y podían al menos haber mitigado las barbaridades cometidas durante el curso de la Guerra. Una palabra de ellos hubiera sido suficiente para que sus subordinados utilizaran métodos diferentes de acción [...] ¹³ (Stryszak, 2000, p. 4).

El Káiser encontró resguardo en Holanda, país hoy asociado como el Estado paladín del Derecho Internacional, pero que en aquél momento no tuvo la menor intención de extraditarlo por los crímenes en contra de la moral internacional y santificación de los tratados internacionales, como lo estableció el Tratado de Versalles de 1919 en su artículo 227.¹⁴ Sin embargo, la suerte de la *teoría de la*

Douglas Mac Arthur emitió una proclamación (la Carta de Tokio) estableciendo el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente. La Carta de Tokio sirvió para los mismos propósitos que la Carta de Londres que creó el tribunal de Núremberg, llevar a juicio a los principales perpetradores de crímenes internacionales. A diferencia de su contraparte europea, el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente no se basó en la adopción de un tratado internacional como lo fue la Carta de Londres lo cual le atrajo aún más críticas. Sadat (2014:1).

13 Traducción de la autora. La cita en inglés reza así: *The ex Kaiser and others of high authority were cognizant of and could be at least have mitigated the barbarities committed during the course of the war. A word from them would have brought about a different method in the action of the subordinates [...] International Commission Report on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties.*

14 *The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. (Tratado de Versalles, Artículo 227). (Los Aliados*

omisión estaba ya echada; no solo era relevante castigar a aquellos comandantes responsables de ordenar los crímenes, sino también era necesario hacerlo incluso con aquéllos que aunque sabían o supieron, no hicieron nada, ¿por qué? Porque el comandante militar es el que tiene la responsabilidad de la disciplina militar y de recrear esa atmósfera de valores éticos entre sus subordinados, a partir del liderazgo que ejerce: el *command responsibility*. En el caso del Káiser y sus plenipotenciarios, *una sola palabra de ellos hubiera bastado*, como dice el Reporte de la Comisión arriba referido, para si no parar, tal vez mitigar los actos criminales de sus subordinados. ¿Cuánto sabía el Káiser de lo que sucedía entre sus tropas?, ¿o sus Generales? Hoy no podemos decir con certeza, pues no fueron juzgados. Lo que sí podemos decir es que respecto a siglos atrás, el umbral de imputación que teóricamente les fue impuesto fue alto para el estado *status nascendi* de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico. La *Entente Cordiale* fue pronta en observar que los vencidos en su capacidad de liderazgo supieron y se abstuvieron de actuar. La forma de responsabilidad que hoy conocemos del conocimiento como elemento fundamental para entender la capacidad de acción del comandante militar se asentó dando paso a la teoría de la abstención u omisión. Esta se desarrollaría y se volvería más compleja después de la Segunda Guerra Mundial.

1.2.1. La Suprema Corte del Reich en Leipzig (1920)

En la primera posguerra mundial emergía la idea de una Corte Internacional Penal permanente, que juzgara a líderes y comandantes militares de alto rango por sus obligaciones en el derecho de gentes, la cual permanecería en el tintero durante todo el siglo XX. Las dificultades fueron muchas, pues se antepusieron —como todavía hoy subsisten— argumentos en materia soberana de los Estados para juzgar a sus propios nacionales, o bien que los Jefes de Estado sólo podían rendir cuentas a los propios ciudadanos de ese Estado y no a la comunidad internacional; además, aun no existía un código penal internacional conforme al cual los posibles acusados rindieran cuentas. Con todo ello el resultado fue la creación de la Suprema Corte del Reich en Leipzig, instituida ante la negativa alemana del establecimiento de un tribunal internacional, como fue sugerido por la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y Establecimiento de Penalidades reunido en Versalles durante la conferencia de paz. La lista que incluía originalmente a altos oficiales de la jerarquía alemana, como el mismo Káiser y su hijo también de nombre Guillermo,

y Poderes Asociados públicamente acuerdan que Guillermo II Hohenzollern, exemperador alemán, por la ofensa suprema en contra de la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, asegurándoles las garantías esenciales al derecho de defensa. Se constituirá por cinco jueces, cada uno designado por las siguientes potencias: a decir, de los EUA, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón (Traducción de la autora).

se redujo a un puñado de nombres de mandos medios militares. Las potencias de la *Entente Cordiale* consintieron a los juicios de Leipzig en 1920 y de una lista original de 45 nombres, esta se redujo a 12 de los cuales 6 fueron absueltos. Solo uno de ellos, el Mayor Bruno Crusius fue sentenciado bajo el principio de la responsabilidad del superior jerárquico. La Suprema Corte de Leipzig lo había encontrado culpable por haber ordenado la ejecución de prisioneros de guerra franceses (Rocha, 2018, pp. 12-13). Aunque imperfecta, se había iniciado ya la evolución vertiginosa no sólo de la doctrina del principio de superior jerárquico, sino del Derecho Internacional Penal que vería su desarrollo en lo jurídico a lo largo del siglo XX.

2. Yamashita y la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico

Con Yamashita nace propiamente la doctrina moderna de la responsabilidad de los comandantes militares, que en el devenir de la humanidad ha ido moldeándose, adquiriendo a veces un tono más estricto o uno un poco más relajado, para volver a ser exigente en sus estándares, los cuales integran preceptos como el nivel de conocimiento y el control efectivo de un comandante de los crímenes cometidos o por cometerse por sus subordinados. Dicha responsabilidad del comandante militar encargado de la disciplina militar viene concatenada con el deber de prevenir o reprimir las infracciones al derecho de gentes, traducidos en crímenes internacionales que los subordinados cometan o estén por cometer, es decir, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio si hacemos una lectura de los artículos 6, 7 y 8, respectivamente, de los crímenes de la competencia de la CPI en su Estatuto que entró en vigor en 1998. En esta sección abordaremos la historia de Yamashita, para algunos un villano, para otros una víctima de la ‘justicia de los vencedores’ y para otros no menos que un hombre incomprendido y controversial.

2.1. Yamashita, su responsabilidad y su juicio

“Claramente, la asignación de tropas militares va acompañada de una autoridad amplia y responsabilidad muy grande [...] Es absurdo, sin embargo, considerar al comandante como un asesino o violador solo porque alguno de sus soldados comete asesinato o violaciones sexuales. Aún así, donde el asesinato, violación y acciones viciosas y vengativas sean delitos ampliados y no haya la intención efectiva del comandante de descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser encontrado responsable, incluso penalmente responsable, por los actos sin ley de sus tropas, dependiendo de la naturaleza y circunstancias que le rodeen.” (Sentencia del General Yamashita por el Tribunal Militar de los EUA para Crímenes de Guerra, 1946)

El General Tomoyuki Yamashita, comandante del 14^a ejército imperial japonés, enfrentó de 1944 a 1945 a las fuerzas norteamericanas encabezadas por el General MacArthur durante la invasión de los Estados Unidos en el pacífico. Cuando cayó Filipinas a manos de los norteamericanos hacia el otoño de 1945, Yamashita, que había dividido su ejército en tres partes, delegando amplia autoridad a sus generales, se rindió ante un escenario devastador: las fuerzas japonesas de ocupación habían asesinado un estimado de 35.000 filipinos, con innumerables casos de violencia sexual, rapiña, destrucción de propiedad y maltrato a civiles y prisioneros de guerra (Stryszak, 2000, p. 6). El juicio de Yamashita por órdenes de MacArthur se abrió el 29 de octubre de 1945 y terminó el 7 de diciembre del mismo año, y los cargos en contra de él fueron que *o sabía de la comisión de las atrocidades o él mismo las había ordenado* (United Nations War Crimes Commission, 1948). Pero lo que realmente dio un cambio en la evolución de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico elevando el umbral de conocimiento de lo que Yamashita como comandante se supone debía saber fue, en palabras del Tribunal Militar, *que los crímenes fueron tan extensos y ampliados en tiempo y espacio, que no era posible creer que Yamashita no supiera lo que sus oficiales ordenaban y aún más increíble, que Yamashita argumentara que nunca se percató de nada al respecto* (Stryszak, 2000, p. 8). Su defensa argumentó que, al estar dividido su ejército en tres partes y Yamashita estar aislado en el norte de Luzón, incomunicado por el bloqueo a cargo de la flota norteamericana, no tuvo control y tampoco conocimiento de lo que aconteció en las otras dos zonas, donde se dieron la mayor parte de las atrocidades. Sin duda, haber dividido su ejército en tres partes tuvo un rol decisivo en la suerte de Yamashita; sin embargo, la naturaleza ampliada de los crímenes, la cantidad de testigos y documentos presentados que mostraban que Yamashita *'hubiere debido saber'* lo que pasaba, además de las contradicciones en las declaraciones de sus generales que, como Yokoyama en Manila, aseguraban haber tenido contacto con su superior hasta junio de 1945, fue suficiente para encontrarlo culpable y condenarlo a muerte (Stryszak, 2000, p.8). Ante la gravedad de los acontecimientos y la evidencia ofrecida, los argumentos que buscaban convencer de que Yamashita ignoraba lo que sus generales permitieron hacer a las tropas no fueron suficientes.

Más allá de lo controversial que pueda ser el caso de Yamashita, lo cierto es que los argumentos a favor o en contra suya todavía se utilizan en los tribunales internacionales penales modernos, como el ya extinto TIPR. En él se escuchó, por parte de la defensa, durante la audiencia de apelación del caso *El Fiscal vs. Ndindilyimana et al.* (2013), que la caída de las comunicaciones en Kigali durante la noche de 1994 en la que murió la Primera Ministra, Agathe Uwilingiyimana, en manos del ejército

genocida ruandés, no permitía suponer, “más allá de la duda razonable”, que el General Ndingilyimana supiera o “tuviera razones para saber” que en dicho asesinato los gendarmes a su comando estuvieran implicados, argumento que retoma la experiencia del bloqueo de comunicaciones de Estados Unidos en el pacífico en 1945. Hoy, con los elementos o criterio de conocimiento como se discierne de la práctica judicial internacional, para algunos, como el abogado de la defensa de *Ndingilyimana*, Christopher Black,¹⁵ Yamashita no hubiera sido encontrado responsable conforme a su obligación como comandante.

3. De Yamashita a Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional. ¿Cuánto sabían y cuánta fue su responsabilidad?

La historia de estos dos acusados, Yamashita (Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente, 1945) y Bemba Gombo (SPI III CPI, 2016), después sentenciados en sus respectivos juicios por su responsabilidad como comandantes militares respecto de los crímenes internacionales cometidos por las tropas a su mando, ilustra de forma fugaz la evolución jurídica en menos de un siglo del estándar de cumplimiento que hoy se exige a los comandantes militares como superiores jerárquicos. De la forma más primitiva de ordenar los crímenes y participar incluso en ellos (recordemos a Smith, el comandante norteamericano que alentaba a sus tropas a matar), a la *teoría de la omisión*, donde no era suficiente saber que los crímenes ocurrían, sino que el comandante era responsable por mirar a otro lado y abstenerse de actuar (juicios de Leipzig de 1920), hasta el umbral más alto de conocimiento requerido a Yamashita por pretender ignorar la comisión de crímenes tan extensos y de dominio público, ¿Yamashita debía haber sabido! ¿Y después? ¿Qué sucedió con la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico? Hay un *impasse* provocado, en mayor medida, por el advenimiento de lo que se conoce como la Guerra Fría,¹⁶ donde materialmente

15 Christopher Black, prominente abogado canadiense de la defensa en juicios internacionales, ganó notoriedad desde hace ya algunos años cuando dejó a la comunidad internacional estupefacta, al argumentar que los fundamentos en los cuales se creó el TIPR, a decir el genocidio en Ruanda, eran cuestionables, ya que, según él, la interpretación de los eventos en 1994 no fue la de genocidio. Su cliente, el General Ndingilyimana, condenado a 30 años de prisión, fue después liberado en 2014 al establecer la Sala de Apelación del TIPR que la fiscalía no había demostrado ‘*más allá de la duda razonable*’ que el General tuvo control efectivo de los hombres que comandaba, destacando que siempre se opuso a las matanzas. *El Fiscal vs. Augustin Ndingilyimana et al.*, Sentencia [2014], ICTR, Arusha, Case No. ICTR-00-56-A.

16 La Guerra Fría o el advenimiento del mundo bipolar. Coulombis y Wolfe (1990) explican acertadamente conforme a la teoría de las Relaciones Internacionales, qué significó este período de la historia en la *real politik*: *The growth of two major clusters of states, euphemistically referred to as the free world and the socialist camp, replaced the system of balance of power. The United States and the Soviet Union became the leaders (sometimes on the basis of coercion) of two strongly organized and fully armed coalitions of nation-states. These coalitions faced each other in a situation variously referred to as armed peace, balance*

no hubo ningún desarrollo significativo en la evolución de la doctrina, excepto por la inclusión del artículo 86 del estándar o criterio de conocimiento de la doctrina en el Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁷ Es prácticamente cuando se desmantela la Unión Soviética en 1990,¹⁸ que no solo la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico se activa, sino que la disciplina del Derecho Internacional Penal, con el establecimiento de los dos tribunales penales internacionales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR), en 1993 y 1994, respectivamente, se desarrolla de forma sustancial.¹⁹

of terror, cold war, and nuclear deterrence. This bipolar system, which pitted two "permanent" Alliance systems against each other while the so called nonaligned countries looked helplessly on, undermined the political environment of balanced and fragmented power that had been considered a basic prerequisite for collective security (p. 285). El surgimiento de dos Estados y sus bloques, eufemísticamente referidos como el mundo libre y el mundo socialista reemplazó el sistema de balance de poder. Los Estados Unidos y la Unión Soviética se convirtieron en líderes (a veces bajo coerción) de dos coaliciones de Estados-Nación fuertemente organizadas y bien armadas. Estas coaliciones se enfrentaron en varias situaciones referidas como paz armada, balance de terror, Guerra Fría y disuasión nuclear. Este sistema bipolar, que presentaba dos alianzas permanentes enfrentadas entre sí mientras que los países llamados no alineados permanecían impotentes, minó el ambiente político del balance de poder de manera proporcional, que había sido hasta entonces considerado un requisito básico para la seguridad colectiva (traducción de la autora).

- 17 El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción (Artículo 86, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949).
- 18 Hacia finales de los años noventa, Rosalyn Higgins, exjueza de la Corte Internacional de Justicia de la ONU señaló las razones por las cuales el Consejo de Seguridad de la ONU finalmente hacía las cosas para las cuales había sido diseñado como guardián de la seguridad internacional en la Carta de la ONU, entre ellas la creación de los dos tribunales de guerra de la ONU, el TIPY y el TIPR: *Since the end of the Cold War there has been a marked decline in the unilateral use of force by the United States outside the United Nations [...] The disappearance of the old, hostile Soviet Union has made the Security Council a more comfortable environment. There has been a substantial common interest in peace and security matters between the United States, France and the United Kingdom with such common ground also with the Russian Federation. China remains uneasy but does not feel strongly enough to veto. (Malanczouk, 1997, 395). Desde que terminó la Guerra Fría ha habido un marcado declive en el uso unilateral de la fuerza por parte de los Estados Unidos fuera del marco de las Naciones Unidas [...] La desaparición de la vieja, hostil Unión Soviética, generó un ambiente más confortable en el Consejo de Seguridad. Ha habido una coincidencia sustancial de intereses comunes por la paz y temas de seguridad entre los Estados Unidos, Francia y el Reino Unido compartido con la Federación Rusa. China permanece intranquila pero sin la suficiente fuerza para vetar (traducción de la autora). Higgins agrega también que la posguerra fría significó una coincidencia en las agendas políticas de la ONU con la política exterior de los Estados Unidos, lo cual cambió drásticamente con el nuevo contexto político mundial a partir del 9/11, lo que llevó a esta potencia a retornar a su aislacionismo.*
- 19 Tanto el TIPY como el TIPR fueron creados por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1993 y 1994, respectivamente, conforme al mandato que tiene este órgano político de guardián de la paz y seguridad internacionales en los capítulos VI y VII de la Carta de la ONU. Ambos tribunales *ad hoc* han cerrado sus puertas después de más de veinte años, tras haber enjuiciado a los mayores perpetradores de los crímenes más graves bajo sus competencias de las crisis humanitarias en la guerra de la antigua Yugoslavia (1992-95) y el genocidio en Ruanda (1994). El TIPY cerró en diciembre de 2017 y no tiene fugitivos, mientras que el TIPR, que cerró sus puertas en 2015, tiene tres, de los cuales el MICT se está encargando de su búsqueda y captura. El MICT es el mecanismo residual de los dos tribunales *ad hoc* de la ONU para la antigua Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR), y tiene sede en La Haya (Países Bajos) y en Arusha (Tanzania).

Tanto los Estatutos del TIPY y del TIPR como el artículo 86 del Protocolo I Adicional de Ginebra de 1977, añadieron un estándar, criterio o test a fin de evaluar el nivel de conocimiento y control efectivo de los comandantes militares sobre sus tropas. Respecto a Yamashita, considero que el estándar o criterio de conocimiento en estos desarrollos posteriores es menos rígidos en su valor probatorio, como se puede deducir de la narrativa de sus articulados en la tabla 1. Lo anterior, no aminora el valor de estos dos tribunales *ad hoc* de la ONU en su importante papel al haber configurado el rostro de la disciplina que nos ocupa, siendo el TIPY el tribunal internacional penal que concentra la mayor parte de los juicios militares al día de hoy. En la tabla 1 se incluyen de manera comparativa el umbral, criterio o test de conocimiento requeridos desde Yamashita, donde se aplicó el modo un tanto rígido del ‘debía haber sabido’. Dicho criterio está reflejado, si leemos la versión del Estatuto de Roma de la CPI en español, en el *hubiere sabido o en las circunstancias del momento hubiere debido saber*, que se asienta en el artículo 28 inciso (a) (i).²⁰ El TIPY y el TIPR incorporan el ‘*sabía o tenía razones para saber*’, pasando por el artículo 86 del Protocolo I de 1977, que establece ‘*si estos sabían o poseían información*’. En opinión de la autora, los estándares de prueba ‘*tenía razones para saber*’ en el TIPY y TIPR y ‘*si estos sabían o poseían información*’ en el artículo 86 del Protocolo I Adicional, dejan más espacio para argumentar en el estrado que el superior jerárquico *no tenía razones para saber* como se vio en el caso de *El Fiscal vs. Ndindilyimana et al.* (2014), antes referido ante el TIPR.

20 Cabe aclarar que la versión en inglés del Estatuto de la CPI en el inciso (a) (i) incorpora el *hubiere sabido (he knew)*, pero no el *hubiere debido saber*, incluyendo en su lugar el *should have known* que, como se argumenta en este ensayo, tiene un sentido diferente en la jurisprudencia, incluso de CPI con Bemba. En otras palabras, la versión en español del Estatuto difiere de la versión en inglés, lo cual es problemático si solo leemos la versión en español, considerando que el inglés y el francés son los idiomas operativos de la Corte.

Tabla 1. ¿Cuánto debe saber un superior jerárquico sobre las acciones de sus subordinados?

Más estricto	←————→		Menos estricto
Tribunal del Lejano Oriente	Estándares internacionales en los tribunales penales internacionales		Estatuto de Roma estándar para civiles
a) Sabía o tenía que haber sabido b) Yamashita sabía o debía haber sabido	<p>CPI: <i>El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable [...] [si]hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.</i> (Artículo 28 (a) (i)).</p> <p>TIPY & TIPR: [...] <i>sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo</i> [...] (artículo 7 (3) TIPY; artículo 6 (3) TIPR).</p> <p>Protocolo I (1977) Ginebra: [...] <i>si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción</i> [...] (Artículo 86).</p>		<p>Artículo 28 (b) (i):</p> <p>[...] <i>En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a) el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:</i></p> <p>i) <i>Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos[...].</i></p>

Fuente: Rocha Herrera (2016).

3.1. De las formas de responsabilidad, del más estricto al menos estricto; estándar para civiles vs. responsabilidad en comandantes militares

A mi parecer, el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI contiene todos los criterios. El inciso (a) (i) tiene como antecedente a Yamashita, según el cual, conforme al Tribunal Internacional Militar del Lejano Oriente, no era creíble que el General *no supiera lo que era del dominio común, además de los reportes y amplia documentación con relación a lo que sus tropas hacían*. Sin duda el artículo 28 en este mismo inciso también incluye la figura del *actual knowledge*, que en su forma más primitiva se refiere al *sabía o supo, o hubiere sabido* (recordemos a Hagenbach en el siglo XV). El inciso (b) (i) del mismo artículo se refiere al *hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso*, criterio que se aplica a los superiores jerárquicos civiles como señala Khan *et al.* (2013, p. 959). Dicho criterio aplicado a los civiles es

menos riguroso, como ha quedado establecido por la Sala de Apelaciones del TIPR en los casos Bagilishema, Kajelijeli y Nahimana, cuando esta ha afirmado que *el control ejercido por un superior jerárquico civil no necesita ser de la misma naturaleza al ejercido por el comandante militar* (Khan *et al.*, 2013, p. 959). Sin embargo, y aunque con un umbral distinto, hay que aclarar que con relación a los civiles superiores jerárquicos, el control efectivo sobre los subordinados es también aplicable a ellos, a fin de encontrar su responsabilidad de mando. Jefes de Estado y/o de gobierno o servidores públicos responsables en los gobiernos en posiciones de autoridad están incorporados en esta noción y para ello hay rica jurisprudencia tanto en el TIPY (Alekovski, 2000; Delalić, 1998), como en el TIPR (Kayishema & Rudizana, 1999, Musema, 2000; Karemera *et al.*, 2008), así como en la Corte Especial para Sierra Leona (Fofana & Kondewa, 2007; Khan *et al.*, 2013).

3.1.1. El estándar de conocimiento del ‘hubiere tenido que saber’ (‘should have known’) incluido en el Estatuto de Roma en su versión en inglés y por tanto en la jurisprudencia de Bemba Gombo

Quiero señalar que el inciso (a) (i) del artículo 28 tiene importancia especial, pero debe ser leído en su versión en inglés en el Estatuto de la CPI, que en último caso es la versión operativa del mismo, lo que significa que es el idioma con el que preponderantemente se trabaja en la Corte. El español es un idioma oficial de la CPI, pero no tiene aún una función operativa.²¹ Lo anterior es crucial, porque hay discrepancias en el contenido del artículo 28 (a) (i) entre ambas versiones. La versión en inglés del Estatuto incorpora en dicho inciso el estándar *should have known*, más asociado con un *hubiere tenido que saber*, entendido como un modo de responsabilidad más riguroso, sino el más estricto en la doctrina como a continuación explico. A diferencia de la versión en inglés, el Estatuto en español incorpora en dicho inciso el *hubiere debido saber*, que no encuentra equivalencia con su par en inglés y que la doctrina lo asocia con un *must have known*, derivado del caso Yamashita, que por increíble que parezca es menos riguroso, al referirse al hecho de que la fiscalía tuvo que

21 Apegándonos a los lenguajes operativos del Estatuto, estos son el inglés y el francés hasta ahora, lo cual tiene sentido con el desarrollo de los estándares del modo de conocimiento en la doctrina de las responsabilidades del superior jerárquico. En mi opinión, la versión en español del Estatuto no se apega fielmente a varias disposiciones en su versión en inglés y una de ellas es justamente el artículo 28 inciso (a) (i), que en su segunda parte incorpora el ‘*hubiere debido saber*’, mientras que en inglés se indica el ‘*should have known*’. La diferencia es colosal pues se vio con Yamashita que el estándar del ‘*hubiere debido saber*’ está más asociado con los informes y partes que debió haber recibido, mientras que en el ‘*should have known*’ en el caso de los *Rehenes* (1947-48), se refiere a un ‘*hubiere tenido que saber*’, que no es otra cosa que con o sin informes o partes recibidas, el comandante List tenía que haber sabido, pues su obligación era saber aunque hubiera estado ausente de su comando en el momento de la perpetración de los crímenes.

probar que el General japonés recibió informes y partes de las operaciones de sus subordinados. A diferencia de ello, el estándar *should have known* (*hubiere tenido que saber*), surgido de un par de decisiones judiciales en la Alemania ocupada hacia 1948, demostró ser toda una revelación por el criterio tan estricto con el que se interpretaron las responsabilidades de esos comandantes alemanes. De ellos sobresale el *Caso de los Rehenes* del 8 de julio de 1947 al 19 de febrero de 1948. Este fue un caso colectivo en contra de doce oficiales alemanes por crímenes de guerra cometidos en los Balcanes durante la ocupación alemana en la Segunda Guerra Mundial. El caso lleva el nombre de su acusado más importante, *Estados Unidos vs. Wilhelm List*. El Mariscal de Campo W.S. Walter List fue acusado de las ejecuciones que tuvieron lugar en su comando por sus tropas en virtud de la *Orden de la Jurisdicción Barbarosa*, dirigida para llevar a cabo represalias colectivas en contra de los civiles bajo sospecha de tomar acciones en contra de los alemanes; además, la orden prohibía castigar a los soldados que cometieran estas ofensas en contra de los civiles, las cuáles incluían ejecuciones sumarias (Stryszak, 2000, p. 8). List argumentó no saber que las ejecuciones tuvieron lugar en su área de mando y afirmó haber estado ausente cuando estas sucedieron. A List se le recriminó que *hubiera tenido que saber* (*should have known*) lo que sucedía en su comando, afirmando que:

[...] ningún comandante debía permitirse no hacerse llegar reportes de sus cuarteles, o desconocerlos [...] Que en el caso de ser incompletos o inadecuados, estaría obligado a requerir informes suplementarios a fin de conocer los hechos. Que si fallara en obtener información, su ineptitud no podía usarse como excusa y menos como defensa. [El tribunal incluso agregó], que si no se había enterado de lo que hacían sus hombres por estar ausente, ese era su problema. (Stryszak, 2000, p.16)

Si bien fue probado de hecho que List sí recibió un número importante de informes, lo que llevaría a un modo de conocimiento más apegado a la *teoría de la omisión* o al *must have known* de Yamashita, la formulación del estándar más riguroso del *hubiere tenido que saber* (*should have known*) emergió y es rigurosa, porque según ella, no importa qué suceda y dónde esté el comandante militar, si recibió informes, partes o no, pues continuará teniendo la obligación en todo momento de saber qué sucede en su cuartel. Como hemos afirmado, la CPI incorpora en su Estatuto, al menos en su versión en inglés,²² todas las formas conocidas

22 El estándar *hubiere tenido conocimiento* leído sin su segunda parte o *deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información*, aparece en la versión en español del Estatuto en el inciso (b) (i) del artículo 28.

o criterios de conocimiento de la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico en su artículo 28, incluyendo el estándar de conocimiento más riguroso, *should have known* (*hubiere tenido que saber*). Sin embargo, está por verse cómo la CPI interpretará este criterio en el futuro, pues en Bemba Gombo (SPI III 2016), primer caso de la responsabilidad de superior jerárquico en la Corte, conforme al artículo 28 del Estatuto, el criterio de conocimiento analizado fue la forma más básica, *actual knowledge*, en el inciso (a) (i) *he knew* (*él sabía*), en relación con su responsabilidad como superior jerárquico, no sin antes la Corte manifestar que decidió no utilizar el estándar *should have known*.²³

3.2. De los Comandantes Militares de Jure a los Comandantes Militares de Facto. El caso de Pierre Bemba Gombo en la Corte Penal Internacional

La SPI III CPI determinó en el caso *El Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* (2016), conforme al artículo 28 (a) del Estatuto de Roma, que el acusado fungía *como persona actuando efectivamente como comandante militar*, lo que es parte del desarrollo dinámico aludido de la evolución del principio de superior jerárquico para los comandantes militares en la CPI. La Corte dictaminó en Bemba (2016), que no solo a los comandantes militares *de jure* les pueden ser atribuidas responsabilidades por los actos cometidos por sus subordinados, sino también a los comandantes *de facto*, de milicias y movimientos armados rebeldes,²⁴ como lo fueron los Ejércitos de Liberación del Congo que Bemba Gombo comandaba. La idea del comandante *de facto* está claramente concatenada con la afluencia de los conflictos

En mi opinión, no se empata con su contraparte en inglés esta última versión operativa del Estatuto. No se entiende si el *hubiere tenido conocimiento* leído solo, debería reflejar el *should have known* en la versión en inglés, que aparece en el inciso (a) (i). La confusión es aún más grande cuando la CPI en el caso de Bemba Gombo (SPI III 2016) decide utilizar el estándar de *actual knowledge* o el *he knew*, en lugar del *should have known*, ambos en el inciso (a) (i). En la versión en español ¿Dónde lo ubicamos? El *hubiere sabido* y *hubiere debido saber* en el inciso (a) (i) de la versión en español no refleja el '*actual knowledge*' y '*should have known*' referido por la CPI en Bemba, conforme al Estatuto en inglés.

23 Ver nota 27 y 28.

24 En ciencia política hablaríamos de Actores No Estatales, los cuales condicionan en gran medida el actuar soberano de los Estados. Cede se refiere a ellos de la siguiente manera: *The monopoly of the sovereign state has for a long time given way to a more complex and more fragmented reality of international affairs. With the rise of the non-State actors (e.g. NGOs, the media, ideologies, interest groups, religions [I would say, armed groups] in today's worlds it is a truism to say that the states are no longer the only relevant players in the international system. Therefore the question arises whether the concept of the international community does not need some adjustments in order to bring it in line with the current state of international relations.* (2007, p. 20). *El monopolio del Estado soberano ha dado paso desde hace mucho tiempo a una realidad más fragmentada de los asuntos internacionales. Con el advenimiento de los Actores No Estatales ONGs, los medios, ideologías, grupos de interés, religiones* [yo diría que grupos armados también]), *en el mundo de hoy es indiscutible que los Estados no son los únicos Actores importantes en el sistema internacional. Por lo tanto la pregunta de si es necesario hacer algunos ajustes al concepto de comunidad internacional a fin de ponerla en línea con el estado presente de cosas en las Relaciones Internacionales surge* (Traducción de la autora).

armados de carácter no internacional en Derecho Internacional, siendo con *El Fiscal vs. Dusko Tadić*²⁵ en 1995 ante el TIPY que se originó una nueva y acorde definición a los tiempos que vivimos de conflictos armados dentro de los Estados, de carácter no internacional. El artículo 8 (2) (f) del Estatuto de Roma de la CPI incorporó esta definición o principio conocido como la *fórmula Tadić* (Rocha, 2011) “que se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales” (Estatuto de Roma, 1998).

La fórmula Tadić, incorporada en el Estatuto de Roma, ha desplazado de la práctica judicial en los tribunales penales internacionales la primacía del reconocimiento de beligerancia por parte de los Estados en el artículo 1 (1) del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977.²⁶ En el caso de la CPI, el artículo 21 (1) (a) del Estatuto es contundente al enunciar la aplicación primaria del Estatuto antes que otras fuentes de derecho. Ello significa que ante la CPI, si se llegara a interponer como argumento la ausencia del reconocimiento de beligerancia de un grupo armado de parte del Estado involucrado, dicha posición no sería sustentable como defensa para evitar que se fincara responsabilidades a un comandante militar *de jure o de facto* si las condiciones de la fórmula Tadić en el Estatuto (artículo 8 (2) (f)) se determinaran favorablemente. Entonces, ¿cómo no incluir en la categoría de comandantes militares

25 El caso Tadić [1995] y la formulación que del mismo surgió en el TIPY de lo que significa hoy un conflicto armado de carácter no internacional es ampliamente aceptada. Dicha definición conocida como la fórmula Tadić (Rocha, 2011) es citada constantemente en la jurisprudencia de diversos tribunales internacionales. En lo que se refiere a la CPI, en *El Fiscal vs. Lubanga* (2012), así como en *El Fiscal vs. Katanga* (2014) y en *El Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* (2016) ha sido citada y reafirmada. Ya en la *Decisión de Confirmación de Cargos del Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* [2009] en la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI se había tomado nota de la interpretación del concepto de conflicto armado de carácter no internacional a la luz de la jurisprudencia del TIPY en Tadić manifestando su incorporación como principio establecido en Derecho Internacional de los conflictos armados. En el caso *El Fiscal vs. Dusko Tadić, Decisión sobre el Alegato de la Defensa en la Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción*, SA, 1995, para. 70 del TIPY, este tribunal había definido conflicto armado de carácter no internacional en estos términos: (...) *an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. [...] Un conflicto armado existe cuando hay recurso a la fuerza armada entre Estados o violencia armada sostenida entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro del Estado* (traducción de la autora) (SCP II, Corte Penal Internacional, 2009).

26 Consultar en Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I [2012] *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/06, donde la Corte prioriza el artículo 8 (2) (f) sobre el Protocolo II Adicional de Ginebra de 1977: *Lo anterior [artículo 8(2) (f)] no incluye el requerimiento del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977, que los grupos armados ejerzan un control tal sobre parte del territorio que los habilite a llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas. Es por lo tanto innecesario para el tribunal establecer que los grupos armados relevantes ejerzan control sobre parte del territorio del Estado. Asimismo, el artículo 8(2)(f) no incorpora el requisito de que los grupos organizados estén bajo mando responsable como se indica en el artículo 1(1) del Protocolo Adicional II de Ginebra de 1977. En su lugar, los grupos organizados deben poseer un grado suficiente de organización que les permita llevar a cabo violencia armada sostenida.*

con responsabilidades a aquéllos comandantes *de facto* que, como Bemba, dirigían, controlaban y se hacían obedecer ante sus tropas?, ¿qué no es esta categoría de comandantes militares *de facto* de gran proclividad parte de un fenómeno global como dirían los politólogos? Si tenemos un agregado múltiple de diversos conflictos armados de carácter no internacional en la escena internacional —o guerras civiles ante la mirada del politólogo— que delinea el perfil global multifacético del acontecer internacional,²⁷ ¿cómo no entender que dichos grupos armados estén comandados por jefes o comandantes militares *de facto*? El Estatuto de Roma lo hace y por eso es novedoso y acertado al incorporar a Tádić, y asumir a los comandantes militares *de facto* con la sentencia de la SPI III de Bemba Gombo, lo que sin duda significó un antes y un después respecto al edificio jurídico en derecho de los tratados, que hasta antes de la adopción del Estatuto en 1998 sólo reconocía a los comandantes *de jure* en esta categoría.

3.2.1 Bemba Gombo y su posición como Presidente del Movimiento de Liberación del Congo y Comandante en Jefe de los Ejércitos de Liberación del Congo

Jean Pierre Bemba Gombo fundó el Movimiento de Liberación Nacional del Congo en 1998 (MLC), el cual tenía como objetivo destituir al gobierno de Kinshasa. A lo largo del tiempo, el MLC se transformó de un movimiento rebelde a un partido político, del cual Bemba Gombo se desempeñaba como Presidente. Además de su función política, tenía una función militar, ya que se desenvolvía como el Comandante en Jefe del Ejército de Liberación del Congo (ELC). Ostentaba el rango de General de División e inspiraba gran respeto entre sus tropas al ser el fundador del movimiento, además de ejercer autoridad y control sobre sus soldados. Bemba Gombo, conforme a los Estatutos del MLC, ejercía amplias funciones y poderes los cuales incluían el manejo de la organización interna y la dirección tanto de las facciones políticas como armadas de todo el movimiento. Tenía el monopolio de estas funciones las cuales no poseía ningún otro miembro del ala política del MLC. Bemba Gombo, en palabras de la SPI III de la Corte, *tenía autoridad primaria que cubría todas las esferas, siendo la autoridad más importante en la toma de decisiones. Lo que decidía no era debatible.* Así mismo, añade la Corte, Bemba Gombo tenía la máxima autoridad para nombrar, promover y destituir oficiales militares y altos mandos del MLC. La autoridad

27 Es sin duda un logro importante incorporar en el derecho del Estatuto de Roma a aquéllas personas que *actúan efectivamente como comandante militar* ante el ascenso de lo que en ciencia política se denomina *guerras civiles* y en Derecho Internacional, conflictos armados de carácter no internacional, pues desde mediados del siglo XX lo que ha predominado son los conflictos armados internos, y en menor medida aquellos entre Estados (Malanczouk, 1997, p. 391).

de Bemba Gombo se extendía a toda la logística militar, que incluía la adquisición y distribución de armas y municiones dentro del MLC, así como de los medios de transporte, muchos de los cuales él mismo era propietario. Además, Bemba Gombo ejercía un control estrecho de las finanzas y del gasto (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, pp. 171-173, para. 383-385).

3.2.2. Los Cargos y el veredicto en contra de Bemba Gombo

El 5 de junio de 2009, la Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI confirmó que había suficiente evidencia para creer que Bemba Gombo era responsable como *persona actuando efectivamente como jefe militar*, conforme al significado del artículo 28 (a) del Estatuto de Roma. En virtud de ello era presunto responsable por crímenes de lesa humanidad por asesinato y violación sexual conforme al artículo 7, así como de crímenes de guerra por asesinato, violación sexual y destrucción de propiedad y pillaje cometidos por sus subordinados en el territorio de la República Centroafricana del 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003. (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 10, parágrafo 2). En el veredicto (2016), la Sala de Primera Instancia de la Corte reafirmó los cargos, encontrando culpable *más allá de la duda razonable* a Bemba Gombo, de conformidad a su responsabilidad en el artículo 28 del Estatuto (*responsabilidad de jefes y otros superiores*), por los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación sexual, así como de crímenes de guerra por asesinato, violación sexual y pillaje, crímenes cometidos por sus tropas en el curso de los acontecimientos en el periodo comprendido entre 2002 y 2003 en la República Centroafricana (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 359, para. 742). Con relación a la concurrencia de condenas acumulativas por los cargos de asesinato y violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los artículos 7 y 8 del Estatuto, la Sala encontró un concurso de delitos al destacar la naturaleza *lex specialis* de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, concluyendo que estas eran ofensas distintas (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 363, para. 751).

4. Criterios de responsabilidad del Superior Jerárquico y/o elementos de comando: análisis en Bemba Gombo

4.1. Conocimiento

La Sala de Primera Instancia III (2016) al dictar su veredicto en Bemba Gombo concluyó cuál estándar de conocimiento o *accused's knowledge* aplicaría con base en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI. Por las razones explicadas en otra

parte de este ensayo, a saber, el Estatuto en inglés es la versión operativa y no el español, y lo que es más importante, el estándar de conocimiento en el inciso referido en su versión en español no corresponde fielmente con su contraparte en inglés, por tanto, he decidido utilizar en el inciso (a) (i) que reproduzco aquí, la versión en inglés del Estatuto:²⁸

A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

(i) That military commander or person *either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known* that the forces were committing or about to commit such crimes [...]. [Énfasis añadido]. (Estatuto de Roma, 1998)

La Sala determinó que, aunque consideró utilizar la forma alternativa de conocimiento en el artículo 28 inciso (a)(i) “*the military commander [...] should have known*”, después del análisis de las evidencias circunstanciales utilizaría la forma *actual knowledge*,²⁹ es decir que, conforme a las responsabilidades de Bemba Gombo como Comandante en jefe del ELC y del MLC, el acusado sabía de las acciones cometidas por sus soldados (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, párrafos 192-196). En otras palabras, dicha determinación de la Sala estuvo basada en diversos factores “que incluían órdenes para cometer crímenes o el hecho de que el acusado estuvo informado personalmente de que sus fuerzas armadas estaban envueltas en actividad criminal” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 89, para. 193). El estándar de conocimiento en el Estatuto *should have known* fue desechado por la forma más simple [he] *knew*, o él sabía. Lo anterior se da cuando la Sala concluye que el acusado contó en todo momento con información de inteligencia y de telecomunicaciones, como radios, teléfonos satelitales, *thurayas* [proveedor de comunicaciones por satélite], telefonía celular entre otras comunicaciones llegadas a él a través de su Estado Mayor y/o otros canales de información (p. 346, párrafo 707) estando enterado todo el tiempo de las situaciones de combate, posiciones de las tropas y alegatos de los crímenes cometidos por sus hombres.

28 Ver notas 25, 27 y 28 para razones de utilizar el Estatuto de Roma en inglés.

29 Ver notas 25, 27 y 28 para privilegiar el uso de la narrativa de la versión en inglés del Estatuto, idioma operativo de la CPI, y no la versión en español.

Significativamente recibió reportes que se referían a varios actos cometidos por los *Banyamulengués* [grupos armados de origen ruandés leales a Bemba Gombo, *Mr Bemba's men*] (p. 286) y las tropas del MLC, que incluían robo, saqueos, violaciones sexuales, asesinato de civiles, acoso de personas y de transportes de suministros redirigidos a la República Democrática del Congo a través de Zongo y Libengue. Así mismo, fue importante la determinación de que el acusado estaba consciente, seguía los reportes de la prensa internacional y al mismo tiempo discutía con altos oficiales del Estado Mayor sobre los crímenes cometidos por las tropas del MLC (p. 343, para. 708-709).

4.1.1. La CPI y el análisis de la jurisprudencia internacional para el criterio de conocimiento

A fin de determinar el criterio de conocimiento de Bemba Gombo como comandante militar, la Sala recogió los siguientes factores esgrimidos de la jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, notablemente el TIPY (*Delić; Kordić & Čerkez; Orić; Hadžihasanović; Galić*) (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 89-90, para. 191-195):

- Órdenes para cometer los crímenes.
- El hecho de que el acusado haya sido informado personalmente de que sus fuerzas estaban involucradas en actividades criminales.
- El número, la naturaleza, el alcance, los lugares y el tiempo en los que los actos criminales se sucedieron.
- Otras circunstancias prevalecientes como el tipo y el número de fuerzas involucradas.
- Los medios de comunicación disponibles.
- El *modus operandi* o actos similares.
- El alcance y naturaleza de la posición que ocupa el comandante y su responsabilidad en la estructura jerárquica.
- La ubicación del cuartel general o lugar de mando y la hora.
- La notoriedad que los actos criminales hayan alcanzado, como puede ser el resultado de la difusión de los medios de los crímenes y de los cuales el acusado tenía conciencia (*awareness*). El estar consciente (*awareness*) se debe establecer a través de la evidencia que sugiera que como resultado de estos reportes el comandante tomó algún tipo de acción.
- Irrelevancia del conocimiento del comandante de la identidad de los individuos que cometieron los crímenes.
- Irrelevancia si el comandante conocía los detalles de los crímenes.

La Sala fue enfática al recordar que la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como sus elementos contextuales son del conocimiento del acusado (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo* p. 90, para. 195); además, en el veredicto reconoció que en el caso de crímenes de lesa humanidad, aunque no está explícito en el artículo 7 del Estatuto el elemento mental en el asesinato ni tampoco en los *Elementos de los Crímenes*, considera aplicable el artículo 30 del Estatuto que incorpora la intención y conocimiento en la comisión del crimen (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 50, para. 89-90).

4.2. Control Efectivo

En palabras de la Sala, el artículo 28 del Estatuto está diseñado para reflejar la responsabilidad del superior jerárquico en virtud del control que ejerce sobre sus subordinados. Para los propósitos del artículo 28 (a), y con base en la consistente jurisprudencia penal internacional, la Sala de Primera Instancia III consideró (2016), que el control efectivo requiere que el comandante tenga la habilidad material para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o que dé parte a las autoridades competentes. Un grado menor de control, dicho sea la habilidad de ejercer influencia, incluso influencia sustancial sobre las fuerzas que cometieron los crímenes sería insuficiente para establecer responsabilidad de mando. La Sala determinó que el artículo 28 no establece requerimientos de que el comandante tenga la exclusiva autoridad y control sobre las fuerzas que cometen los crímenes. En otras palabras, la Corte dejó ver que el control efectivo de un comandante no necesariamente excluye el control efectivo ejercido por otro comandante en las operaciones militares. De manera muy interesante, la Corte retomó la jurisprudencia internacional (Delić, TIPY) al afirmar que la mera participación de fuerzas específicas en operaciones de combate no es suficiente en sí mismo para establecer que el comandante tuvo control efectivo sobre las diferentes unidades participantes en la operación (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, pp. 85-86, para.182-185).

4.2.1. La CPI y el análisis de la jurisprudencia internacional para el criterio de control efectivo

A fin de evaluar concretamente cuánto control efectivo ejerció Bemba Gombo como comandante militar, la Sala se apoyó en la jurisprudencia internacional proveniente del TIPY (Orić, 2008; Hadžihasanović & Kubura, 2008; Kordić Čerkez, 2004; Strugar, 2008; Halilović, 2007; Blaškić, 2004; Delalić *et al.*, 2001; Delić, 2008), TIPR

(Nahimana, 2007), y de la Corte Especial para Sierra Leona (Brima *et al.*, 2008), para determinar los factores indicativos (SPI III Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 88, para. 188):

- La posición oficial del comandante en la estructura militar y las tareas que tiene.
- La capacidad de emitir órdenes, incluyendo su capacidad de dar órdenes a las unidades y fuerzas bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o a niveles más bajos a fin de involucrarse en las hostilidades.
- La capacidad de que obedezcan sus órdenes, incluyendo cerciorarse de qué órdenes se cumplieron.
- La capacidad de hacer cambios en la estructura a su mando.
- La capacidad de promover, reemplazar, remover o disciplinar a los miembros de las fuerzas bajo su mando e iniciar investigaciones.
- La autoridad para enviar fuerzas a sitios donde se desarrollan las hostilidades así como de retirar a sus hombres cuando lo considere oportuno.
- El acceso independiente o control sobre los medios de hacer la guerra, como lo son las comunicaciones, los equipos y las armas.
- El control sobre las finanzas.
- La capacidad de representar a las fuerzas en las negociaciones o interactuar con cuerpos, individuos a nombre de sus fuerzas.

Partiendo de los anterior, la Sala declaró, con base en la evidencia presentada, que durante el periodo bajo examen (2000-2003) Bemba Gombo ejerció un control efectivo sobre las fuerzas armadas del MLC (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 343, parágrafo 700). Dicha evidencia dejó claros elementos sustanciales para creer que “i) Bemba Gombo era una persona actuando como comandante militar; ii) las fuerzas estaban bajo su control efectivo [...] iii) los crímenes se cometieron por su falta de voluntad de ejercer control apropiado sobre las tropas; iv) él sabía que las fuerzas estaban cometiendo o estaban por cometer dichos crímenes; v) incumplió en tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para prevenir o reprimir la comisión o someter la cuestión a las autoridades competentes para su investigación o juicio” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 30, para. 59). Para la SPI III, el acusado en realidad no hizo lo mínimo para ejercer control de sus tropas a pesar de que sabía lo que acontecía y tenía toda la capacidad, autoridad y control efectivo para llevar a cabo medidas razonables y necesarias para prevenir y/o evitar los crímenes.

4.2.2. ¿Control efectivo absoluto de parte del comandante?

Cuando la Corte y prácticamente la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales como el TIPY y el TIPR dicen que el comandante debe tomar las medidas necesarias y razonables para la prevención de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, ¿es esta una obligación absoluta? No. No basta la autoridad sino también se necesita el control, pero este último debe ser efectivo, es decir, debe ser un control material de la situación y de los subordinados. Un caso elocuente para entender si un comandante militar tuvo un control efectivo y material de las tropas a su mando es el del General Delić, del ejército bosniaco durante el conflicto armado de la antigua Yugoslavia en los años noventa del siglo XX. En *El Fiscal vs. Rasim Delić* (2008) del TIPY, el Comandante del Estado Mayor del Ejército de Bosnia Herzegovina (ABiH), el General Delić, tenía a su mando al grupo paramilitar de los Mujahedines, conocidos por su notoriedad en la comisión de crímenes y alta proclividad para actuar por cuenta propia (Rocha, 2016). En su sentencia, la Sala mencionó lo siguiente, refiriéndose a la relación entre el superior y el subordinado del General Delić y los perpetradores de los crímenes de Bikoši en 1993:

La Sala recuerda que en sus hallazgos previos no fue probado más allá de la duda razonable, que los perpetradores, como fue alegado por la Fiscalía, hubieran sido Mujahedines del grupo de Poljanice. La Sala examinó sin embargo el argumento de la Fiscalía del 8 de junio de 1993, los Mujahedines de Poljanice habían sido de facto subordinados al 3er Cuerpo. En este aspecto, la Sala nota que no existe evidencia específica de órdenes recibidas por los Mujahedines de Poljanice de parte de unidades del ABiH. En particular, la evidencia solamente muestra que el 8 de junio de 1993 Mujahedines del Campo de Poljanice participaron en combate en contra de las fuerzas del HVO en el Valle de Bila simultáneamente con unidades del ABiH. Es más, mientras la evidencia indica que Mujahedines del Campo de Poljanice y los soldados del ABiH estaban conscientes de la presencia de unos y de otros, la evidencia no es clara si los dos grupos actuaban conjuntamente. Por ello, la Sala no está satisfecha de que los Mujahedines de Poljanice hubieran estado subordinados a Rasim Delić (TIPY, 2008, p. 5).

Conjuntamente con la jurisprudencia internacional, así como si tomamos en cuenta las célebres palabras de Groccio, quien afirmaba que “el conocimiento sin autoridad no se equipara a culpabilidad” (2004, pp. 454-455), puede decirse con comodidad que no se deben hacer generalizaciones *a priori* sin conocer las razones materiales

en cada caso. En este sentido, los tribunales penales internacionales TIPY y TIPR, la CPI y otros tribunales mixtos, híbridos e internacionalizados (la Corte Especial para Sierra Leona y las Salas Extraordinarias para las Cortes de Camboya) han dejado claro que el análisis del control efectivo del comandante debe hacerse caso por caso, conforme la evidencia existente y el estándar de prueba que debe satisfacer a las Salas de una corte *más allá de la duda razonable*. El estándar de prueba va de la mano con la garantía jurídica de la presunción de inocencia. En el Derecho Internacional Penal lo entendemos como un principio de legalidad cuya interpretación debe ser compatible con los Derechos Humanos a la luz del artículo 21 (3) del Estatuto de Roma de la Corte. En el caso de Bemba Gombo (2016), la Corte Penal Internacional enfatizó en la observancia de esta garantía judicial, como lo hizo antes en Lubanga (2012) y Katanga (2014): “Conforme al artículo 66 (1), el acusado se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad al derecho aplicable” (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 98, para. 215). Según el artículo 66 (2) “incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado,” así como en el artículo 66 (3) “[p]ara dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.” En este sentido, la Sala de Apelaciones ha especificado que este estándar debe ser aplicado no en cada hecho de la sentencia de la Sala de Primera Instancia, sino “solo a los hechos que constituyan los elementos del crimen y la forma de responsabilidad en los cargos del acusado”(Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 98, para. 215).

De esta forma, el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, *más allá de la duda razonable*. La presunción de inocencia aunada al estándar de prueba debe hacerse *in concreto*, como lo ha dicho la CPI en Bemba (2016) y en su momento lo hizo el TIPY en el caso específico del General Delić para determinar la extensión del control efectivo del comandante.

4.3. Prevención

La CPI ha explicado que la premisa del control efectivo y autoridad del comandante se basa en el poder material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes perpetrados por sus subordinados, así como de someter la cuestión a la autoridad competente (SPI, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 343, para. 698). A lo largo de este ensayo, hemos visto que la responsabilidad del superior jerárquico debe analizarse a la luz de los criterios, a saber, el conocimiento y el control efectivo. Hay un criterio más y ese es la prevención. La Sala recuerda que el término ordinario de ‘prevenir’ es ‘evitar que pase’ o ‘evitar que alguien haga

algo' o 'impedir', por lo que considera que el comandante viola su obligación de prevenir cuando falla en tomar las medidas para parar esos crímenes que están por suceder o que están sucediendo. La obligación de prevenir nace de la perpetración de los crímenes e incluye aquellos que están en progreso o en curso, algo que se vio en Ruanda durante el genocidio de 1994, como crímenes continuos y sostenidos (Nahimana *et al.*, TIPR, 2007). Sin embargo, la Corte advierte que el alcance del deber de prevenir depende del poder material del comandante para intervenir en situaciones específicas, las cuales están condicionadas a las circunstancias en un período de tiempo. Ya la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en Bemba Gombo (2009) había advertido factores que rebelan la labor preventiva del comandante (TIPY, *Hadžihasanović & Kubura*, 2008; *Strugar*, 2008; TIPR *Nahimana et al.*, 2007; *Case United States et al. vs. Araki et al.*, 1948) (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 91, para. 197-198), a saber, las siguientes:

- Asegurar que las fuerzas estén adecuadamente entrenadas en el DIH.
- Monitorear con reportes que las acciones militares se lleven a cabo de conformidad con el Derecho Internacional.
- Asegurarse de que las órdenes emitidas estén de acuerdo con las prácticas de las leyes de la guerra.
- Llevar a cabo medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por las fuerzas bajo el mando.
- Emitir órdenes específicas para prevenir los crímenes, y no solo emitir órdenes generales y de rutina.
- Desaprobar y ser críticos de conductas criminales.
- Insistir ante la autoridad superior sobre qué acción inmediata debe tomarse para prevenir o castigar los crímenes.
- La capacidad de posponer operaciones militares.
- Suspender, excluir, expulsar y transferir subordinados violentos.
- Conducir las operaciones militares de tal forma que se minimicen los riesgos de cometer crímenes o de dar oportunidad a que sucedan.

4.4. Notificación del asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento

La obligación del comandante militar de comunicar el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento es un deber derivado de los elementos de la prevención y control efectivo, apenas se peca o adquiere conocimiento de la infracción. Según la Corte, la palabra reprimir significa 'terminar', 'contener', 'refrenar'. La Sala de Primera Instancia (2016) en Bemba Gombo, así

como la Sala de Cuestiones Preliminares (2009), concluye que la obligación de reprimir implica la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de los crímenes; que sea un comandante *de facto* no releva al mismo de tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder para reprimirlos. Si el comandante no tiene el poder disciplinario suficiente (control efectivo), la Corte advierte que algunas medidas como las siguientes satisfacen las obligaciones del comandante dependiendo de las circunstancias: proponer sanciones a sus superiores que tengan el poder disciplinario y/o remitir el caso a la autoridad judicial reuniendo la mayor evidencia posible (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*. p. 92, para. 202).

4.4.1. Estándares internacionales de notificación en la jurisprudencia internacional

En el caso de *El Fiscal vs. Hadžihasanović* (2008), la Sala de Apelación del TIPY reconoció que un superior jerárquico no debe dispensar sanciones personalmente, sino que debe reportar al subordinado infractor a las autoridades competentes (Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Enver Hadžihasanović & Amir*, 2008, p. 64, para. 154). En este caso se incorpora el tratamiento de la autoridad y desempeño del Coronel Enver Hadžihasanović, comandante del ABiH (ejército bosniaco) en la guerra de la antigua Yugoslavia durante los años noventa del siglo XX,³⁰ constituyendo un ejemplo claro de notificación satisfactoria a las autoridades competentes en el aspecto que

30 Con todo y que sigue siendo un caso controversial en otros aspectos del principio del superior jerárquico, como lo es la responsabilidad del superior jerárquico que sucede a otro en una comisión, sobre todo por el precedente que dejó la determinación de este caso para la evolución del superior sucesor y que liberó en 2014 al General Augustin Bizimungu del ejército genocida de Ruanda en su juicio de apelación ante el TIPR. En relación a ello, en su declaración final el fiscal Tambaou hizo patente el legado controversial de Hadžihasanović: *Lo que hace de este caso fundamental, Sus Señorías, es que el fallo del caso Hadžihasanović [2008] en el TIPY condicionó a la Sala de Primera Instancia [TIPR] en su decisión de determinar que el General Bizimungu no estaba bajo ninguna obligación de incluso iniciar una investigación sobre estos asesinatos que sucedieron cuatro días antes de su nombramiento oficial como Jefe de Estado Mayor del ejército ruandés. De conformidad al presente estado del derecho establecido en Hadžihasanović, la Sala no pudo hacerlo responsable de conformidad a su responsabilidad como superior jerárquico, a pesar de que todos los elementos de este principio están establecidos en el artículo 6(3) del Estatuto del TIPR [...] La injusticia ocasionada en este caso por el presente derecho resultado de los hallazgos en Hadžihasanović es la razón por la que la Sala de Primera Instancia en [ese juicio] expresó su desaprobación por el estado de cosas en relación a la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico sucesor. Pero dicha Sala [en este razonamiento] no está sola en su desaprobación, otras Salas del TIPY han expresado desacuerdos similares a causa de la sentencia en Hadžihasanović. Entre ellos, el caso Orić [2008] en la Sala de Apelaciones del TIPY, por ejemplo, que reconoció la necesidad de dejar atrás la decisión en Hadžihasanović pues, cito, 'aunque es una cuestión de derecho también lo es de error en el mismo.' Esto mereció que el juez Shahabudeen dijera, y cito, 'hay ya una mayoría que apela este criterio sobre la doctrina de la responsabilidad del superior jerárquico sucesor' (TIPR, Audiencia del juicio de apelación en el caso *El Fiscal vs. Nindiyimana et al.*, 2013, 9 de mayo).*

nos ocupa. En Hadžihasanović, la Sala de Apelación consideró que el reporte entregado al procurador municipal en Bugoino, en Bosnia Central, de los crímenes en Slavonija, conjuntamente con las sanciones disciplinarias impuestas por el órgano militar competente constituyeron medidas necesarias y razonables para castigar a los perpetradores. El Coronel Hadžihasanović, comandante del Tercer Cuerpo del ABiH, quien había sido promovido a Comandante Supremo del Estado Mayor de ese ejército fue condenado conjuntamente con Amir Kubura, jefe de la Séptima Brigada de Montaña en el 2006, por su responsabilidad del superior jerárquico en el artículo 7 (3) del Estatuto del TIPY, así como por las violaciones de las leyes de la guerra en su responsabilidad de prevenir y castigar los crímenes de las tropas a su mando. Fueron sentenciados a cinco y dos años y medio de prisión, respectivamente; sin embargo, la Sala de Apelaciones, en el caso de Hadžihasanović, desechó parte de los hallazgos y de la condena de la Sala de Primera Instancia, y la redujo a tres años y seis meses. El reporte entregado al procurador municipal en Bugoino de los crímenes en Slavonija hizo lo suyo y fue suficiente para demostrar que Hadžihasanović había llevado a cabo su labor de notificación a la autoridad competente (TIPY, 2008, p. 65, para. 155).³¹

5. La CPI y su primera sentencia con relación a la responsabilidad del superior jerárquico: Bemba Gombo

La Sala determinó que el acusado, como superior jerárquico, adoptó una actitud de permisividad absoluta ante la comisión de los crímenes de sus tropas en la República Centroafricana. Bemba Gombo tuvo no solo la capacidad de reprimir y prevenir, sino también la autoridad indiscutible sobre sus subordinados, pero a pesar de saber lo que sus hombres hacían, no llevó a cabo medidas necesarias y razonables para impedir, reprimir y notificar los crímenes. El caso de Bemba Gombo conforma un estándar o criterio de conocimiento de los más primitivos, el *actual knowledge* o el

31 La Corte se refirió así: [T]he Appeals Chamber finds that no reasonable trier of fact could have concluded, given the evidence, that the measures taken to punish the perpetrators of the crimes at the Slavonija Furniture Salon on 5 August 1993 were inadequate in the circumstances of the case. Accordingly, the Appeals Chamber reverses Hadžihasanović's convictions for having failed to take the adequate measures required to punish those responsible for the murder of Mladen Hauranek and the cruel treatment of six prisoners at the Slavonija Furniture Salon on 5 August 1993. La Sala de Apelación considera que ningún juzgador razonable podría haber concluido, dada la evidencia, que las medidas llevadas a cabo para castigar a los perpetradores por los crímenes de Slavonija Furniture Salon del 5 de agosto de 1993 fueron inadecuadas en las circunstancias del caso. De conformidad a ello, la Sala de Apelación revoca la sentencia de Hadžihasanović por haber fallado en llevar a cabo medidas a fin de castigar a los responsables de las muertes de Mladen Hauranek y del trato cruel de los seis prisioneros en Slavonija Furniture Salon el 5 de agosto de 1993 (traducción de la autora) (TIPY, 2008, p. 65, para. 155).

sabía y no hizo nada creíble para frenarlo. Al no ejercer su obligación de comandante, el mensaje que transmitió a sus subordinados fue el de permisividad e impunidad.

5.1. La sentencia de Bemba Gombo

El 21 de junio de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la CPI libró su sentencia. Fue condenado a 18 años de prisión por asesinato y violación sexual como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, así como por pillaje y despojo como crimen de guerra. La Corte ordenó servir la condena de manera concurrente por los crímenes cometidos por las tropas del MLC a su mando (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, pp. 45-46, para. 95). La Sala condenó a Bemba Gombo conforme al artículo 28(a) del Estatuto, como *persona actuando como comandante militar* que sabía que sus tropas bajo su efectiva autoridad y control material cometieron o estaban por cometer crímenes de lesa humanidad, por asesinato y violación sexual así como crímenes de guerra por asesinato, violación sexual, pillaje y despojo (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 30, para. 61). La Sala concluyó que la comisión de estos crímenes “fue el resultado de no ejercer un control apropiado. La Sala hizo notar que el acusado no intentó de manera genuina llevar a cabo todas las medidas necesarias y razonables en su capacidad material para prevenir o reprimir estos crímenes como era su obligación [...]. Esto a pesar del conocimiento que tenía de los crímenes y la indiscutible autoridad que ejercía sobre el contingente del MLC, habiendo fallado de manera constante en llevar a los responsables ante las autoridades competentes” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 31, para. 63; pp. 45-46). Como en Leipzig en 1920, la CPI trajo a colación un argumento vital conectado a la autoridad del comandante militar, al decir que “aunque tuvo a su disposición los medios necesarios y razonables que no utilizó, lo que hubiera disuadido la perpetración de los crímenes —habiéndolos disminuido sino eliminado— en realidad generó un clima de aceptación e impunidad que facilitó la comisión de los mismos” (SPI III, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, p. 31, para. 63).

5.1.1. La controvertida sentencia de la Sala de Apelación La Fiscal vs. Bemba Gombo (2018)

El 8 de junio del 2018 tuvo lugar la audiencia de apelación del caso La Fiscal vs. Bemba Gombo en la que, en un giro inesperado, la Sala de Apelaciones de la CPI consideró apropiado revertir la sentencia del acusado Bemba Gombo declarando los alegatos en el caso discontinuados (SA Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018, p. 79, para 197). En consecuencia se ordenó la

absolución de todos los cargos en contra de Bemba Gombo a causa de los errores de hecho y de derecho así como de apreciación y procedimiento incurridos por la Sala de Primera Instancia, según lo determinó la Sala de Apelaciones. Sin duda, la sentencia emitida por la Sala de Apelaciones (2018) en el primer caso sobre el artículo 28 del Estatuto en materia de la Responsabilidad del Superior Jerárquico ante la CPI nace controvertida. Con relación al artículo 28, en términos generales, la Sala determinó que los criterios de prevención y notificación atribuibles al superior jerárquico no fueron evaluados adecuadamente en Bemba Gombo. La SA lo expresó de la siguiente forma:

La Sala de Apelaciones ha identificado los siguientes errores graves en la evaluación que la Sala de Primera Instancia llevó a cabo con relación a todas las medidas necesarias y razonables que tomó el Señor Bemba Gombo para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes por sus subordinados así como para transmitir el asunto a las autoridades competentes para su investigación y juicio: (i) La SPI erró en apreciar las limitaciones que el Señor Bemba Gombo pudo haber afrontado en la investigación y juicio de los crímenes al ser un comandante a distancia que enviaba tropas a un Estado extranjero; (ii) la SPI erró al concluir que el Señor Bemba Gombo no refirió los alegatos de crímenes a las autoridades de la República Centro Africana para su investigación al ignorar el argumento del envío por parte del Señor Bemba Gombo de una carta a las autoridades de la República Centro Africana denunciando los hechos; (iii) La SPI erró en considerar que las motivaciones para adoptar medidas preventivas para reprimir la comisión de los crímenes de parte del Señor Bemba Gombo no eran genuinas; (iv) la SPI erró en disminuir la importancia de las medidas tomadas por el Señor Bemba Gombo en las circunstancias en las que se encontraba; (v) la SPI erró en determinar que el Señor Bemba Gombo no empoderó adecuadamente a otros mandos y oficiales del MLC para que se llevaran a cabo las investigaciones y juicios para castigar los crímenes; (vi) la SPI erró en dar una indicación del número aproximado de crímenes perpetrados a fin de evaluar el impacto de ellos en la determinación de los mismos por parte de la defensa del Señor Bemba Gombo y; (vii) la SPI erró en tomar en consideración la reasignación de las tropas del MLC a fin de evitar el contacto con la población civil (SA, Corte Penal Internacional, La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo, 2018: 77, para 189).

La Sala de Apelaciones, a fin de argumentar el haber revertido la sentencia de Bemba Gombo, basó su hallazgo en la noción de que la SPI III no aplicó correctamente el estándar de prueba “más allá de la duda razonable”. Para la Sala de Apelaciones los hechos deben ser probados más allá de la duda razonable, siendo claros e inexpugnables en términos de evidencia y racionalidad. De acuerdo a, la mayoría de la Sala, cuando la misma es capaz de identificar argumentos que pueden quedar en duda los debe desechar (Resumen de la sentencia del 8 de junio del 2018, p. 4). Sin embargo, este último argumento encontró oposición ya en la minoría de los jueces de la Sala de Apelaciones, estableciéndolo así en sus Opiniones Disidentes los jueces Monangeng y Hofmanski, que estuvieron en desacuerdo con esta noción como en gran parte del razonamiento de la mayoría en lo referente al artículo 28. Este fallo de apelación desde su origen empieza a ser muy controvertido por los sesgos que arroja en sus aspectos interpretativos echando abajo la sentencia de primera instancia por cuestiones de técnica y rigidez del derecho. Había más en juego, sin embargo, se dio más peso a una visión normativa donde los errores de hecho y de derecho, así como de procedimiento argumentados en este fallo tuvieron mayor cabida. Con una escasa mayoría (tres contra dos), la Sala de Apelaciones, privilegió en mayor medida lo objetivo olvidándose en gran parte de lo subjetivo en derecho. Además de los errores en materia del artículo 28 arriba referido, la Sala de Apelaciones argumentó otros en virtud de lo establecido en el artículo 74 (2) del Estatuto: *la Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o a las modificaciones a los cargos en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio* (Estatuto de la CPI). La Sala de Apelaciones consideró más errores en la parte procedimental de parte de la Sala de Primera Instancia III en la aplicación de este artículo en el caso Bemba Gombo lo cual en su opinión comprometió la justicia impartida al acusado.

Conclusiones

¿Por qué hacer un ensayo sobre las responsabilidades del superior jerárquico? ¿Por qué hacerlo sobre las obligaciones del comandante militar en campo? Cuando me percaté y tal vez me sensibilicé de que las infracciones y crímenes, incluso de mayor gravedad, como lo son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, podrían ser paliadas con la justa, oportuna y razonable intervención del comandante militar a partir de la atmósfera de respeto de los valores fundamentales y humanitarios transmitidos como líder a sus tropas, ello conjuntamente con el ejercicio de la disciplina militar, pensé que este era uno de los trabajos más difíciles

del mundo. Más de una vez me han preguntado en cursos y conferencias que dicto a las fuerzas armadas, “¿por qué el comandante militar tiene más obligaciones en campo que un superior jerárquico civil?”, “¿por qué los ‘políticos’ que nos envían a las operaciones no tienen las mismas responsabilidades que nosotros los comandantes militares?”, ¿por qué los superiores jerárquicos civiles no tienen jurídicamente la misma carga y son tratados con menos rigor que los comandantes militares?” Tanto estas preguntas, genuinas y realistas, como las respuestas a ellas, deben ser abordadas con mucha responsabilidad y por ello escribí este ensayo, pues en él he tratado de responder a muchos de estos cuestionamientos bajo el amparo y seguridad profesional que el Derecho Internacional Penal y la autoridad existente en la jurisprudencia internacional en la materia nos brinda; con ello considero se responden de manera profesional cuestionamientos como los referidos arriba.

Si pudiera sintetizar las responsabilidades del superior jerárquico aquí tratadas pero de una forma acotada, podría decir lo siguiente, basándome en la evolución de la doctrina del *command responsibility* o responsabilidad de los mandos: los superiores jerárquicos tienen responsabilidades incluso penales en la comisión de los crímenes de sus subordinados, no por los actos materiales de estos últimos, sino porque son los encargados de ejercer autoridad y control efectivo sobre sus hombres e imponen disciplina y transmiten valores de respeto de los principios humanitarios en la conducción de sus operaciones. El comandante militar y no el civil, se encuentra en campo y tiene el pulso de la situación; su estado de conocimiento de lo que sucede es directo y lo que acontece le compete porque él como militar es el responsable de manera razonable de la conducta y desempeño de sus subordinados, pues ¿no es el encargado de la disciplina militar? Al ejercer su mando, sus tareas incluyen prevenir lo que no ha sucedido, reprimir lo que va a suceder y notificar lo que ya sucedió. En principio, no se espera de él que imponga las penas por los crímenes que cometan sus hombres, pero al comunicar y dar parte a sus superiores y autoridades competentes de lo que aconteció, no solo está haciendo su trabajo, sino que está generando el ambiente adecuado de mando y espíritu de cuerpo entre sus tropas, donde el mensaje que transmite es el de la intolerancia a la impunidad o permisividad en la comisión del injusto (Rocha, 2018, pp. 5-6).

Su tarea es aún más ardua si se percata de que las autoridades competentes puedan actuar a su vez de manera corrupta e impune, dejando ver simulación y no un actuar genuino conforme al derecho, pero ¿sus obligaciones se extienden también aquí? Aquí hay un poco de controversia, pues como lo hace notar la SPI III de la CPI en Bemba (2016), los tribunales TIPY/TIPR han establecido el estándar mínimo de las medidas que el comandante debe cumplir en su obligación de castigar y ello consiste,

como el TIPY lo dijo en *Kvočka*, en “asegurarse que se haga una investigación adecuada y capaz de enjuiciar a los perpetradores” o bien, como lo aclaró en *Boskoski & Tukulovski*, “si la remisión se hace a una autoridad no funcional o a una autoridad, donde haya la posibilidad que se conduzca la investigación de manera inadecuada o el proceso de enjuiciamiento no sea el adecuado, las obligaciones del comandante no se consideran satisfechas”. Esto es un criterio estricto, sin embargo, el TIPY en *Delalić* se ha referido a los alcances razonables de las obligaciones de los superiores jerárquicos, estableciendo que las mismas terminan cuando se pone en manos de las autoridades competentes el asunto, a fin de que los perpetradores sean llevados a la justicia.

Entre otras dificultades, el comandante podría encontrarse con situaciones en las que notificar al superior inmediato no sea la mejor opción por encontrarse ante un clima de permisividad asociado con la autoría y/o coautoría mediata, a través de aparatos organizados de poder,³² de autores con el dominio del hecho delictivo, o bien lo que en el TIPY y TIPR se asocia con el *Joint Criminal Enterprise*, o Empresa Criminal Conjunta. El juicio del General Ratko Mladić es emblemático en esta forma de responsabilidad de la Empresa Criminal Conjunta del TIPY o *Mode of Liability*, ya que es útil para explicar justamente esta situación donde un comandante militar se encuentra en dificultades para notificar a su superior si este último pudiera ser precisamente actor mediato de la Empresa Criminal Conjunta. El General Ratko Mladić era jefe del ejército serbio bosnio y exsuperior jerárquico del General Kistić, este último condenado por el TIPY a treinta y cinco años de prisión por su papel como partícipe en el genocidio de Srebrenica en 1995. Al General Mladić, sentenciado en diciembre del 2017 a cadena perpetua por el TIPY, se le encontró culpable de haber ordenado el genocidio en Srebrenica durante el conflicto armado en la antigua Yugoslavia, en coautoría con Radovan Karadžić, este último condenado por

32 Olasolo (2013) explica en su libro *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Internacional Penal*, de manera muy clara la coautoría mediata a través de aparatos organizados de poder haciendo uso de la escuela de Claus Roxin: *Roxin desarrolló una teoría desde la cual los superiores podían ser considerados como quienes desde atrás, detentaban el dominio del hecho, en cuanto qué decidían si los delitos eran cometidos y de qué manera serían llevados a cabo por sus subordinados. De este modo se podía considerar a dichos superiores como autores mediatos incluso en aquellos casos en los que los subordinados autores directos fueran plenamente responsables por los delitos cometidos. El concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder fue aplicado por primera vez a nivel internacional por la SCP II del TIPY en su sentencia del 31 de julio de 2003 en el caso Milomir Stakić que fue condenado por coautoría mediata, aunque la Sala de Apelaciones del TIPY rechazó en el 2005 la aplicación conjunta de coautoría mediata y coautoría por dominio funcional del hecho, tomando el enfoque de la Empresa Criminal Común. La CPI ha aplicado el concepto de autoría y coautoría mediata en la mayoría de los casos, significativamente para el primer caso con relación a los ex Jefes de Estado de Libia y Costa de Marfil (Muammar Gaddafi y Laurent Nbagbo), en el caso Keniata, en Katanga, Bemba y Ngudjolo, y para el actual Presidente de Sudán Omar Al-Bashir. En el segundo caso, la coautoría mediata se utilizó por primera vez en el caso Bemba Gombo en el 2008 en la Orden de Arresto (pp. 297-327).*

el TIPY a cuarenta años de prisión (2016). Ante este escenario es posible preguntarse: ¿qué podía hacer el General Kristić en términos materiales ante la Empresa Criminal Conjunta, donde sus superiores eran los coautores o autores mediatos del crimen de genocidio que estaba por sucederse?, ¿hasta qué punto fue responsable el General Kristić de que las Drina Corps a su cargo fueran involucradas en la matanza de alrededor de 8.000 bosnios musulmanes por órdenes expresas de sus superiores? En el TIPY, La Sala de Apelación en el caso Kristić (2004) redujo su sentencia al encontrar factores mitigantes en su obligación de mando, como las órdenes por escrito que emitió de “tratar humanamente a los musulmanes” y no compartir la intención genocida en primer grado de sus superiores, a decir, Karadžić y Mladić. Sin embargo, la Sala consideró que el General Kristić formó parte de la Empresa Criminal Común al haber evidencia de que por lo menos estaba al tanto del plan de conspiración para liquidar a los musulmanes. Sin duda se seguirá hablando por más tiempo sobre cuánto control efectivo el General Kristić en realidad pudo ejercer sobre sus hombres, ¿podía impedir el General Kristić los crímenes a sucederse ordenados directamente por sus superiores jerárquicos?, ¿estar al tanto significa actuar dolosamente? Dolosamente a lo mejor no, pero culposamente por lo menos sí y esa pudo haber sido la situación del General Kristić. La Sala de Apelaciones consideró que formó parte de la Empresa Criminal Conjunta, pero en calidad de partícipe al conocer lo que iba y estaba por suceder, lo que no es lo mismo a coautoría, donde se requiere la intención de llevar a cabo la forma objetiva del delito (Olasolo, 2013).

Hay otras dificultades de tipo material con las que el comandante lidia y de las que la Jurisprudencia Internacional Penal y doctrina del superior jerárquico se ha ocupado como medidas razonables a sus posibilidades de actuación ante la comisión del delito. En ese sentido, todavía hoy discutimos si el General Yamashita tenía posibilidades de saber de manera realista qué sucedió en Filipinas, ante el bloqueo marítimo de los Estados Unidos en la Guerra del Pacífico durante la Segunda Guerra Mundial, teniendo sus cuarteles generales en el norte de Luzón a cientos de kilómetros de distancia. El bloqueo en las comunicaciones fue justamente el argumento que utilizó la defensa del General Ndingyimana para que la Sala de Apelaciones lo absolviera en el 2014 en el TIPR en Arusha, y pasó, pues la Sala determinó que la fiscalía no había demostrado *más allá de la duda razonable* que el General Comandante de los gendarmes en el gobierno genocida de Ruanda supiera si sus hombres estaban implicados en los asesinatos de la Primera Ministra y de los miembros de las fuerzas de paz belgas. Entonces, ¿qué medidas razonables debe tomar un comandante? Por eso es fundamental el estudio de los parámetros o criterios de actuación a los que histórica y jurídicamente están sujetos los superiores jerárquicos. Dichos

estándares incorporan a) el nivel de conocimiento, ¿cuánto en realidad sabe o se espera que sepa el comandante?, ¿supo, debería saber, omitió saber o tenía que saber de la comisión de los crímenes de sus subordinados?; b) prevención, en términos reales, ¿qué posibilidades materiales tuvo o tiene el comandante para prevenirlos?, ¿qué medidas necesarias y razonables llevó o lleva a cabo en las circunstancias en las que se encuentra? En materia de prevención, la obligación del comandante inicia cuando este se percató o tiene una sospecha razonable de que un crimen se está cometiendo o está por cometerse por sus subordinados (*El Fiscal vs. Kristić*, 2004, TIPY); c) control efectivo, donde lo que realmente cuenta es el ejercicio efectivo de poder y control sobre los subordinados (*El Fiscal vs. Delalić et al.*, 2001, TIPY). Así, hoy sabemos que un superior puede quedar absuelto si demuestra que no estaba en posición de ejercer un control efectivo (*El Fiscal vs. Blaskić*, 2000, TIPY).

Estos tres estándares o criterios de responsabilidad del superior jerárquico (conocimiento, prevención y control efectivo) forman parte del examen bajo el cual la actuación de los comandantes en sus obligaciones como superiores jerárquicos se analizan hoy en los tribunales penales internacionales, incluida la CPI. El caso de Bemba Gombo, que fue el primero en el que la CPI examinó las responsabilidades del superior jerárquico conforme al artículo 28 del Estatuto, fue resuelto a la luz de estos estándares o criterios de responsabilidad del comandante recogidos a lo largo de la evolución de la doctrina del *command responsibility* desde Yamashita hasta el TIPY y el TIPR. El estándar aplicado a Bemba Gombo fue uno muy básico, el *actual knowledge*, en palabras de la SPI III de la CPI, es decir, sabía lo que sus hombres hacían y no hizo genuinamente nada a fin de pararlo y/o reprimirlo, a pesar de que su autoridad y control de las tropas del MLC era indiscutible.

Finalmente, quisiera comentar sobre la pregunta de por qué los superiores jerárquicos civiles, en apariencia, son tratados con más laxitud en los tribunales penales internacionales con relación a su responsabilidad como superiores jerárquicos. La mayor parte de los casos de superiores jerárquicos llevados a juicio en la historia y en los tribunales penales internacionales son de comandantes militares, por lo que hay más decisiones judiciales y en esto el TIPY concentra la mayor parte de la jurisprudencia, por eso su estudio es obligado. Por otro lado, al comandante militar se le asocia con una responsabilidad más estrecha de vigilancia y control por estar en campo, mientras que el superior jerárquico civil está generalmente a distancia. Estos factores explican por qué el enjuiciamiento de comandantes militares ha sido más común, más estrecho y más estricto, lo cual se ha traducido en una evolución de la doctrina del superior jerárquico militar mucho más rica y extensa que en los civiles. Sin embargo, no debemos dejar de apreciar que en los últimos años los tribunales

penales internacionales ya se han empezado a ocupar de enjuiciar a altos jefes civiles, como Charles Taylor, expresidente de Liberia, encontrado culpable por la Corte Especial de Sierra Leona por crímenes de guerra cometidos en el conflicto armado de Sierra Leona de 1991 a 2002, y Radovan Karadžić, serbio bosnio, con una sentencia del TIPY en 2016 por cuarenta años de prisión por su responsabilidad y coautoría en el plan de conspiración para cometer el genocidio en Srebrenica en 1995.

Quiero agregar que este ensayo lo escribo a la luz de los cursos de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional que imparto a las Fuerzas Armadas de México desde 2016, donde, de manera respetuosa, recojo dudas profesionales y anécdotas útiles para entender en el mundo civil las preocupaciones y realidades que enfrenta un comandante militar operativo. Con gran responsabilidad me dirijo siempre a los mandos de México, que si no a todos, a casi todos he llegado con estas cátedras, que son para su beneficio y de sus tropas, pero mayor aún para la sociedad civil, que depende del buen actuar de los comandantes militares para que, a través de su liderazgo y disciplina militar, transmitan los valores de humanidad que nos son propios como civilización. No hay duda, como bien dijo un oficial de la Marina Armada de México, que los militares no son educados para incumplir estos valores fundamentales, sino para hacerlos valer. Eso lo sabemos, pero hay que estar conscientes de que aún con genuina voluntad y control férreo, así como disciplina ejercida por parte del comandante comprometido, muchos ejércitos del mundo continúan cometiendo crímenes y provocando muertes. No basta entonces con estar conscientes, sino recordar que los actos del injusto se suceden y por ello el comandante militar debe estar capacitado y vigilante en este conocimiento, no solo en su beneficio y en el nuestro como sociedad, sino porque saber, además de ser su obligación, también es su derecho, al prevenir y/o reprimir los actos de los elementos equivocados en sus filas, eximiéndolo y/o mitigando su posible responsabilidad penal. Es verdad, el trabajo es continuo y su obligación es enorme, porque tienen que estar alerta todo el tiempo, como también es cierto que sus decisiones se exigen en la medida de lo razonable en las circunstancias que les toca afrontar, lo contrario sería excesivo, como está sólidamente establecido en la jurisprudencia internacional. La CPI reiteró este principio en Bemba Gombo (SPI III 2016)³³, apoyándose en la jurisprudencia del TIPY: “el comandante si ha ultimado su obligación de tomar todas las medidas necesarias y razonables en su poder, él no puede ser responsable incluso si los crímenes de hecho ocurren o si los perpetradores permanecen sin castigar” (*Blaskić*,

33 Traducción de la autora. La cita en inglés reza así: *The Chamber agrees with the Defence that, if the commander has discharged his obligation to take all necessary and reasonable measures within his power, he cannot be held responsible, even if the crimes nonetheless ultimately occur or the perpetrators go unpunished* (Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 92, para 200).

2004; *Brdanin*, 2004; *Stakić*, 2003; *Krnojelac*, 2002; *Galić*, 2003) (SPI III, Corte Penal Internacional, *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, p. 92, para 200).

Quiero cerrar este ensayo y mis conclusiones con el pensamiento de Groccio (2004), pues este sabio pensador bien dijo, con relación a los comandantes militares, que para hacer a un hombre responsable de las faltas de otro, debe haber una concurrencia entre conocimiento y permisividad. Hago votos para que los ejércitos del mundo regulares y *de facto* incorporen estos conocimientos para sus comandantes, buscando que a través de ellos y su liderazgo, se transmitan y ejerzan estándares para el comportamiento adecuado, a fin de proteger el bien jurídico mayor, la noción de humanidad.

Referencias

Libros y artículos en libros y revistas especializadas

- Armitage, D. (2017). *Civil Wars, A History in Ideas*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Bassiouni, C. (2003). *International Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Cede, F. (2007). The International Community and Non State Actors. En A. Reinisch (Ed.), *The Law of International Relations* (pp. 19-31). Utrecht: Eleven International Publishing.
- Coulombis, T. A., & Wolfe, J. H. (1990). *Introduction to International Relations Power and Justice* (Cuarta Edición). New Jersey: Prentice Hall.
- Grotius, H. (2004). *The Rights of War and Peace, In Three Books, Wherein are Explained, The Law of Nature and Nations, and The Principal Points Relating to Government*. New Jersey: The Lawbook Exchange.
- Khan, Karim K.K. , Dixon, R. (2013). *Archbold Intenational Criminal Courts Practice Procedure & Evidence*, Londres: Sweet & Maxwell.
- Malanczouk, M. (1997). *Modern Introduction to International Law*. Reino Unido: Routledge.
- Mc Cormack, T. L. H. (1997). From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. En T. L.H. Mc Cormack & G. J. Simpson (Eds.), *The Law of War Crimes National and International Approaches* (pp. 31-63). La Haya: Kluwer Law International.

- Olasolo, H. (2013). La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por los tribunales penales internacionales. Especial referencia a los casos “Al Bashir”, “Al Gaddafi” y “Al Senussi” ante la Corte Penal Internacional. En E. Maculan & A. Gil (Eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional* (pp. 297-327), Madrid: Dickinson. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/301892915_La_aplicacion_del_concepto_de_autoria_mediate_a_traves_de_aparatos_organizados_de_poder_por_los_tribunales_penales_internacionales_especial_referencia_a_los_casos_Al_Bashir_Al-Gaddafi_y_Al-Senussi_ant
- Olasolo, H. (2013a), *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Internacional Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Oswald, M. (2001). *The Howling Wilderness Courts- Martial of 1902*, US Army War College, Carlisle Barracks, PA 17013.
- Roberts, A. (2000), *Documents on the Laws of War* (Tercera Edición). Reino Unido: Oxford University Press.
- Rocha Herrera, M. (2011). La Fórmula Tadić (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia) y su aplicación en conflictos armados de carácter no internacional. *Guerrero Miztli*, 9, pp. 14-24. Recuperado de http://codenal.sedena.gob.mx/images/boletines/boletin_9.pdf
- Rocha Herrera, M. (2016). Actores no estatales, grupos armados, milicias, señores de la guerra, grupos criminales organizados y paramilitares, ¿pueden acaso estos grupos cometer crímenes internacionales conforme al Derecho Penal Internacional?”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 4, pp. 14-38. Recuperado de <http://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/195/ANIDIP%20Volumen%204.pdf>
- Rocha Herrera, M. (2018). Evolución del Derecho Internacional Penal de Núremberg y Tokio a la Corte Penal Internacional: Sentando las Bases de la Justicia Internacional. Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México, Centro de Estudios Superiores Navales de la Secretaría de Marina Armada de México. Recuperado de https://www.academia.edu/36545888/Evolucion_del_Derecho_Internacional_Penal_de_Nuremberg_y_Tokio_a_la_Corte_Penal_Internacional_Sentando_las_Bases_de_la_Justicia_Internacional
- Sadat, L. (2014). The International Criminal Court. *Legal Studies Research Paper Series*, (14).

Stryszak, M. (2000) Command Responsibility. How Much a Commander be Expected to Know?" *Journal of Legal Studies*.

Sun Tzu. (2000). *El Arte de la Guerra*. Colombia: Panamericana Editorial.

Documentos

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (1998). *Estatuto de Roma*. Roma: Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Convención Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre H.IV*. de 1907 La Haya. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Reglamento Respecto a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* de 1907. Anexo a la Convención IV, La Haya. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, Ginebra. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm#25>

Declaración Final. (9 de mayo del 2013). del Abogado Litigante Abubacarr Tambadou, Audiencia del juicio de apelación en el caso *El Fiscal vs. Ndindiliyimana et al.*, TIPR, Arusha, Tanzania.

Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber, LL.D., Originally Issued as General Orders No. 100, Adjutant General's Office, 1863, Washington 1898: Government Printing Office. *General Orders No. 100: The Lieber Code, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*. The Avalon Project, Documents in Law, History and Diplomacy, Lillian Goldman Law Library, Yale Law School. Recuperado de http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec3

Law Reports of Trials of War Criminals Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission (1948) London: published by His Majesty's Stationery, vol IV. Recuperado de https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-4.pdf]

Paris Peace Conference, *Treaty Peace with Germany (Versailles Treaty)* XIII 55,740, 743, Senate Document 51 66th Congress 1st session. Recuperado de <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>

Rome Statute of the International Criminal Court (1998). A/CONF.183/9 of 17 July 1998. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf

Casos ante tribunales penales internacionales

Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones [2018] *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr. Jean Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant article 74 of the Statute", No. ICC-01/05-01/08 A. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia III [2016] *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo. Veredicto con Anexos Públicos I, II y A -F*, No. ICC-01/05-01/08. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Cuestiones Preliminares II [2009]. *La Fiscal vs. Jean Pierre Bemba Gombo. Decisión de Confirmación de Cargos Conforme al artículo 61 (7) (a) y (b) del Estatuto de Roma*, No: ICC-01/05.01/08.

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I [2012] *La Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/06. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF

Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia II [2014], *La Fiscal vs. Germain Katanga*, Sentencia de conformidad al artículo 74 del Estatuto, No: ICC-01/04-01/07. Recuperado de https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2014_02618.PDF

Summary of the Appeal Judgment in the case The Prosecutor vs. Jean Pierre-Bemba Gombo, The Hague, 8 June 2018. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180608-bemba-judgment-summary.pdf>

International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany [1950] *The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Part 22, Under the Authority of H.M. Attorney General by His Majesty's Stationery Office, London, 1950.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (1995), Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995* (“Tadić Interlocutory Appeal Decision”). La Haya, Case No. IT-94-1-AR72.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [1995] *El Fiscal vs. Dusan Tadić a/k/a “Dule” Goran Borovnica*, Acusación, La Haya, Case NO. IT-94-1-I [Recuperado el 24 de abril del 2017. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-ii950213e.pdf>]

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [1997] *El Fiscal vs. Đusko Tadić*. Sentencia, La Haya, Case IT-94-I-T. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones [2004] *El Fiscal vs. Radislav Krstić*, Sentencia, La Haya, Case IT-98-33-A. Recuperado de <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e.pdf>

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2008) *El Fiscal vs. Rasim Delić. Resumen de la Sentencia de Rasim Delić*, La Haya. Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/delic/tjug/en/080915_Delic_summary_en.pdf

Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones (2008), *El Fiscal vs. Enver Hadžihanović & Amir Kubura*, Sentencia, La Haya, Case No. IT-01-47-A. Recuperado de http://www.icty.org/x/cases/hadzihanovic_kubura/acjug/en/had-judg080422.pdf

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2014), *El Fiscal vs. Augustine Bizimungu*, Sentencia, Arusha, Case No. ICTR-00-56B-A. Recuperado de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-00-56/appeals-chamber-judgements/en/140630.pdf>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Apelaciones (2014), *El Fiscal vs. Augustin Ndingiriyimana et al.*, Sentencia, Arusha, Case No. ICTR-00-56-A. Recuperado de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-00-56/appeals-chamber-judgements/en/140211.pdf>

Notas y Manuscritos

Rocha Herrera, M. (noviembre 2016). *Curso de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional para Mandos, Jefes, Oficiales y Tropa en la Secretaría de la Defensa Nacional de México*, Ciudad de México, México.

Rocha Herrera, Mónica. (marzo- noviembre 2017). *Curso de Derecho Internacional Penal y Litigio Internacional para Mandos, Jefes, Oficiales y Tropa en la Secretaría de la Defensa Nacional de México*, Ciudad de México, México.

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Desde otras Áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas
cruzadas sobre Brasil, México y Colombia

Héctor Olasolo - Éric Lair - Lucía Cárcano

Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia*

Justice, (Dis)Order and Groups Outside the Law:
Cross-Views on Brazil, Mexico and Colombia

Justiça, (des)ordem e grupos à margem da lei: Olhares
cruzados sobre o Brasil, o México e a Colômbia

Héctor Olasolo**

Éric Lair***

Lucía Cárcano****

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2017

Fecha de aprobación: 11 de diciembre de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7151>

- * El presente artículo hace parte de los trabajos del grupo de justicia internacional de la Red Multidisciplinaria de Investigación "Perspectiva Epistemológica Iberoamericana sobre la Justicia", coordinada desde el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional. Así mismo, se inscribe dentro de los siguientes proyectos de investigación: (i) La función de los órganos judiciales y arbitrales internacionales en la ejecución de un eventual acuerdo de paz en Colombia fruto de la renegociación resultante del Referéndum del 2 de octubre de 2016, y (ii) Principios de armonización entre la función y alcance de la justicia y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición. Ambos proyectos se encuentran adscritos a la línea de investigación Crítica al Derecho Internacional desde fundamentos filosóficos, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Los proyectos son financiados por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario y su Facultad de Jurisprudencia. Los autores agradecer a María Camila Giraldo, estudiante de Derecho de la Universidad del Rosario (Colombia) y pasante del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por el excelente trabajo realizado como asistente de investigación.
- ** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU). Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige la Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP). Es profesor *ad hoc* de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda) y preside desde 2011 el Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda). Se ha desempeñado también como catedrático de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht (Holanda, 2010-2012), magistrado auxiliar de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Así mismo, ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asesor externo del Tribunal Especial para el Líbano y miembro del *roster* de juristas de reconocido prestigio establecido por las Naciones Unidas para la selección de magistrados para las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya.
- *** Licenciado en Lenguas Extranjeras Aplicadas, especialista en Relaciones Internacionales, magíster en Ciencia Política y estudios de doctorado en Sociología Política. Profesor e investigador del Centro de Estudios sobre Conflicto y Paz, Universidad del Rosario, Bogotá.
- **** Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Joven Investigadora del Grupo de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Pasante del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia transicional (IIH).

Para citar este artículo: Olasolo, H., Lair, É., & Carcano, L. (2018). Justicia, (des)orden y grupos al margen de la ley: miradas cruzadas sobre Brasil, México y Colombia. *ANIDIP*, 6, 60-80.
Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7151>

Vivimos en un Estado dentro de un Estado [...] la ley que opera es la "ley sin ley". Esto es la ley del otro lado, que es el de los traficantes. Si la gente tiene un problema va a ellos (Arias & Rodrigues, 2006).

Resumen

Las acciones de los grupos armados organizados en América Latina no se limitan a la realización de crímenes transnacionales, sino que, con cierto grado de aceptación, estos grupos imponen una justicia comunitaria coercitiva, de carácter vertical dentro de las comunidades en las que operan. Así, se estudian los casos de Brasil, México y Colombia para mostrar cómo esta situación, lejos de ser la excepción, se ha vuelto la norma en el continente latinoamericano.

Palabras clave: grupos armados organizados, falso mito de la seguridad, narcotráfico, grupos paramilitares, justicia comunitaria vertical, legitimidad.

Abstract

Organized armed groups actions in Latin America are not limited to committing transnational crimes, but, with some degree of acceptance, this groups tend to the imposition of a type of coercive community justice within marginal communities. Thus, the cases of Brazil, Mexico and Colombia are studied to show how this situation, far from being the exception, has become the norm in the Latin American continent.

Keywords: Organized armed groups, myth of personal security, drug trafficking, paramilitary groups, vertical community justice, legitimacy.

Resumo

Os grupos armados organizados na América Latina não se limitam à realização de crimes transnacionais, senão que na realização dos mesmos dentro de comunidades marginais impõem, com algo de aceitação por parte da comunidade, uma justiça comunitária de carácter vertical, coercitiva. Assim, estudam-se os casos do Brasil, do México e da Colômbia para mostrar como esta situação longe de ser a exceção tem-se tornado a regra no continente latino-americano.

Palavras-chave: grupos armados organizados, falso mito da segurança, narcotráfico, grupos paramilitares, justiça comunitária vertical, legitimidade.

Introducción

Desde el fin de la Guerra Fría y de la rivalidad “este-oeste” que la caracterizó, los fenómenos de violencia colectiva han evolucionado de manera significativa en el sistema internacional. Entre las tendencias más sobresalientes, se ha observado una difusión de las violencias perpetradas por los actores armados ilegales en diversos contextos. El terrorismo, las violencias asociadas al pandillerismo, el narcotráfico y el paramilitarismo, entre otros aspectos, han suscitado una creciente atención. Las motivaciones, los recursos y *el modus operandi* de los actores ilegales han sido de una gran heterogeneidad, e independientemente de sus particularidades, muchos de ellos han logrado establecer un control, más o menos estable, sobre amplios espacios de población. Así mismo, se han convertido en poderes *de facto* capaces de imponer reglas y valores entre las comunidades, para lo que se han servido de mecanismos de creación y aplicación normativa al margen de la legalidad del Estado (Lair, 2003; Arjona, Kasfir & Mampilly, 2017).

En este contexto, el presente trabajo, después de presentar en la sección uno el marco teórico en el que se inscribe, analiza en las secciones dos, tres y cuatro la actividad de creación y aplicación normativa desarrollada por los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) en las numerosas comunidades en las que operan en diversos países de América Latina, y en particular en Brasil, México y Colombia. Finalmente, se presenta una reflexión de los autores sobre las situaciones presentadas en las secciones anteriores.

Los tres países objeto de estudio han sido elegidos con el fin de abarcar los diferentes escenarios de violencia que afectan a la región. Así, Brasil responde a una situación de enfrentamientos recurrentes entre las fuerzas estatales y múltiples estructuras criminales, principalmente en la periferia de los centros urbanos. En muchos aspectos, el país refleja los cambios, perceptibles en otras regiones del mundo, de una criminalidad que se articula entre el pandillerismo y las redes de tipo mafioso. Por su parte, México se caracteriza por la expansión de importantes organizaciones del crimen transnacional organizado, dedicadas en particular al narcotráfico, que actúan en numerosas esferas públicas y privadas, más allá de los patrones tradicionales de la criminalidad. Lejos de limitarse a la cooptación de las instituciones oficiales, estas organizaciones constituyen un desafío y una amenaza para el Estado en un escenario que presenta cada vez más rasgos de conflicto bélico e insurgencia. Finalmente, Colombia ilustra el caso de una situación de transición incierta de la guerra a la paz, a raíz de un proceso incompleto de desarme, desmovilización y reinserción de los miembros de los grupos armados organizados que

durante varias décadas se han enfrentado al Estado, particularmente en zonas rurales y semirurales, lo que favoreció la aparición del paramilitarismo. Beneficiándose de múltiples respaldos de carácter público y privado (GMH, 2013, p. 48), los paramilitares y las bandas criminales (“bacrim”) formadas a raíz de su desmovilización parcial se definen entre la criminalidad, “la limpieza social” y la lucha contra los sectores asociados a las guerrillas.

1. Marco teórico y metodología

Las comunidades latinoamericanas en las que los GAOML establecen y aplican estándares normativos entran, en gran medida, dentro del concepto de comunidades marginales expuesto por Da Sousa Santos (1977) en su estudio sobre los mecanismos de prevención y resolución de conflictos en la favela de Pasagarda, en Río de Janeiro. Este concepto no sólo es aplicable a las favelas de Río, que son analizadas en la respectiva sección, sino también a las comunidades que residen en numerosos suburbios urbanos y zonas rurales, como los descritos en las secciones tres y cuatro, donde se analizan las comunidades en las que operan los cárteles del narcotráfico mexicanos y los grupos paramilitares colombianos.

De hecho, el análisis realizado deja la impresión preliminar de que el fenómeno que De Sousa Santos califica como comunidades marginales se encuentra en la actualidad tan extendido en América Latina, que constituye, con sus diferentes variantes, el entorno socioeconómico más frecuente en el que sobrevive el ser humano medio latinoamericano;¹ por ejemplo, en Río se calcula que el número de favelas supera las 700, en San Salvador la inmensa mayoría de las colonias de la ciudad se encuentran bajo el control de una mara, vastas áreas de México tienen una presencia muy significativa de los cárteles del narcotráfico y en amplias zonas de 27 de los 32 departamentos de Colombia, incluyendo las ciudades con mayor población, los grupos paramilitares tuvieron plena operatividad antes de su desmovilización parcial en 2006 y de su posterior transformación en bandas criminales.

Ahora bien, las áreas controladas por los GAOML no se pueden asemejar a simples espacios sin ningún tipo de regulación, no son “zonas grises” desinstitucionalizadas y proclives al caos o la anarquía, tal y como han sido descritos otros contextos (Pascalon, 2008). Además, si bien es cierto que la precariedad del Estado y los frecuentes actos de violencia son sinónimos de una alteración de la vida cotidiana, sería erróneo pensar que son territorios marcados por la anomia; por el contrario, se trata

1 Sobre el concepto de ser humano medio, utilizado como paradigma de referencia en sus trabajos por la Red Multidisciplinar de Investigación Perspectiva Epistemológica sobre la Justicia. Recuperado de <http://www.iberamericaninstituteoftheague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion>.

de lugares donde el orden y el desorden se entrelazan (Bataillon & Merklen, 2009), dando lugar a una configuración de poder compleja, fruto de la permanente interacción entre los GAOML y las comunidades allí residentes (Cefai & Perreau, 2012).

En lo cotidiano, las conductas, las experiencias y las representaciones individuales o colectivas se ven redefinidas en un ambiente de coerción. Los GAOML inciden en distintas esferas de la vida de la población, tratando de establecer un dominio permanente, que es indispensable para el desarrollo de sus actividades. La vigilancia y el control de la seguridad de los municipios en los que operan son dispositivos primordiales en los procesos de territorialización armada al margen de la ley (Arias, 2017).

La creación de normas mediante el establecimiento de códigos de convivencia para la población, su aplicación coercitiva a quienes las incumplen y la resolución de controversias con base en los principios y valores recogidos en dichas normas, constituye un tipo de justicia al margen de la legalidad estatal que también desempeña un papel decisivo, aunque a menudo velado o menospreciado, en esta territorialización.

Para poder comprender adecuadamente este fenómeno es necesario partir de un concepto amplio de derecho, que vaya más allá del limitado a los procesos de creación y aplicación normativa por parte de las autoridades del estado. Da Sousa Santos (1977) nos ofrece, en este sentido, una definición lo suficientemente amplia al entender el derecho como (a) un conjunto de normas que establecen principios normativos y procedimientos para (b) su aplicación por una autoridad concreta a los casos individuales de conflicto entre las partes, que surgen dentro de un determinado grupo o comunidad (justiciabilidad) y que, de esta manera, (c) contribuyen a la creación, prevención y resolución de disputas a través de la argumentación, (d) con independencia del nivel de respaldo de la fuerza coercitiva con que cuente para su aplicación (Da Sousa Santos, 1977, p. 10).

Para este concepto amplio de derecho, son múltiples los tipos de autoridades que, dependiendo de la organización del grupo o comunidad de que se trate, pueden estar facultadas para hacer justicia mediante la aplicación, a través de los procedimientos establecidos, de los principios normativos a los casos concretos que se presentan en su seno. Entre ellas, según señala Kantorowicz (1958), se pueden incluir en determinadas circunstancias a los líderes de los GAOML.

Esta situación es ilustrativa de la construcción “desde abajo” en entornos violentos de un ordenamiento no estatal aplicado por autoridades no estatales; así mismo, refleja la privatización del proceso de creación y aplicación normativa que fragmenta y pone a prueba el principio de soberanía del Estado. Es por ello que no puede sorprender que las tres situaciones analizadas (Brasil, México y Colombia) cuestionen,

cada una con sus matices propios, la soberanía y la legitimidad de las instituciones oficiales, así como la eficacia del estado de derecho (Lea & Kevin, 2007).

Las comunidades y poblaciones que residen en los territorios bajo el control de los GAOML asumen posturas que a veces se adecúan, y a veces no, a las normas que les han sido impuestas por estos grupos. No son, por tanto, meros sujetos pasivos sometidos a las “estrategias de gobierno” que despliegan los GAOML (Arias, 2017), por el contrario, las actitudes adoptadas por la población oscilan entre la obediencia, la colusión, la elusión, la disimulación y la resistencia. Estas actitudes no son excluyentes ni inamovibles e invitan en todo caso a cuestionarse el verdadero alcance de la dominación ejercida por los protagonistas de la violencia.

El presente trabajo adopta un enfoque sacionormativo, con el fin de contribuir a nutrir la reflexión sobre la actividad de creación y aplicación normativa de los GAOML en contextos *a priori* disímiles. Conviene advertir que es un análisis preliminar, el cual deberá ser complementado por futuros estudios que presenten un componente empírico más elaborado.² Además, no desarrolla un estudio comparativo *stricto sensu*, sino que ofrece una mirada cruzada, necesariamente fragmentada y parcial, sobre el tema. Esta mirada, derivada de la denominada metodología cruzada, cuyo empleo ha sido acogido en los últimos años por diferentes disciplinas científicas (Werner y Zimmermann, 2003), tiene la ventaja de aproximar temas y problemáticas transversales a las tres situaciones seleccionadas, sin tener que entrar en comparaciones detalladas.

2. La creación y aplicación normativa por las bandas armadas en las favelas de Río de Janeiro (Brasil)

Gay (2010) concuerda con Arias y Rodrigues (2006) en que la pérdida de legitimidad que han sufrido las organizaciones estatales en amplias zonas de Río de Janeiro es una consecuencia de la violencia ejercida contra la población durante la época de la dictadura (Corte IDH, Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil, 2017), lo que derivó en que los miembros de las comunidades buscaran, desde entonces y hasta la actualidad, la provisión de servicios, medidas de protección y mecanismos de resolución de conflictos en actores no estatales. El grupo Comando Vermelho es un ejemplo paradigmático de esta situación, puesto que en las favelas en las que ejerce el control

2 Si bien es posible encontrar estudios de campo y literatura especializada en relación con las bandas armadas de las favelas de Río de Janeiro y los cárteles del narcotráfico en México, no ocurre lo mismo en relación con el operar de los grupos paramilitares colombianos. De ahí que, para su estudio en regiones como Arauca, el Magdalena Medio, el Meta, Vichada y el sur del Tolima, se haya recurrido como principal fuente de análisis a las sentencias de la jurisdicción especializada de Justicia y Paz, que recogen confesiones de paramilitares desmovilizados.

provee a los miembros de la población servicios como transporte gratuito, tratamientos médicos, jardines de infancia y centros recreacionales, además de establecer las normas básicas de comportamiento, asumir funciones de policía, imponer multas e incluso decretar toques de queda. Para Gay (2010), esta situación es consecuencia de que durante la dictadura militar brasileña (1964-1984) los miembros de las nascentes bandas armadas estuvieron en las mismas cárceles que los prisioneros políticos, quienes les enseñaron la importancia de las organizaciones y la lealtad a las mismas, así como ciertas estrategias propias de la guerra de guerrillas.

Las bandas armadas en Río ejercen un control social sobre la población de los lugares en los que operan basándose en dos elementos principales (Arias & Goldstein, 2010); por un lado, el miedo que ejercen sobre dicha población, y por otro, la función social que desarrollan mediante la distribución de recursos a las comunidades, la resolución de conflictos y el control sobre otras formas menores de violencia. Según Arias y Goldstein (2010), este fenómeno, al que denominan Violencia Pluralista, se caracteriza porque las bandas armadas de Río han impuesto en las comunidades un orden que es al mismo tiempo coercitivo y cooperativo, porque castiga a los miembros de la comunidad que llevan a cabo actividades prohibidas en los códigos de comportamiento impuestos por las bandas armadas (Arias & Goldstein, 2010), pero a su vez brinda a las mismas comunidades servicios a los que estas no podrían acceder de otra forma.

Arias y Rodrigues (2006) mantienen que este orden social se basa en una idea de respeto y reciprocidad que es esencial dentro de las dinámicas de las favelas. De esta manera, la imposición de este orden social y el cumplimiento del mismo tienen como finalidad crear, en quienes lo siguen, una falsa sensación de seguridad, sin importar la violencia que se vive dentro de las favelas. Este fenómeno, al que denominan el “falso mito de la seguridad”, gira en torno a tres elementos: (i) la definición y aplicación de normas en las favelas; (ii) el manejo del crimen y (iii) la resolución de conflictos.

En cuanto al primero, la principal norma que rige en las comunidades que viven en las favelas es la ley del silencio (*lei do silêncio*), según la cual está prohibido hablar de la violencia que ocurre en su interior y que pueda tener relación con el líder (*dono*) de la banda que controla la favela (Arias & Rodrigues, 2006). Otras normas de común aplicación son las prohibiciones de robar dentro de la comunidad, ejercer violencia sexual contra mujeres y niños, causar “desórdenes” públicos debido a la intoxicación por alcohol o drogas y participar en peleas.

Los castigos por el incumplimiento de estas normas pueden variar dependiendo de la reincidencia. Así, según lo manifestado en las entrevistas realizadas por Arias

y Rodrigues (2006), la primera vez que se encuentra a alguien robando es común que se escuche a las dos partes para intentar solucionar el problema, la segunda vez se castiga físicamente a quien reincide, y si vuelve a delinquir lo más probable es que sea asesinado. Además, delitos como la violación y no pagar una deuda al grupo son castigados de forma más grave que la violencia doméstica o el causar desordenes públicos. De esta manera, las actuaciones de los grupos no son del todo arbitrarias, sino que obedecen a una lógica ya conocida por la comunidad (Arias & Rodrigues, 2006; Arias & Goldstein, 2010). Sin embargo, debido a que existe cierta discrecionalidad a la hora de impartir los castigos, estos varían dependiendo de la persona que los ejecute (Arias & Rodrigues, 2006; Arias & Goldstein, 2010).

Para Leeds (1996) es la comunidad en su conjunto la que se beneficia del sistema interno de seguridad de las bandas armadas, esto se debe a que en la mayoría de las favelas y proyectos de vivienda pública, el robo, la violación y otros tipos de agresiones físicas son castigados violentamente por el líder de la banda que controla la favela, aplicando con mayor coherencia que el Estado su propio sistema de justicia (Leeds, 1996).

La alcaldía de Río intentó hacer frente a este fenómeno en 2008, cuando aprobó una reforma en el régimen de seguridad denominada Proyecto Pacifista. Las nuevas políticas consistieron en la creación de Unidades Pacificadoras de Policía (UPP) en ciertas favelas. Estas unidades tenían colaboración con diferentes unidades de la policía militar, incluyendo el Batallón de Operaciones Especiales (BOPE). Con ello se pretendía restablecer la presencia estatal en las favelas con mayor control de las bandas armadas, de manera que estas últimas fueran paulatinamente debilitadas (Salem, 2017).

Sin embargo, esta política no ha obtenido los resultados deseados, debido entre otros factores a la corrupción y al abuso de poder por parte de las UPP, y ha generado un incremento significativo de la violencia en Río. Así, mientras que en 2012 había 29 homicidios por cada 100,000 habitantes, en 2016 la cifra aumentó a 38 (Salem, 2017). La situación es de tal gravedad, que entre enero y septiembre de 2017, casi doscientos policías y cerca de mil miembros de las bandas armadas habían sido asesinados en la confrontación que ambas mantuvieron en Río.

3. La creación y aplicación normativa por los cárteles del narcotráfico en México

Los carteles del narcotráfico se desarrollaron en México a comienzos de la década de 1990 como resultado de dos factores principales. Por un lado, la caída de los carteles colombianos y la limitación del tráfico de drogas por el Caribe convirtieron a México

en un sitio idóneo para el paso de la droga hacia los Estados Unidos (Bunker & Sullivan, 2011). Por otro lado, los altos índices de corrupción del partido que gobernó en México en el periodo 1917-2000 (Partido Revolucionario Institucional) y la abrupta liberalización económica facilitaron, en un país marcado por numerosos desajustes sociales, el crecimiento de los cárteles que hoy en día se disputan el control sobre el mercado de las drogas en México (Duncan, 2015).

Maldonado (2014) señala, en relación con los cárteles en la región de Michoacán, que los grupos armados ilegales han establecido políticas populares para reducir los efectos negativos de su violencia en las regiones en las que operan. En particular, los cárteles prefieren mantener la paz y el orden dentro de las comunidades, sobre todo en aquellas de las que provienen sus miembros, para evitar la interferencia de la policía y el ejército.³ La protección de las mujeres contra cualquier abuso dentro de la comunidad es un elemento esencial de estas políticas.

Por su parte, Bunker & Sullivan (2010) mantienen que algunos carteles mexicanos pueden ser considerados como cárteles de tercera generación, porque buscan reemplazar ciertos aspectos del Estado, y consideran que este es el resultado de los altos niveles de corrupción y cooptación de los gobiernos mexicanos. Sin embargo, también subrayan que el hecho de que los carteles estén en constantes disputas territoriales entre ellos, y contra el Estado, ha limitado la posibilidad de que se conviertan en un auténtico Estado paralelo.

Entre los carteles que en México responden a esta situación se destacan la Familia Michoacana y el Cartel de Sinaloa. Con respecto al primero, Maldonado (2012) explica cómo realiza acciones de “justicia popular” al eliminar delincuentes comunes, mediar en conflictos personales, cobrar cuotas al comercio u ofrecer protección personal, entre otras actividades. Así mismo, señala como rasgo característico de la Familia Michoacana el hecho de querer imponer una cierta visión ético-política en las comunidades que residen en sus zonas de influencia, a través del castigo y la exposición pública de quienes no la respetan. De esta manera, quienes son atrapados cometiendo delitos comunes son secuestrados y forzados a caminar por las calles con signos en sus espaldas que dicen “esto me pasó porque soy un ladrón” o “esto me pasó porque soy un violador” (Maldonado, 2014). Así mismo, cuando el castigado es ejecutado, se deja junto al cadáver un cartel en el que se explican las razones del castigo (Lantz, 2016).

Lantz (2016) también subraya que la Familia Michoacana no solo toma medidas de control social, sino que realiza un chequeo sobre las nuevas personas que entran en la

3 Al respecto ver: Corte IDH. (2010). Caso Fernández Ortega y Otros c. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010.

comunidad, recoge impuestos y utiliza métodos propagandísticos para imponer sus visiones morales y su doctrina de “justicia divina” (Duncan, 2015; Grayson, 2007).

Con respecto al Cartel de Sinaloa, que actúa principalmente en la región del pacífico norte mexicano, también se ha señalado que ejerce funciones propias del Estado en las áreas en las que opera, incluyendo la impartición de justicia (Morton, 2012). Duncan (2015) subraya cómo inicialmente este cartel se centraba exclusivamente en el negocio del narcotráfico hacia los Estados Unidos, pero a medida que el negocio se expandió dentro de México “[...] descubrieron que tenían los medios de coerción y de capital para regular parcialmente —y en áreas más periféricas totalmente— las sociedades en las que se producía y se traficaba la mercancía” (Duncan, 2015, p. 202). De esta manera, el Cartel de Sinaloa desarrolla una función de creación y aplicación normativa en materia impositiva y penal, y provee ciertos bienes y servicios a las comunidades con las que interactúa (Sullivan & Bunker, 2010).

Según el propio Duncan (2015), los líderes del Cartel de Sinaloa tienden a ser jóvenes que provienen de familias sin recursos, que al llegar a posiciones de liderazgo quieren tener un reconocimiento legítimo como autoridad dentro de la comunidad, independientemente del poder económico del que gozan. Además, muchos de estos dirigentes encuentran que tener el apoyo de la población garantiza un mejor desempeño en el negocio, reduce sus riesgos e incluso les permiten obtener ayuda cuando son buscados por la policía. Un buen ejemplo de esta situación es el caso del “Chapo” Guzmán, un líder del Cártel de Sinaloa que permaneció oculto varios años en el pueblo de Badiraguato (Grayson, 2007; Duncan, 2015).

Sin embargo, no todos los cárteles en México buscan reemplazar las funciones del Estado y mantener la paz y el orden en las comunidades que residen en las áreas donde operan. Así, los Zetas realizan habitualmente actos violentos en contra de la población civil como parte de su lucha contra los demás carteles por el control del territorio (Campbell, 2010), lo que les ha impedido ser plenamente aceptados por la población. En uno de sus comunicados, los Zetas se presentan como un grupo distinto a los demás carteles puesto que no necesitan, ni tienen interés, en recibir apoyo de la población. En consecuencia, según señalan expresamente, “[...] no les estamos pidiendo que nos apoyen ni que vayan poniendo gente, sólo que no se metan con nosotros y nos dejen trabajar [...]. Nosotros podemos realizar nuestro trabajo sin necesitar el apoyo de la población” (Osorno, 2012, p. 170).

Del mismo modo, los Caballeros Templarios, grupo escindido de la Familia Michoacana en 2014, no han llegado a tener nunca el mismo nivel de aprobación por la población. Así, como señala Duncan (2015), los constantes abusos sexuales por parte de miembros de los Caballeros Templarios a las mujeres han generado

un fuerte rechazo al grupo, al punto de que las mismas comunidades, sobre todo en Guerrero y Michoacán, crearon grupos de autodefensa frente a los mismos (Duncan, 2015).

A esto hay que añadir que la intensificación de la guerra entre los cárteles mexicanos ha derivado en un incremento de la violencia, lo que ha debilitado la estabilidad de estos grupos en los territorios por cuyo control compiten. De esta manera, incluso si cárteles como los Zetas o los Caballeros Templarios quisieran asumir ciertas funciones estatales como la provisión de justicia dentro de las comunidades, no cuentan con la capacidad necesaria para llevarlas a cabo de forma sostenida (Atuesta & Ponce, 2017).

4. La creación y aplicación normativa por los grupos paramilitares en Colombia

Analizados los casos de las bandas armadas en Río de Janeiro y los cárteles mexicanos, pasamos a estudiar la situación presentada en varios de los territorios en los que operaron los grupos paramilitares hasta su desmovilización parcial en 2006, y en los que tras esa fecha han continuado actuando las denominadas bandas criminales, también conocidas como Bacrim. Estos grupos no sólo se dirigieron a enfrentar el comunismo, sino a regenerar los valores y las costumbres de la población acusada de “estar desviada”, para lo cual establecieron nuevos imaginarios y reglas de comportamiento. De esta manera, la confluencia de la lucha antisubversiva y la imposición del orden social y moral dieron paso a múltiples prácticas violentas que trastornaron la cotidianidad. Además, los grupos paramilitares se convirtieron en ocasiones en actores paraestatales locales, al ejercer ciertas funciones estatales destinadas al desarrollo de la colectividad. Ante esta situación, la adaptación de las poblaciones de los territorios en los que actuaron fue plural y cambiante, por lo que es difícil establecer categorías rígidas para comprenderla. Las cuatro regiones elegidas para nuestro estudio, Meta y Vichada, Magdalena Medio, Tolima y Arauca proveen, sin duda, una buena muestra de esta heterogeneidad.⁴

4.1. Las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada

Según su documento oficial de constitución en el año 2000, las Autodefensas Campesinas del Meta y Vichada (ACMV), de las cuales José Baldomero Linares fue

⁴ Este es un primer análisis que, ante la dispersión de los estudios al respecto, y los trabajos todavía en curso del Centro Nacional de Memoria Histórica para documentar y analizar las violencias paramilitares en varias regiones colombianas, se ha centrado en gran medida en las consideraciones realizadas en las sentencias dictadas por la jurisdicción especializada de Justicia y Paz a partir de 2010. Sobre los trabajos realizados por el Centro de Memoria Histórica. Recuperado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co>

uno de sus comandantes, se crearon como “[...] una organización antisubversiva actuando dentro del marco político militar armado, para defender los derechos, los bienes y la honra de las personas de bien, comprometiéndonos a ejercer el control general en estas regiones rurales y urbanas donde existe el abandono del Estado y fluye la presencia guerrillera, de milicias de apoyo, milicias populares y grupos delincuenciales organizados dedicados al hurto y al abigeato, convirtiéndose en objetivo militar según el grado de responsabilidad” (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, p. 674).

En consecuencia, desde su constitución, la finalidad de las ACMV fue ejercer tanto el control armado en sus áreas de operaciones (departamentos del Meta y Vichada), como el control social sobre la población allí residente. Según explica la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá, la ausencia del Estado en la zona propició que el contrato social cambiara, de manera que en lugar de realizarse con el Estado, pasara a llevarse a cabo con las ACMV, que eran las encargadas de brindar a los residentes seguridad, servicios e incluso infraestructuras (como la central eléctrica en la localidad petrolera de Puerto Gaitán) a cambio de tributos (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, p. 754).

En este contexto, las ACMV establecieron un nuevo código de conducta para los residentes de las zonas en que operaron, el cual llegó a extenderse a las comunidades indígenas que habitaban en dichos territorios, como lo muestra la expresa prohibición de la costumbre de salir a “mariscar” (conseguir animales para el consumo de su comunidad) después de las 22:00 (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, p. 755). Estas nuevas normas de comportamiento eran impuestas por las ACMV bajo la justificación de querer defender los derechos, bienes y honra de las “personas de bien”, y con ellas se buscaba imponer en la región un cierto estándar de persona, de manera que los hombres no podían llevar el pelo largo o “usar vestuario inadecuado” o “estar constantemente embriagados”. Por su parte, los supuestos criminales y delincuentes eran castigados con la “pena” de muerte para así poder gozar de “paz y tranquilidad” en las zonas bajo su control (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, p. 762).

Uno de los casos que más llama la atención respecto a las penas que imponían las ACMV, es el caso de “las niñas calvas”, en el cual, jóvenes que ejercían el negocio de la prostitución sin su consentimiento o que usaban minifalda, eran rapadas y sometidas a trabajos forzosos, que incluían cargar piedras y arena, arreglar fincas, arreglar carreteras, hacer murallas de piedra para los puentes, hacer obras, restaurar calles y “embellecer” la ciudad. En los casos más graves no solo las rapaban, sino que, después de violarlas, las obligaban a trabajar desnudas o semidesnudas en

los municipios de donde procedían o en donde residían (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, 761).

En todo caso, según señala la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, una de las notas más características de las ACMV es que, aunque al establecerse inicialmente en los territorios desarrollaban una violenta represión social, lo cierto es que, con el paso del tiempo dicha represión iba dando paso a una forma de control social más “consentida” por una parte importante de la población. Esto se refleja en el hecho de que, según declaraciones del propio Baldomero Linares, “hubo padres de familia que “para corregir” a sus hijos metidos en líos de drogas o delincuencia los entregaron a las autodefensas”, y ante intentos de desertión, los “responsables” eran castigados con el homicidio” (José Baldomero Linares Moreno, sentencia, 2013, p. 764).

4.2. Las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio

El caso contra Ramón Isaza *et al.* ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz gira en torno a los crímenes cometidos por las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM), que operaron en la región central de Colombia bañada por el río Magdalena. En la sentencia emitida por la Sala de Conocimiento de Bogotá se evidencia el impacto que tuvo el Bloque ACMM sobre los habitantes de las distintas veredas donde actuaron como consecuencia de su política de *limpieza social*, la asunción de funciones estatales y la aceptación de la que pudieron haber gozado entre una parte importante de la población.

Conforme a su política de limpieza social, el Bloque ACMM no solo eliminó de las comunidades a aquellas personas que infringían algunas de las reglas básicas que había impuesto (por ejemplo no robar, no violar, no consumir estupefacientes y no simpatizar con la guerrilla de las FARC-EP), sino que en ocasiones la sanción recayó también sobre personas frente a las que la comunidad se quejaba de tener un comportamiento grosero o inadecuado (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014: párr. 238, 246, 248).⁵

Son numerosos los ejemplos recogidos en la sentencia en los que se hace referencia a la implantación de esta política. Todo comenzaba con la llegada del Bloque ACMM a una determinada vereda y, luego de presentarse, establecía una serie de reglas de conducta aclarando que “[...] iban a “limpiar” la zona de marihuaneros, ladrones

5 Según se recoge en la sentencia: “Según la investigación que obra dentro del informe de policía judicial del 17 del mismo año, la víctima había presentado problemas mentales que lo llevaron a tener un comportamiento «inadecuado» y «grosero» ante la comunidad, pues con frecuencia se detenía en la mitad de la calle con los pantalones a la altura de la rodilla. Según las manifestaciones de los postulados, miembros de la comunidad se quejaron del comportamiento de la víctima, por lo que se tomó la decisión de asesinar a Toro Gallego, actuado dentro de la política de lo que ellos denominaban «limpieza social»” (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014, párr. 246).

y violadores” (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014, párr. 127). Posteriormente, en aplicación de dichas reglas, ordenaban la muerte de campesinos acusados de robar gallinas o ganado, tener la condición de jíbaros o haber contratado a personas señaladas de cuatreros (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014).

El bloque ACMM consideraba también que, debido a la falta de Estado en las regiones en las que actuaba, era necesario que, como representante de la sociedad civil, se encargase de asumir sus funciones. Así, la sentencia muestra, entre otros ejemplos, como el Bloque ACMM actuó en contra de una mujer “[...] por la “reticencia” que demostró frente a un proyecto de interés social que beneficiaba a la comunidad” (Ramón Isaza *et al.*, sentencia, 2014, párr. 217). El bloque ACMM la secuestró y la obligó a firmar un contrato de servidumbre, garantizando así que los cuatro municipios de la zona tuvieran acceso al agua.

4.3. El Bloque Tolima

El caso contra Atanael Matajudíos ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz gira en torno a los crímenes cometidos en el Departamento del Tolima, en particular en el sur del departamento, por el grupo paramilitar Bloque Tolima de las Autodefensas Unidas de Colombia (Bloque Tolima). Esta región había estado marcada por una clara ausencia del Estado y la creación de toda una serie de guerrillas liberales y comunistas durante las décadas de 1950 y 1960. En las dos décadas siguientes se trató de cubrir esta ausencia con la creación de líderes rurales que asumieron varias funciones estatales, sobre todo las relativas a la seguridad, y que a partir del Decreto-Ley 356/1994 crearían sus propias Asociaciones Comunitarias de Vigilancia Rural (CONVIVIR). Con la ilegalización de las CONVIVIR en 1997 y su reagrupamiento al margen de la ley bajo el mando de Carlos Castaño (comandante de las AUC), se intensificaron las confrontaciones entre la guerrilla de las FARC-EP y el naciente Bloque Tolima. Esto se tradujo “[...] en gran medida en exigencias y condicionamientos sobre los campesinos para que apoyaran de manera irrestricta el grupo armado ilegal” (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014, párr. 327).

En este contexto, el Bloque Tolima adoptó una estrategia de generar terror para mantener controladas las comunidades donde operaba, lo que incluyó tanto una política de limpieza social, como la imposición de un código de normas en el que se especificaba, entre otras cosas, los horarios en los que se podía transitar, las zonas de circulación, otros comportamientos determinados y sanciones no negociables en caso de incumplimiento (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014, párr. 442).

Uno de los aspectos más interesantes de la sentencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá es la descripción que realiza de la manera en que el Bloque Tolima aplicaba su código de normas (impartía justicia) a través de juicios comunitarios. Según la Sala de Conocimiento, los líderes comunales que hacían parte del Bloque Tolima citaban a la población (la presencia en dichas reuniones era obligatoria) para que, bajo su autoridad, decidieran quién debía permanecer o abandonar de manera permanente la zona (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014, párr. 344). A través de estos juicios comunitarios forzados, convocados por quienes ejercían (o habían ejercido) una posición de liderazgo en la propia comunidad, se buscaba también legitimar al Bloque Tolima (y previamente a las CONVIVIR) como autoridad sustituta del Estado.

Sin embargo, el Bloque Tolima no logró adquirir una legitimidad real entre la población porque su violencia arbitraria (particularmente, el recurso a la desaparición forzada y al desplazamiento forzado de forma masiva) provocó que fueran percibidos como un actor ilegítimo más dentro de la región. En este sentido, conviene señalar que el Bloque Tolima nunca tuvo el control absoluto de los territorios en los que actuaba, debido a la influencia de las FARC-EP en el Departamento del Tolima, en cuya región sur occidental se originaron (Pizarro, 2011); además, a partir de la muerte de Carlos Castaño en 2004, el Bloque Tolima perdió fuerza, lo que le llevó a vincularse con grupos criminales urbanos (Atanael Matajudíos Buitrago *et al.*, sentencia, 2014, párr. 431).

4.4. El Bloque Vencedores de Arauca

El caso contra Orlando Villa Zapata ante la jurisdicción especializada de Justicia y Paz se sitúa en el marco de los crímenes cometidos en el Departamento de Arauca por el grupo paramilitar Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia, al mando de los hermanos Mejía Munera y del propio Villa Zapata. Para conseguir el control territorial, que se disputaba con el frente Guadalupe Salcedo de las FARC-EP y el frente Domingo Laín del ELN, este Bloque, establecido con el resurgimiento del paramilitarismo en Colombia en el año 2000, se encargó de generar el terror en los municipios en los que actuó (Orlando Villa Zapata *et al.*, sentencia, 2014, párr. 236).

Al igual que el Bloque Tolima, el Bloque Vencedores de Arauca impuso un código de conducta sobre la población civil, cuyo cumplimiento fiscalizaba a través de redes de informantes creadas para ejercer vigilancia sobre la población. En caso de incumplimiento, dicho código era aplicado por medio de diversos mecanismos coercitivos como retenes, restricciones de movilidad y juicios comunitarios forzados

en los que se declaraba la responsabilidad de quienes infringían sus normas, se imponían los correspondientes castigos (incluyendo la pena de muerte) y se entregaban al Bloque los bienes de los infractores (Orlando Villa Zapata *et al.*, sentencia, 2014, párr. 291).

El Bloque Vencedores de Arauca, como el Bloque Tolima, se caracterizó por una violencia extrema que, en lugar de tomar la forma de desapariciones y desplazamientos forzados en masa, realizó torturas y asesinatos con sevicia de los cuales fueron víctimas quienes se veían como opositores (Orlando Villa Zapata *et al.*, sentencia, 2014, párr. 311). Como consecuencia, si bien logró el control de la población por el terror generado, el Bloque Vencedores de Arauca nunca fue percibido como un actor que actuara por el bien de la comunidad y por lo tanto era considerado como un actor ilegítimo más de los que operaban en el departamento (párr. 212).

Esta percepción entre la población resultó reforzada por el tipo de crímenes que cometieron ya que, como en el caso de los Caballeros Templarios en México, el Bloque Vencedores de Arauca se caracterizó por realizar numerosos actos de violencia sexual y de género. Esto lo diferenció marcadamente de la guerrilla de las FARC-EP, que intentó prohibir y controlar los casos de violencia sexual contra los civiles (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015). En este sentido, la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz ha afirmado que “[...] se les atribuye a miembros de la estructura del BVA por su actuar durante y con ocasión de su pertenencia al GAOML, hechos cometidos contra menores de edad que fueron reclutadas, obligadas a tener o permanecer como pareja de otros miembros de la organización, maltratadas y víctimas de violencia sexual” (Orlando Villa Zapata *et al.*, sentencia, 2014, párr. 790).

Reflexión final

De las situaciones en Brasil, México y Colombia analizadas en las secciones anteriores, se puede concluir que el dominio ejercido y el (des)orden creado, depende de (i) las interrelaciones entre los objetivos y el *modus operandi* de los GAOML, (ii) la composición política y social y las expectativas de la población, y (iii) la correlación de fuerzas con otros actores armados operativos en la región (con independencia de que sean o no estatales).

En particular, los casos analizados muestran que los GAOML tienen ciertas características comunes en cuanto a la fase inicial del proceso de establecimiento del control social sobre las áreas en las que operan. Así, recurren a la violencia armada para establecer normas de comportamiento y dar muestras inequívocas de su poder en el territorio manteniendo el orden público, estableciendo mecanismos de solución de conflictos e imponiendo “penas” para quienes no cumplan con sus dictados.

Sin embargo, al mismo tiempo se observan marcadas diferencias en su forma de actuar. La primera diferencia se refiere a la administración de un mayor o menor nivel de violencia por los GAOML sobre los miembros de las comunidades durante las fases iniciales de su llegada y establecimiento. El nivel de violencia utilizado parece estar vinculado a la mayor o menor capacidad de los GAOML para consolidarse en los nuevos territorios a los que llegan, lo que a su vez se encuentra estrechamente relacionado con la existencia y fortaleza de otros GAOML que también operan en dichas áreas y se oponen a su establecimiento. Como lo muestran los Zetas y los Caballeros Templarios en México, y los grupos paramilitares colombianos que operaron en los Departamentos de Arauca y Tolima en Colombia, cuanto mayores son las dificultades de un GAOML para establecerse en una zona, la violencia utilizada contra los miembros de la comunidad allí asentada es más intensa y se prolonga más en el tiempo, lo que a su vez tiende a provocar un mayor nivel de oposición a su actividad de creación y aplicación normativa por parte de la comunidad.

La segunda diferencia se refiere al nivel de dominio sobre el territorio que ejercen los GAOML. Así, cuando existen varios grupos operativos en una misma zona disputándose su control, su capacidad para proveer ciertos servicios públicos a las comunidades que residen allí es mucho más limitada. Además, ante la incertidumbre sobre qué grupo acabará haciéndose con el control de la zona, el incentivo que tienen los GAOML para realizar inversiones en servicios públicos en favor de la comunidad (por ejemplo, la construcción de carreteras, la mejora del transporte y los centros de salud, la provisión de servicios asistenciales o el establecimiento de redes eléctricas, por poner sólo algunos ejemplos) es menor, puesto que el alto coste que suponen puede ser en vano si son finalmente desplazados de la zona.

En consecuencia, cuanto mayor es la implantación de un GAOML en un territorio y menor es el nivel de oposición por otros grupos operativos en el mismo —lo que suele además llevar a acuerdos tácitos de no intervención con la policía y el ejército, como hemos visto que sucede en las favelas de Río de Janeiro, en la región del Pacífico norte de México bajo el control del Cartel de Sinaloa, en Michoacán y Guerrero hasta la escisión de la Familia Michoacana en 2014 y la aparición de los Caballeros Templarios, y en las zonas del Magdalena Medio y el Meta y Vichada en Colombia—, mayor es la capacidad y el incentivo que tienen los GAOML para proveer servicios públicos a la comunidad que vayan más allá de sus actividades de creación y aplicación normativa y preservación de la seguridad.

Generalmente, la provisión de estos servicios a las “comunidades marginales” que no los obtienen del Estado promueve un mayor nivel de aceptación de los GAOML y de su actividad de creación y aplicación normativa. A esto se suma,

además, el debilitamiento de la oposición a los mismos desde el interior de las propias comunidades porque, al haberse convertido en el principal actor armado y contar con el consentimiento tácito de la policía y/o el ejército, quienes se han opuesto a los GAOML tienen que abandonar sus comunidades, guardar silencio o exponerse a ser amenazados y asesinados.

Referencias

- Arias, E. D., & Goldstein, D. M. (2010). "Violent Pluralism: Understanding the New Democracies of Latin America". En E. D. Arias, & D. M. Goldstein (Eds.), *Violent Democracies in Latin America* (pp. 1-34). Durham: Duke University Press.
- Arias, E. D., & Rodrigues, C. D. (2006). The Myth of Personal Security: Criminal Gangs, Dispute Resolution, and Identity in Rio de Janeiro's Favelas. *Latin American politics and society*, 48(4), 53-81.
- Arias E. D. (2017). *Criminal Entreprises and Governance in Latin America and the Caribbean*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arjona, A. M., Kasfir, N., & Mampilly, Z. (Eds.). (2017). *Rebel Governance in Civil War*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Atuesta, L. H., & Ponce, A. F. (2017). Meet the Narco: Increased Competition among Criminal Organisations and the Explosion of Violence in Mexico. *Global Crime vol 18*(4), 1-28.
- Bagent, J., & Charles, M. (2017). *Al interior de las Bacrim de Colombia: Asesinatos. Insight Crime*. Recuperado de <http://es.insightcrime.org/investigaciones/interior-bacrim-asesinatos>
- Bataillon G., & Merklen D. (2009). *L'expérience des situations limites*. Paris: Éditions Karthala.
- Bunker, R. J., & Sullivan, J. P. (2010). Cartel Evolution Revisited: Third Phase Cartel Potentials and Alternative Futures in Mexico. *Small Wars & Insurgencies*, 21(1), 30-54.
- Bunker, R. J. (Ed.). (2013). *Criminal Insurgencies in Mexico and the Americas. The Gangs and Cartels Wage War*. New York: Routledge.
- Campbell, L. J. (2010). Los Zetas: Operational Assessment. *Small Wars & Insurgencies*, 21(1), 55-80.

- Cefaï, D., & Perreau, L. (2012). *Erving Goffman et l'ordre de l'interaction*, Paris: CURAPP-ESS-CEMS-IMM.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Nuevos escenarios de conflicto armado y violencia: Nororiente y Magdalena Medio, Llanos Orientales, Suroccidente y Bogotá D.C.* Recuperado de <http://www.centrodehistoria.gov.co/micrositios/caminosParaLaMemoria/descargables/3.verdadhistorica/Nuevos%20escenarios%20de%20conflicto%20armado%20y%20violencia.%20Panorama%20posacuerdos%20con%20AUC.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). *Crímenes que no prescriben: La violencia sexual del Bloque Vencedores de Arauca.* Recuperado de <http://www.centrodehistoria.gov.co/micrositios/caminosParaLaMemoria/descargables/6.reparaciones/crimenes-que-no-prescriben.pdf>
- De Sousa Santos, B. (1977). The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda. *Law and Society*, 12(1).
- Duncan, G. (2015). *Más que plata o plomo*. Bogotá: DEBATE.
- Fundación Ideas Para la Paz. (2017). *Crimen Organizado y saboteadores armados en Tiempos de Transición*, (27).
- Gay, R. (2010). Toward Uncivil Society: Causes and Consequences of Violence in Rio de Janeiro. En E. D. Arias, & D. M. Goldstein (Eds.), *Violent Democracies in Latin America* (pp. 201-225). Duke University Press. Durham, North Carolina.
- Grayson, G. (2007). *Mexico and the Drug Cartels*. Foreign Policy Research Institute E-Note.
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional. Recuperado de <http://goo.gl/mrFNiK>
- Kantorowicz, H. (1958). *The Definition of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lair, E. (2003). Reflexiones acerca del terror en los escenarios de guerra interna. *Revista de Estudios Sociales*, 15, 88-108.
- Lea, J., & Stenson, K. (2007). Security, Sovereignty and Non-State Governance from Below. *Canadian Journal of Law and Society*, 22(2), 9-27.

- Leeds, E. (1996). Cocaine and Parallel Politics on the Brazilian Urban Periphery: Constraints on Local Level Democratization. *Latin American Research Review*, 31(3), 47-83.
- Maldonado Aranda, S. (2012). Drogas, violencia y militarización en el México rural: el caso de Michoacán. *Revista Mexicana de Sociología*, 74(1), 5-39.
- Maldonado Aranda, S. (2014). You Don't See Any Violence here but it Leads to Very Ugly Things: Forced Solidarity and Silent Violence in Michoacán, Mexico. *Dialectical Anthropology*, 38(2), 153-171.
- Morton, A. D. (2012). The War on Drugs in Mexico: a Failed State? *Third World Quarterly*, 33(9), 1631-1645.
- Pascalon, P. (2008). *Les zones grises dans le monde d'aujourd'hui*, París: Éditions L'Harmattan.
- Pizarro Leongómez, E. (2011). *Las Farc. De guerrilla campesina a máquina de guerra*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Salem, T. (2017). Diplomats or Warriors? The Failure of Rio's Pacification Project: Why Rio de Janeiro's Pacifying Police Units and efforts to reform Brazil's Military Police have failed to bring peace and security to the favelas. *NACLA Report on the Americas*, 49(3), 298-302.
- Sullivan, J. P., & Bunker, R. J. (2011). Rethinking Insurgency: Criminality, Spirituality, and Societal Warfare in the Americas. *Small Wars & Insurgencies*, 22(5), 742-763.
- Werner, M., & Zimmermann, B. (2003). Penser l'histoire croisée: entre empirie et réflexivité, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 58(1), 7-36.

Referencias Jurídicas

- Corte IDH. (2017). *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Decisión sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 16 de febrero de 2017.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y paz. (2014). *Sentencia contra Ramón María Isaza Arango y otros*. MP: Eduardo Castellanos Roso, 29 de mayo de 2014.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2015). *Sentencia contra Orlando Villa Zapata y otros*. MP: Uldi Teresa Jiménez López, 24 de febrero 2015.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2012) *Sentencia contra José Baldomero Linares y otros MP. Eduardo Castellanos Roso*, 6 de diciembre de 2012.

Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. (2016). *Sentencia contra Atanael Matajudíos Buitrago MP. Uldi Teresa Jiménez López*, 7 de diciembre de 2016.

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la VI Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda**

Catalina Fernández Carter

Grupos civiles armados en Venezuela: ¿actores de un 'aparato organizado de poder'?

Thairi Moya Sánchez

* Ensayo ganador de la VI Edición del Certamen de Ensayos Blattmann; Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal.

Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*

Crimes of Sexual Violence Committed within an Armed Group: The Case of Child Soldiers in *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda Case*

Os crimes de violência sexual cometidos ao interior de um grupo armado: o caso das crianças-soldados em *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*

Catalina Fernández Carter*

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 1 de octubre de 2017

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7158>

Para citar este artículo: Fernández Carter, C. (2018). Los crímenes de violencia sexual cometidos al interior de un grupo armado: el caso de los niños soldados en *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*. *ANIDIP*, 6, 82-109.
Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7158>

Resumen

Recientemente, la Corte Penal Internacional confirmó su jurisdicción en el caso seguido contra Bosco Ntaganda, sobre presuntos crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual cometidos contra niños soldados que pertenecían al mismo grupo armado que su agresor. En el presente artículo se examinarán críticamente las razones y justificaciones otorgadas por la Corte para establecer su jurisdicción y en particular, la interpretación realizada por la Corte respecto a la necesidad de incorporar requisitos adicionales a la descripción típica de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual bajo el marco establecido del Derecho Internacional.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Estudiante del Magíster de Derecho de la Universidad de Cambridge, Reino Unido. La autora desea agradecer a Andrea Jiménez Laurence por sus valiosos comentarios al primer borrador de este trabajo, y al jurado del certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal por sus pertinentes sugerencias y recomendaciones para el mejoramiento de este artículo.

Para estos efectos, se comenzará analizando el concepto tradicional de persona protegida en el Derecho Humanitario, para luego destacar los aspectos esenciales de la decisión de la Corte. A continuación, se examinarán las diferencias fundamentales que existen entre los apartados (a) y (c), por una parte, y (b) y (e), por otra, ambos del artículo 8.2 del Estatuto de Roma, para determinar si el Derecho Internacional Humanitario amparaba la conclusión de la Corte en relación con los crímenes cometidos al interior de grupos armados. Finalmente, se exponen algunas conclusiones y alternativas que podrían permitir a la Corte ejercer jurisdicción sobre ese tipo de crímenes, incluso si las víctimas fueran miembros adultos del mismo grupo armado.

Palabras clave: caso Ntaganda, persona protegida, crímenes de guerra, niños soldados, Estatuto de Roma.

Abstract

The International Criminal Court recently confirmed its jurisdiction in the case against Bosco Ntaganda, on alleged war crimes of rape and sexual slavery committed against child soldiers belonging to the same armed group of their aggressor. This article will critically examine the reasons and justifications provided by the Court to establish its jurisdiction, and, in particular, the interpretation made by the Court regarding the need to incorporate additional requirements to the description of war crimes of rape and sexual slavery within the established framework of international law.

For these purposes, we will begin by analyzing the traditional concept of protected person in humanitarian law, highlighting then the essential aspects of the Court's decision. Next, we will examine the fundamental differences between letters (a) and (c), on one hand, and letters (b) and (e), on the other, both of Article 8.2 of the Rome Statute, in order to determine whether the international humanitarian law confirms the conclusion of the Court in relation to crimes committed within armed groups. Finally, some conclusions and alternatives are presented, which could allow the Court to exercise jurisdiction over this type of crimes, even if the victims were adult members of the same armed group.

Keywords: Ntaganda case, protected person, war crimes, child soldiers, Rome Statute.

Resumo

A Corte Penal Internacional confirmou recentemente sua jurisdição no caso seguido contra Bosco Ntaganda, sobre presuntos crimes de guerra de estupro e escravidão sexual cometidos contra crianças-soldados que pertenciam ao mesmo

grupo armado que seu agressor. No presente artigo se examinarão criticamente os motivos e justificações outorgadas pela Corte para estabelecer sua jurisdição, e em particular, a interpretação realizada pela Corte respeito à necessidade de incorporar requisitos adicionais à descrição típica dos crimes de guerra de estupro e escravidão sexual sob o marco estabelecido do direito internacional.

Para estes efeitos, se começará analisando o conceito tradicional de pessoa protegida no direito humanitário, para depois destacar os aspetos essenciais da decisão da Corte. A continuação, se examinarão as diferenças fundamentais que existem entre os apartados (a) e (c), por uma parte, e (b) e (e), por outra, ambos os dois do artigo 8.2 do Estatuto de Roma, de maneira de determinar e o direito internacional humanitário amparava a conclusão da Corte em relação com os crimes cometidos ao interior de grupos armados. Finalmente, expõem-se algumas conclusões e alternativas que poderiam permitir à Corte exercer jurisdição sobre este tipo de crimes, inclusive se as vítimas fossem membros adultos do mesmo grupo armado.

Palavras-chave: caso Ntaganda, pessoa protegida, crimes de guerra, crianças-soldados, Estatuto de Roma.

Introducción

El 15 de junio de 2017, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional emitió su decisión de jurisdicción en el caso seguido contra Bosco Ntaganda, marcando un hito fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y la regulación de los crímenes de guerra. En particular, la Sala de Apelaciones, confirmando la decisión de la Sala de Primera Instancia VI, con fecha del 4 de enero de 2017 —y en consecuencia, rechazando la apelación presentada por la defensa de Bosco Ntaganda—, sostuvo que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional alcanza los crímenes de violación y esclavitud sexual cometidos por miembros de un grupo armado en contra de otros miembros del mismo grupo, y en particular, contra niños y niñas soldados.

Si bien las alegaciones sobre violencia sexual contra niños soldados habían surgido en otros casos bajo el conocimiento de la Corte Penal Internacional, las decisiones de las Salas de Primera Instancia VI y de Apelaciones en el caso Ntaganda corresponden a la primera oportunidad en que la Corte examina en detalle la protección de niños soldados frente a la violencia sexual cometida al interior de un grupo armado, con la única salvedad del análisis realizado por la jueza Odio Benito, en su opinión disidente en el caso contra Thomas Lubanga (Opinión disidente Odio

Benito, 2012).¹ La decisión de la Corte constituye así un desarrollo relevante en la regulación de la violencia sexual en los conflictos armados.

Como pasaremos a revisar, tanto las decisiones de primera como segunda instancia se fundaron esencialmente en las diferencias que existirían al interior del artículo 8 del Estatuto de Roma, que regula los crímenes de guerra, y en particular entre los párrafos 2.(a) y 2.(c), respecto de los párrafos 2.(b) y 2.(e) del mismo artículo. A partir del análisis de su estatuto, la Corte Penal Internacional concluyó que los crímenes de violación y esclavitud sexual contenidos en el artículo 8.2.(b)(xxii) y 8.2.(e)(vi) no incluirían dentro de sus requisitos que la víctima fuera una persona protegida bajo los Convenios de Ginebra —en el caso de los conflictos armados internacionales—, o una persona que no participara directamente en las hostilidades en los términos del artículo 3 común de los mismos Convenios de Ginebra —en el caso de los conflictos armados que no son de índole internacional—.

Mediante su decisión, la Corte amplió el concepto tradicional de persona protegida en un conflicto armado, incluyendo bajo esta categoría a niños soldados que normalmente son catalogados como combatientes y que no se encontraban claramente amparados bajo las categorías tradicionales de los Convenios de Ginebra. De esta manera, la Corte se apartó de la posición de una parte importante de la doctrina del Derecho Internacional Humanitario, que sostiene que los crímenes de guerra buscan exclusivamente penalizar las conductas cometidas entre combatientes de grupos opositores o frente a civiles, y no regular el comportamiento al interior de un grupo armado, incluso en el caso de crímenes graves como las distintas formas de violencia sexual (Cassese, 2008).

1. El estado de la cuestión en el Derecho Internacional Humanitario convencional y consuetudinario

Como se adelantaba, parte fundamental de la decisión de la Corte Penal Internacional al confirmar su jurisdicción sobre el caso estuvo guiada por el análisis de las fuentes aplicables de derecho convencional y consuetudinario, y en particular, sobre los requisitos que tendría la figura de la víctima o persona protegida en los

1 En el caso Lubanga, no obstante la evidencia presentada sobre la existencia de violencia sexual contra niños y niñas soldados, la Fiscalía no presentó cargos relacionados con dicha violencia sexual. En ese contexto, en su opinión disidente, la jueza Odio Benito sostuvo que los actos de violencia sexual contra niños y niñas soldados cometidos por miembros de su mismo grupo armado deberían incorporarse dentro del crimen de utilizar a los menores para participar activamente en las hostilidades, tipificado en el artículo 8.2.(c)(xxvi) y 8.2.(e)(vii). Dicha posición, si bien innovadora en el marco del Derecho Humanitario, no estuvo exenta de críticas. En efecto, se sostuvo que la figura de la utilización de niños soldados no era apropiada para regular las conductas de violencia sexual (Gaggioli, 2014), y que la conducta de la jueza Odio Benito sólo correspondía a una forma de activismo judicial (Jacobs, 2012).

crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, tanto en conflictos armados internacionales, como en conflictos armados sin carácter internacional.

En consecuencia, cualquier análisis debe iniciar con lo previsto en el artículo 8 del Estatuto de Roma, que dispone:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:
 - a. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: [...].
 - b. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...].
 - c. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: [...].
 - d. Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: [...]
(Estatuto de Roma, artículo 8).

Dos cuestiones pueden notarse de la mera lectura del artículo 8 del Estatuto de Roma. La primera, como es bien sabido, es que el citado artículo distingue de partida entre aquellos crímenes cometidos en conflictos armados internacionales y aquellos crímenes cometidos en conflictos armados sin carácter internacional; de hecho, no existe simetría entre los crímenes tipificados en ambas categorías de conflictos armados. La segunda, que al interior de ambas categorías, el Estatuto regula una serie de crímenes en que la víctima se encuentra bien establecida —personas protegidas por los Convenios de Ginebra, en el artículo 8.2.(a), y personas que no participan directamente en las hostilidades, en el artículo 8.2.(c)— y otros en los que la categoría de víctima no se encuentra, al menos en principio, delimitada —es el caso del artículo 8.2.(b) y 8.2.(d) en que simplemente se establece una remisión al “*marco establecido del Derecho Internacional*” —. Así, los párrafos (b) y (d)

del artículo 8.2. no indican, al menos expresamente, qué tipo de personas sería consideradas personas protegidas y por tanto posibles víctimas de los crímenes ahí enumerados, siendo necesaria una remisión al Derecho Internacional Humanitario.

A este respecto, es bien sabido que la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario es el principio de distinción entre quienes son personas protegidas y quienes no (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009; Melzer, 2009; Kinsella, 2011; Clapham & Gaeta, 2014). Delimitar dichas categorías es fundamental en materia de Derecho Internacional Humanitario, en tanto algunos actos, como el asesinato intencional, no son crímenes cuando son cometidos contra un combatiente, dado que éste constituye un blanco legítimo, pero sí cuando la víctima es una persona protegida (Werle, 2011; Cryer et al., 2016).

En efecto, la misma existencia del concepto de persona protegida en el Derecho Internacional Humanitario hace clara la intención de excluir de protección a determinados individuos. Así, si todos los individuos fueran igualmente protegidos, no se justificaría el uso de dicho lenguaje y se regularía simplemente la prohibición de ciertas conductas en contra de cualquier persona, como ocurre en el derecho doméstico.

Considerando lo anterior, cabe preguntarse si es posible construir un concepto general de persona protegida aplicable al Derecho Internacional Humanitario, que forme parte del “marco establecido del Derecho Internacional”, y que en consecuencia pueda ser aplicable a los crímenes de guerra previstos en el Estatuto de Roma, como ordenan los párrafos (b) y (d) del artículo 8.2. del mismo.

Para delimitar este concepto, es útil comenzar analizando el concepto de persona protegida bajo los Convenios de Ginebra. En el caso de los conflictos armados internacionales, son personas protegidas los soldados, enfermos y heridos (Convenios de Ginebra I y II, 1949), náufragos (Convenio de Ginebra II, 1949), prisioneros de guerra (Convenio de Ginebra III, 1949), y los civiles en poder de una parte del conflicto de las que no son nacionales (Convenio de Ginebra IV, 1949). A su vez, en los conflictos armados sin carácter internacional, según lo dispuesto en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, son personas protegidas quienes no participen directamente en las hostilidades,² incluyendo a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o a los combatientes puestos *hors de combat* (fuera de combate) por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa. A ambas categorías de protección puede agregarse el personal médico y religioso (Protocolos Adicionales I y II, 1977).

2 Cabe señalar que la versión original en inglés del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra utiliza el concepto “activa” en vez de “directa” para calificar la participación en las hostilidades.

Entonces, en términos generales, es posible referirse a las víctimas de crímenes de guerra como aquellas personas que no tomaban parte directa en las hostilidades al momento de la comisión del crimen (Werle, 2011). Ahora bien, y como es claro de las disposiciones relevantes, dicha protección no se limita exclusivamente a los civiles, sino que se extiende también a los combatientes, aunque bajo circunstancias excepcionales: cuando son prisioneros de guerra y, en general, en el caso de los combatientes puestos *hors de combat* por heridas, enfermedad, naufragio o rendición. De esta forma, la noción de no tomar parte directa en las hostilidades parece una primera aproximación adecuada al concepto de persona protegida.

Sin embargo, la utilidad de dicha categorización es limitada, en tanto existen ciertos crímenes específicos que pueden ser cometidos incluso contra combatientes que no se encuentren bajo las circunstancias excepcionales mencionadas —prisioneros de guerra u *hors de combat*—, y de hecho, estén tomando parte directa en las hostilidades, incluso al momento mismo de la comisión del crimen. Tal es el caso de algunos de los crímenes regulados en el artículo 8.2.(b) del Estatuto de Roma. En efecto, el crimen recogido en la letra (vii) del citado artículo tipifica el acto de causar la muerte o lesiones graves mientras se usa indebidamente la bandera blanca, la bandera nacional, el uniforme del enemigo u otros. Por su parte, el crimen contenido en la letra (xi) del mismo artículo, prohíbe matar a traición a personas pertenecientes a la nación o el ejército enemigo. A su vez, los crímenes recogidos en las letras (xvii), (xviii), (xix) y (xx) del referido artículo prohíben la utilización de ciertas armas. Dichas regulaciones incorporan, ya sea directa o indirectamente, la posibilidad de que la víctima sea un combatiente de otro grupo armado, que se encuentre participando directamente en las hostilidades al momento de la comisión del crimen.

Sin embargo, los crímenes mencionados, aunque excepcionales en su naturaleza, siguen protegiendo a miembros de grupos armados por crímenes cometidos por personas del grupo armado contrario. Es por ello que los autores reconocen que, en general, el Derecho Internacional Humanitario regula las conductas permitidas o prohibidas respecto de los civiles y de aquellos que se encuentran afiliados con el enemigo (Cryer et al., 2016).

Ahora bien, lo cierto es que existen algunas disposiciones excepcionales que parecieran contener una protección que abarca incluso a miembros de un grupo armado por conductas cometidas por otros miembros de su mismo grupo. Es el caso del artículo 75 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, que dispone una protección mínima para cualquier persona que esté en poder de una parte en conflicto y que no disfrute de un trato más favorable, quien deberá ser tratada “en toda circunstancia con humanidad”, prohibiéndose a su respecto

una serie de conductas.³ Ahora bien, dicha disposición es aplicable sólo a los conflictos armados de carácter internacional, según dispone el artículo 1.3 del Protocolo, en relación con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra,⁴ y en cualquier caso, no se encuentra recogida como un crimen en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Una segunda disposición excepcional, y que si encuentra reconocimiento en el texto del Estatuto de Roma, es el crimen de reclutar, alistar o utilizar niños menores de 15 años, previsto en el artículo 8.2.(b)(xxvi) y 8.2.(e)(vii) del Estatuto de Roma. Como es obvio, dicho crimen, y especialmente la modalidad de “*usar*” niños soldados, supone que el autor y la víctima son parte del mismo grupo armado (Cryer et al., 2016).

Para algunos, dichas excepciones calificadas no alteran la regla general, que es que los crímenes cometidos por combatientes de una parte contra miembros de sus propias fuerzas armadas no constituyen crímenes de guerra (Cassese, 2008; Focarelli, 2012).⁵ Lo anterior, como es evidente, no supone minimizar la gravedad de los crímenes cometidos al interior de un grupo armado, sino exclusivamente remitirlos a la jurisdicción de los tribunales domésticos.

Además de lo que ya ha sido señalado sobre las categorías de personas protegidas que encuentran reconocimiento en el Derecho Internacional Humanitario, es importante considerar igualmente las variaciones que el mismo ha tenido a lo largo del tiempo. Así, en un comienzo, y no obstante la protección genérica contenida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, los autores sostenían que las infracciones al Derecho Humanitario ocurridas en conflictos sin carácter internacional no podían considerarse crímenes de guerra (Cryer et al., 2016; Moir, 2004; Plattner, 1990), noción que se mantuvo a lo menos hasta 1994, cuando el Consejo de Seguridad incluyó en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda la posibilidad de castigar penalmente las infracciones al artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. De tal manera, bajo el sistema antiguo, las infracciones al

3 Por ejemplo, el referido artículo prohíbe el homicidio, la tortura de cualquier clase, las penas corporales, las mutilaciones, los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada, la toma de rehenes, las penas colectivas y las amenazas de realizar dichos actos.

4 Ver artículo 1.3 del Protocolo Adicional I en relación con artículo 2 común a los Convenios de Ginebra.

5 Para estos efectos, los autores suelen hacer referencia a dos casos decididos tras la Segunda Guerra Mundial: Pilz y Motosuke. Como explica Cassese, el caso Pilz analizó la conducta de un médico alemán que servía en el ejército y que ordenó matar a un soldado del mismo ejército (aunque de nacionalidad holandesa) que había intentado escapar. En 1948, la Corte Especial de Casación de los Países Bajos señaló que dicho asesinato no constituía un crimen de guerra, sino un crimen bajo la jurisdicción de Alemania. Por su parte, el caso Motosuke fue decidido por una Corte Marcial Temporal de las Indias Orientales de los Países Bajos, que determinó que el asesinato ordenado por un oficial japonés contra un individuo que servía en el ejército japonés tampoco constituía un crimen de guerra.

Derecho Humanitario en conflictos armados sin carácter internacional no eran punibles como crímenes de guerra, limitando así la protección de las víctimas de dichos actos.

Por su parte, y en particular sobre la categoría de personas protegidas, es necesario considerar también la evolución que ha tenido la protección de los civiles a partir del texto de los Convenios de Ginebra. Por ejemplo, el artículo 4 del Convenio de Ginebra IV protege a los civiles que “en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas” (Convenio de Ginebra IV, 1949, [en línea]). El concepto de “*súbditas*” es traducido del original en inglés “*nationals*”, por lo que una interpretación estrictamente textual llevaría a la conclusión que las personas protegidas son sólo aquellas en poder de una parte de una nacionalidad distinta a la suya. Sin embargo, interpretando dicha disposición, los tribunales penales internacionales han sostenido que la nacionalidad de la víctima no es lo relevante, apartándose del tenor literal de los convenios, sino que debe analizarse la lealtad de la misma frente a uno u otro grupo armado. Aquella conclusión, reconocida por primera vez por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TIPY, *Prosecutor vs. Tadic*, 1999), ha continuado siendo aplicada en casos posteriores.

La evolución recién destacada es relevante pues podría tener efectos expansivos en el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Humanitario. En efecto, compartiendo dicho razonamiento, podría argumentarse que el concepto de lealtad debería ser aplicable en términos generales para la categorización de un individuo como persona protegida, y en consecuencia, que ciertos individuos que son forzados a participar en grupos armados o que siendo menores no tienen reconocida bajo el Derecho Internacional la facultad de consentir voluntariamente su incorporación a dicho grupo armado (*The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, 2012), no cumplen con el requisito de la lealtad que permitiría adscribirlos a cierto grupo armado. Por tanto, dichos individuos podrían beneficiarse de la protección de la población civil (Sivakumaran, 2012).

Una aproximación semejante, aunque sin referencia expresa al concepto de lealtad, fue adoptada por la Sala de Asuntos Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos contra Ntaganda. En tal oportunidad, la referida Sala sostuvo que la mera pertenencia de un niño menor de 15 años a un grupo armado no puede ser considerada una prueba determinante de participación activa o directa en las hostilidades, considerando que su presencia en el grupo armado constituye un crimen bajo el Derecho Internacional, y que establecer que un niño menor de 15 años pierde la protección del Derecho Internacional Humanitario solo por unirse a un grupo armado

contradeciría el fundamento mismo de la protección que se otorga a esos niños (The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, 2014). En ese contexto, el argumento de la lealtad frente al grupo podría cobrar relevancia.

Adicionalmente, en el mismo caso Ntaganda, la Sala de Primera Instancia VI sostuvo que existiría un deber de no reconocer situaciones creadas por graves violaciones al Derecho Internacional y que, en consecuencia, no sería admisible que mediante la incorporación de niños menores a 15 años en un grupo armado, cuestión indubitablemente constitutiva de un crimen internacional, la protección de dichos menores cesara (The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, 2017a). Lo anterior también es reconocido por la doctrina (Rodenhäuser, 2016).

2. Aspectos fundamentales de la decisión de la Sala de Primera Instancia VI y la confirmación de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en el caso Ntaganda

Como se adelantaba, tanto las decisiones de la Sala de Primera Instancia VI como de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional se fundaron esencialmente en la inexistencia de requisitos, de carácter estatutario o convencional, que exigieran que las víctimas de los crímenes de violación o esclavitud sexual tipificados en el artículo 8.2.(b)(xxii) y 8.2.(e)(vi) fueran personas protegidas bajo las Convenciones de Ginebra o personas que no participaran directamente en las hostilidades.⁶ Por lo anterior, tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones pudieron confirmar la jurisdicción de la Corte sobre los crímenes imputados a Ntaganda sin necesidad de determinar si los niños y niñas soldados que presuntamente habían sido víctimas podían considerarse combatientes del mismo grupo armado de su agresor en el momento relevante.

En particular, la Sala de Primera Instancia VI (The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, 2017a) puso énfasis en la diferencia que existe entre los dos párrafos del Estatuto de Roma que regulan los crímenes de competencia de la Corte en caso de conflictos armados sin carácter internacional, como era el caso bajo análisis: el artículo 8.2.(c),

6 Cabe señalar que la Corte decidió analizar el crimen tanto respecto de conflictos armados internacionales (artículo 8.2.(b)(xxii)) como de conflictos armados sin carácter internacional (artículo 8.2.(e)(vi)). Sin embargo, las Partes pusieron mayor énfasis al crimen en conflictos armados sin carácter internacional, por corresponder éste al tipo de conflicto armado ocurrido en la República Democrática del Congo y, en consecuencia, del cual se reclamaba la responsabilidad del acusado Bosco Ntaganda. Es por ello que la argumentación que se expone en este trabajo se vincula más con los conflictos armados sin carácter internacional que con los conflictos armados internacionales, al analizarse la discusión desarrollada en el procedimiento.

que regula las violaciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y el artículo 8.2.(e) que regula otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional.

En el primer caso, la Sala destacó que el Estatuto expresamente establece en el *chapeau* del artículo 8.2.(c) ciertos requisitos para otorgar jurisdicción a la Corte, en particular, que las víctimas deben ser personas que no participen directamente en las hostilidades, categoría en la que se incluye a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o hayan sido puestos *hors de combat*, (los denominados “*Requisitos Estatutarios*”). La Sala sostuvo que dichos requisitos no podían extrapolarse también a los crímenes regulados en el artículo 8.2.(e), en tanto ello alteraría la estructura del artículo 8, sin permitir distinguir los crímenes de los apartados 8.2.(c) y 8.2.(e). Así mismo, la Sala sostuvo que dicha interpretación traería como consecuencia que la referencia contenida en el encabezado del artículo 8.2.(e), que dispone que se tipifican “*otras*” violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados, distintas de las reguladas en el apartado 8.2.(c), no tuviera efecto alguno.⁷

Tras descartar la aplicabilidad de los Requisitos Estatutarios, la Sala de Primera Instancia pasó a analizar el sentido de la referencia contenida en el *chapeau* del artículo 8.2.(e), que dispone que los crímenes ahí recogidos deben ser cometidos “dentro del marco establecido de Derecho Internacional”, a fin de determinar si dicha referencia imponía algún requisito adicional para su punibilidad. Al respecto, la Sala hizo referencia a una serie de antecedentes normativos y jurisprudenciales sobre la prohibición de la violación y otras formas de violencia sexual bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, de manera tal que concluyó que el Derecho Internacional no admite jamás una justificación para la violencia sexual contra ninguna persona, sin perjuicio de si ella puede o no ser blanco legítimo bajo el Derecho Internacional Humanitario, o en particular si pertenece al mismo grupo armado del agresor.

En virtud de lo anterior, la Sala sostuvo que, para distinguir una violación constitutiva de un crimen de guerra de otro crimen internacional o doméstico, basta que se cumpla con el requisito del nexo del crimen con los elementos contextuales de los crímenes de guerra, esto es, que la conducta tuviera lugar en el contexto de o estuviera asociada con un conflicto armado sin carácter internacional.

7 La Sala también analizó la referencia contenida en el artículo 8.2.(e)(vi) que dispone que los crímenes de violencia sexual deben constituir “*también una violación grave del artículo 3 común*”. Al respecto, la Corte sostuvo que esa referencia buscaba calificar los crímenes no enumerados en el referido artículo (bajo el tipo “*otra forma de violencia sexual*”), con el objetivo de establecer un estándar mínimo de gravedad respecto de éstos, y no así de imponer un requisito adicional a los crímenes que sí se encuentran enumerados (Ver *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2017a, párrafos 41 y 42).

Finalmente, la Sala señaló que, dado que la protección contra la violencia sexual no se limitaba a civiles o miembros de grupos armados opositores, no era necesario determinar si los niños y niñas soldados que presuntamente habían sido víctimas de violencia sexual eran miembros del grupo armado y que, en cualquier caso, existiría un deber de no reconocer situaciones generadas por graves violaciones del Derecho Internacional.

La Sala de Apelaciones adoptó un razonamiento similar al de la Sala de Primera Instancia VI, aunque con algunos matices diferenciadores (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b). En efecto, dicha Sala comenzó señalando que, en la interpretación del artículo 8.2. del Estatuto, debía dársele poca importancia a una posible superposición entre los párrafos (a) y (b), por una parte, y (c) y (e), por otra, descartando así uno de los argumentos que había sido considerado por la Sala de Primera Instancia. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala de Apelaciones confirmó el entendimiento de la Sala de Primera Instancia de que no existía justificación para aplicar los Requisitos Estatutarios contenidos en el artículo 8.2.(c) a los crímenes previstos en el artículo 8.2.(e) del Estatuto de Roma, al no existir una disposición semejante en el *chapeau* de este último artículo.

Luego, al igual que la Sala de Primera Instancia, la Sala de Apelaciones pasó a analizar el sentido de la expresión “dentro del marco establecido de Derecho Internacional” contenida en el encabezado del artículo 8.2.(e). La Sala sostuvo que dicha referencia permitiría que la Corte invoque y aplique el Derecho Internacional Consuetudinario y Convencional para interpretar el artículo 8, incluso en ausencia de una laguna. Así, la Corte sostuvo que si el Derecho Convencional o Consuetudinario incorporaba un elemento adicional para otorgarle jurisdicción sobre un crimen, aun cuando este no estuviese contenido en el Estatuto de Roma, la Corte debería aplicarlo para asegurar la consistencia de dicho artículo con el Derecho Internacional Humanitario.

Por lo mismo, la Sala pasó a analizar si el Derecho Internacional Humanitario impondría requisitos adicionales para los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual contenidos en el Estatuto de Roma, en particular referencia a la categorización de la persona protegida. Al respecto, la Corte sostuvo que el Derecho Internacional Humanitario busca proteger a personas vulnerables durante los conflictos armados, asegurando determinadas garantías a personas que no participan directamente en las hostilidades. En particular, la Sala hizo referencia a los Convenios de Ginebra I y II que protegen a los enfermos, heridos y náufragos en toda circunstancia, sin limitarse a los enemigos, sino incluyendo también a los enfermos, heridos y náufragos de la propia parte.

A su vez, respecto del derecho aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, señaló que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra establecería una protección que no se encuentra limitada por la afiliación de una persona, sino que solamente requiere que no se participara directamente en las hostilidades.

A partir de ello, la Sala de Apelaciones sostuvo que el Derecho Internacional Humanitario no contiene una regla general que excluya a los miembros de un grupo armado de protección por crímenes cometidos por miembros del mismo grupo armado. Luego, en particular sobre los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual, la Corte consideró que su prohibición se encontraría bien establecida en el Derecho Internacional Humanitario, y que nunca existiría una justificación para incurrir en violencia sexual. En virtud de ello, y en ausencia de una regla que excluya a miembros de fuerzas armadas de la protección respecto de agresiones cometidas por miembros de su mismo grupo armado, la Sala de Apelaciones sostuvo que no habría razón para asumir la existencia de dicha regla específicamente para los crímenes de violación y esclavitud sexual.

Finalmente, la Sala de Apelaciones, en el mismo sentido que la Sala de Primera Instancia, sostuvo que lo crucial para la configuración de un crimen de guerra es que exista un nexo entre el acto y el conflicto armado, señalando que la aplicación rigurosa de dicho requisito podría prevenir una expansión impropia del derecho de los crímenes de guerra.

3. ¿Interpretó correctamente la Corte Penal Internacional el requisito “dentro del marco establecido de Derecho Internacional” al momento de analizar los elementos de los crímenes de guerra de violencia sexual?

Como fue explicado, tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional concluyeron que la interpretación literal del Estatuto de Roma permitía descartar la remisión de los Requisitos Estatutarios del artículo 8.2.(c) a los crímenes del artículo 8.2.(e).

Dicha interpretación parece adecuada, aunque por consideraciones algo diversas a las invocadas por la Corte, y en particular por la Sala de Primera Instancia. En efecto, y más allá de lo señalado por la Sala de Apelaciones sobre la poca importancia que debe dársele a una posible superposición entre disposiciones del Estatuto de Roma al momento de interpretarlo, lo cierto es que tal superposición no es tan evidente

como podría insinuarse. En efecto, las cuatro conductas tipificadas como delito bajo el artículo 8.2.(c) son significativamente más amplias, y en consecuencia no son inmediatamente homologables a las hipótesis contenidas en el artículo 8.2.(e).

El mismo caso de la violación y esclavitud sexual podría, al menos en abstracto, quedar incorporado como un atentado a la integridad corporal o como un trato cruel o tortura, hipótesis contenidas bajo el artículo 8.2.(c)(i). También podría argumentarse su incorporación como un atentado contra la dignidad personal, recogido en el artículo 8.2.(c)(ii). Sin embargo, otros delitos recogidos en el artículo 8.2.(e) son de más difícil subsunción bajo el artículo 8.2.(c), negando la supuesta superposición señalada por la Corte. Es el caso, por ejemplo, del crimen de dirigir ataques intencionalmente contra población civil contenido bajo el artículo 8.2.(e)(i), el crimen de dirigir ataques contra determinados bienes protegidos, dispuesto en el artículo 8.2.(e)(ii), (iii) o (iv) y el crimen de saqueo, entre otros. En consecuencia, el argumento de la superposición no parece muy convincente para efectos de interpretación del Estatuto, pues pareciera que tal superposición no sería tan extendida.

Sin perjuicio de ello, hay dos argumentos adicionales que sí permiten concluir razonablemente que el artículo 8.2.(e) no incluye los Requisitos Estatutarios previstos para el artículo 8.2.(c), conclusión que también es aplicable para conflictos armados de carácter internacional y en consecuencia a los artículos 8.2.(b) y 8.2.(a). El primero, que también fue mencionado por la Sala de Primera Instancia, es la referencia a la expresión “*otras violaciones*” en el *chapeau* de los artículos 8.2.(b) y (e), que manifiesta la intención del redactor de regular una conducta distinta a la de los artículos 8.2.(a) y 8.2.(c), respectivamente.

En efecto, como ya fue anticipado, y dado que hay ciertos delitos como la violación, contenido en el artículo 8.2.(e)(vi), que podrían también verse recogidos bajo las hipótesis contenidas en el artículo 8.2.(c), de considerarse que dicho delito requiere el cumplimiento de los mismos Requisitos Estatutarios del artículo 8.2.(c), resulta que el crimen en cuestión no correspondería a “*otra*” violación del Derecho Internacional Humanitario, sino a la misma violación ya regulada en el párrafo anterior. El argumento, en cualquier caso, tiene una utilidad limitada, pues sólo aplica respecto de los delitos en que sí existiría la superposición.

Una mejor alternativa es considerar que los Requisitos Estatutarios, de ser aplicados a los artículos 8.2.(b) y 8.2.(e), no permitirían una lectura razonable de los mismos en tanto contienen una serie de disposiciones que expresamente tipifican como crímenes conductas dirigidas contra combatientes que todavía participan directamente en las hostilidades. El caso no es solamente el de la utilización de niños

soldados, citado abundantemente en el caso Ntaganda (artículo 8.2.(b)(xxvi) y (e) (vi)), sino también los crímenes de matar o herir a traición a un combatiente enemigo (artículo 8.2.(b)(xi) y (e)(ix)), declarar que no se dará cuartel (artículo 8.2.(b) (xii) y (e)(x)), o el crimen de destruir o confiscar bienes del enemigo sin que exista necesidad militar (artículo 8.2.(b)(xiii) y (e)(xii)).

A partir de ello, puede concluirse que los artículos 8.2.(b) y (e) no exigen, al menos como regla general, que los crímenes ahí mencionados sean cometidos contra personas protegidas por los Convenios de Ginebra, sea en términos generales respecto de conflictos armados internacionales o respecto del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en el caso de los conflictos armados sin carácter internacional. En efecto, es evidente que los artículos 8.2.(b) y (e) no protegen exclusivamente a civiles y miembros de las fuerzas armadas enfermos, heridos, náufragos o, en general, quienes hayan quedado *hors de combat*, sino también a combatientes (Schabas, 2010).

Tras ello, al igual que lo hicieron las Salas de Primera Instancia y Apelaciones de la Corte Penal Internacional, corresponde analizar el alcance de la expresión “dentro del marco establecido de Derecho Internacional”, contenido en el encabezado del artículo 8.2.(e). Ello, pues de la conclusión previa sobre la exclusión de Requisitos Estatutarios para los crímenes del artículo 8.2.(b) y (e), al menos en términos generales, plantea que no debe seguirse que no puedan extraerse, a partir del marco establecido del Derecho Internacional, otros requisitos aplicables a dichos crímenes.

Pues bien, para interpretar dicha expresión, es necesario señalar, en primer lugar, que esta no es exclusiva de los crímenes previstos en el artículo 8.2.(e) del Estatuto de Roma. En efecto, además de la remisión idéntica contenida en el artículo 8.2.(b) para los crímenes cometidos en conflictos armados internacionales, una regla equivalente se encuentra en la introducción de los Elementos de los Crímenes referidos a los crímenes de guerra, donde se sostiene que “[l]os elementos de los crímenes de guerra de que trata el párrafo 2 del artículo 8 del Estatuto serán interpretados en el marco establecido del Derecho Internacional de los conflictos armados con inclusión, según proceda, del Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados en el mar” (Elementos de los Crímenes, 2010, [en línea]).

Por otra parte, el artículo 21.1.(b) del Estatuto de Roma, con una redacción diversa, también contiene una remisión a los “principios y normas del Derecho Internacional aplicables, incluidos los principios establecidos en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados”, como una fuente aplicable por la misma Corte Penal Internacional.

De esta manera, el sistema de fuentes aplicables por la Corte Penal Internacional otorga una importancia significativa al Derecho Internacional Humanitario, sea de fuente consuetudinaria o convencional. Lo anterior, entonces, no es algo exclusivo de los crímenes previstos en el artículo 8.2.(b) o (e).

Teniendo aquello en consideración, pareciera que la referencia contenida en estas últimas disposiciones, leída conjuntamente con la lista de crímenes enumerados, tiene por objeto constatar que éstos son una cristalización del Derecho Internacional Consuetudinario vigente a la época de celebración del Estatuto de Roma (Groover, 2014). Dicho carácter declarativo, sin embargo, no excluye la posibilidad de que los jueces puedan revisar el carácter consuetudinario de determinadas disposiciones, atendiendo a las circunstancias del caso, y así determinen si existen otras reglas relevantes del Derecho Internacional Humanitario que sean aplicables al caso concreto (Groover, 2014). Parte de ese ejercicio es reconocido por la Sala de Apelaciones al momento que analiza si el Derecho Internacional Humanitario establece algún requisito adicional para la punibilidad de los crímenes de guerra de violación y violencia sexual. Como señala correctamente la Sala de Apelaciones, dicho examen no puede considerarse violatorio del principio de legalidad, sino, por el contrario, es garantista de los derechos del acusado, en la medida en que pone restricciones adicionales a la punibilidad (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b).

Sin embargo, es a partir de este momento que el análisis efectuado por la Sala de Apelaciones resulta cuestionable. En efecto, como fue expuesto, la Sala de Apelaciones hizo referencia a una serie de documentos, incluyendo los Convenios de Ginebra I y II, que regularían una protección genérica para miembros de ambos bandos que se encuentren enfermos, heridos o náufragos. Así, la Sala sostuvo que dicha protección sería exigible tanto al grupo armado enemigo como aquel al que estos pertenecen. De igual manera, la Corte señaló que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra también contendría una protección genérica que no se fundaría en la afiliación de una determinada persona a un determinado grupo armado.

Ello merece tres comentarios. El primero es que si bien los Convenios de Ginebra I y II reconocen una obligación de protección para ambos bandos, lo cierto es que dicha protección solo se garantiza en las circunstancias previstas en dichos Convenios, esto es, que la persona protegida esté enferma, herida o náufraga. Extraer de ello una conclusión general sobre la protección de los miembros de ambos bandos de un conflicto armado parece excesivo y contrario a los intereses y voluntad de los Estados Parte de los Convenios de Ginebra.

En segundo lugar, la interpretación del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como una disposición que regularía protecciones al interior de un grupo

armado también parece inadecuada, especialmente a la luz de la interpretación del término *hors de combat* en el derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, en un estudio de reglas de Derecho Humanitario encargado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, se incluyó bajo la Regla 47 que una persona *hors de combat* corresponde a: “(a) cualquier persona que está en el poder de una parte adversa; (b) cualquier persona que esté indefensa debido a inconsciencia, naufragio, heridas o enfermedad; o (c) cualquier persona que manifieste claramente su intención de rendirse”⁸ (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 164). A continuación, y respecto de las tres hipótesis, la Regla 47 señala que dicha protección se otorga “siempre que él o ella se abstenga de cualquier acto hostil y no intente escapar”⁹ (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 164). Entonces, como es evidente, la figura de *hors de combat* supone la situación de un miembro de un grupo armado que ya no se encuentra bajo el control de su propio grupo armado, sino del rival, situación que es aplicable incluso respecto de la hipótesis de la letra (b).¹⁰

Adicionalmente y en cualquier caso, las referencias convencionales y consuetudinarias invocadas por la Corte para fundar su jurisdicción tienen un elemento común y es la exigencia de la no participación directa en las hostilidades, una circunstancia que por lo demás es reconocida por la misma Corte. Por tanto, su utilidad es bastante limitada, en tanto excluiría la protección de niños soldados que ejercen una función continua de combate y, en consecuencia, no puede decirse que no tomen parte en las hostilidades.

En virtud de lo anterior, pareciera que las referencias realizadas por la Sala de Apelaciones a las reglas aplicables de los Convenios de Ginebra eran de poca utilidad para la determinación de la punibilidad de la conducta de violación y otras formas de violencia sexual contra niños soldados cometidas por miembros de su mismo grupo armado, en tanto las reglas citadas consideran una protección muy restringida a combatientes, que se limita a ciertas circunstancias previstas en los Convenios, todas las cuales presuponen la no participación directa en las hostilidades o que presuponen la captura por parte del grupo enemigo.

8 Traducción libre, versión original en inglés: “(a) anyone who is in the power of an adverse party; (b) anyone who is defenceless because of unconsciousness, shipwreck, wounds or sickness; or (c) anyone who clearly expresses an intention to surrender”.

9 Traducción libre, versión original en inglés: “provided he or she abstains from any hostile act and does not attempt to escape”.

10 En efecto, si bien en la letra (b) no se señala expresamente que dicha persona indefensa deba estar en poder del enemigo, la limitación contenida al final de la Regla 47 sobre que la persona se abstenga de cualquier acto hostil y no intente escapar es aplicable a las tres hipótesis, y en consecuencia, supone que la parte herida no se encuentra bajo el control de su propio grupo armado (así se explica el uso de la expresión “escapar”).

Ante ello, no siendo suficientes las reglas de Derecho Internacional Convencional, era esperable que la Sala de Apelaciones acudiera al Derecho Internacional Consuetudinario sobre la materia, analizando la práctica de los Estados sobre este punto. Aquí, nuevamente cabe criticar el análisis realizado por la Corte.

En efecto, la Sala de Apelaciones reconoció no estar consciente de ningún caso en que el régimen de las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a conflictos armados hubiese sido aplicado a situaciones en que las víctimas pertenecieran al mismo grupo armado que los autores (*The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, 2017b); sin embargo, la Corte consideró que dicha circunstancia no era suficiente para descartar la punibilidad de dichas conductas.

Lo cierto es que la falta de existencia de casos en que se castigaran los crímenes cometidos al interior de un grupo armado como crímenes de guerra no debía ser mirado ligeramente, especialmente considerando la enorme cantidad de evidencia que existe sobre la ocurrencia de dichas conductas en conflictos armados a lo largo del mundo (Associated Press, 2005; Brush, 2010; Marsh, 2011; Raidió Teilifís Éireann, 2010; Sengupta & Stewart, 2011).

En ese sentido, resulta reprochable la poca importancia que prestó la Corte a los dos casos nacionales invocados y que analizaban precisamente la posibilidad de considerar que los crímenes cometidos al interior de grupos armados podían ser categorizados como crímenes de guerra.¹¹ De hecho, la Corte prestó poca atención al hecho de que, en ambos casos, los tribunales se hubieran decidido por la conclusión inversa a la sostenida por la Corte, esto es, que ellos no constituían crímenes de guerra.

De igual manera, tampoco parece justificado que la Corte desestimara la referencia al caso *Sesay*, decidido por el Tribunal Especial para Sierra Leona, donde también se excluyó expresamente que el Derecho Internacional Humanitario pudiera criminalizar actos de violencia al interior de un grupo armado (*The Prosecutor vs. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao*, 2009). Si bien es efectivo que el párrafo específico donde la Corte descartó la punibilidad de dichas conductas en el marco del Derecho Internacional se refirió exclusivamente a los conflictos armados de carácter internacional, una lectura completa de la sentencia permite determinar que dicha afirmación corresponde más bien a un error de referencia y, en consecuencia, no debe interpretarse como una decisión de la Corte de limitar dicha regulación exclusivamente a un tipo particular de conflicto armado. Por el contrario, del examen de la decisión puede concluirse que el Tribunal Especial para

11 Casos Pilz y Motosuke. Para más detalle de los casos ver nota al pie N°5.

Sierra Leona excluyó la existencia de crímenes de guerra al interior de un mismo grupo armado para conflictos sin carácter internacional, o en la alternativa, para ambos tipos de conflictos.¹²

En cualquier caso, incluso si fuera correcto que dicho caso se refería exclusivamente a los crímenes cometidos en conflictos armados de carácter internacional, lo anterior nuevamente no supone excluir a los conflictos armados sin carácter internacional. De hecho, es bien sabido que el Derecho Internacional Humanitario siempre ha reconocido una protección más amplia en el marco de los conflictos armados internacionales.¹³ En consecuencia, de considerarse que los crímenes cometidos al interior de un grupo armado no son crímenes de guerra en el marco de conflictos armados internacionales, debería concluirse que menos aún lo serían en conflictos sin carácter internacional.

Además de lo anterior, la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional intentó también privar de relevancia a la decisión del caso Sesay, señalando que esta se fundaría exclusivamente en un análisis del Convenio de Ginebra III y la protección de los prisioneros de guerra. Nada en la decisión del caso Sesay permite llegar razonablemente a dicha conclusión. De hecho, el Tribunal Especial para Sierra Leona realiza un análisis general sobre la protección de personas *hors de combat*, y la relación de los combatientes con sus adversarios, y en cualquier caso, hizo referencia no solo al Convenio de Ginebra III sino también al Convenio de Ginebra IV.

Por lo mismo, no parece correcto el rechazo de la Corte a las conclusiones alcanzadas en los únicos casos en que se analizaba la posible comisión de crímenes de guerra al interior de grupos armados.

Lo mismo puede decirse de la decisión de la Sala de Apelaciones de sostener que, en ausencia de cualquier regla general excluyendo a miembros de los grupos armados de protección contra crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, no habría base para asumir la existencia de dicha regla en el caso concreto (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2017b). En efecto, dicha determinación resulta

12 En efecto, en el párrafo 977 de la misma decisión, la Sala consideró que el conflicto armado en análisis era de aquellos sin carácter internacional. Si se considera entonces que el Tribunal sostuvo que el asesinato del miembro de un grupo en el contexto de este conflicto armado no era un crimen de guerra, es posible concluir que el Tribunal consideró que la no verificación de los elementos de los crímenes de guerra para este tipo de delito era también aplicable para conflictos armados sin carácter internacional, como precisamente era el conflicto armado que se encontraba analizando.

13 Históricamente los conflictos armados sin carácter internacional eran considerados un asunto dentro de la soberanía de cada país, sin requerir intervención del Derecho Internacional. Así se explica que exista una protección más amplia y acabada para los conflictos armados internacionales, consagrada en los cuatro Convenios de Ginebra, y una protección más limitada en conflictos armados sin carácter internacional, reconocida solamente en el artículo 3 común de los referidos convenios. La existencia de la misma distinción ha sido objeto de innumerables críticas entre los autores (Stewart, 2003; Crawford, 2007; Bartels, 2009).

abiertamente cuestionable en atención a la evidencia contenida en el Derecho Internacional consuetudinario sobre la protección limitada de combatientes –y aún más limitada de combatientes del mismo grupo armado del agresor–.

La decisión de la Corte resulta además violatoria del principio de legalidad (*nullum crime sine lege*) contenido en el artículo 22 del Estatuto de Roma. En efecto, como se encuentra reconocido en el párrafo 2 del mismo artículo, la definición de crímenes debe ser interpretada estrictamente, sin admitirse la analogía. En dicho escenario, considerando que el artículo 8.2.(b) y (e) remite a las reglas generales del Derecho Internacional Humanitario, y que a su vez el mismo derecho consuetudinario no contiene reglas que permitan confirmar la punibilidad como crímenes de guerra de los delitos cometidos entre miembros del mismo grupo armado, la Corte debió haber tomado la aproximación contraria, esto es, determinar que a falta de una regla que expresamente incluyera a los miembros de fuerzas armadas como personas protegidas contra crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, la Corte carecía de jurisdicción para conocer dichos crímenes.

4. Algunas conclusiones y alternativas de solución

Como se ha expuesto, la decisión de la Corte Penal Internacional de confirmar su jurisdicción sobre los crímenes de violación y esclavitud sexual cometidos contra miembros del mismo grupo armado contiene una serie de inconsistencias con el marco establecido del Derecho Internacional Humanitario. En particular, la decisión de la Corte no es consistente con el Derecho Internacional Humanitario invocado por ella misma, pues establece una protección sumamente limitada para miembros de grupos armados, y más aún respecto de crímenes cometidos por otros miembros de su mismo grupo; de igual manera, la decisión de la Corte de confirmar su jurisdicción por el solo hecho de no poder identificar una regla que la negare resulta violatoria del principio de legalidad.

La conclusión expuesta no significa que la violación, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual contra niños soldados no sean crímenes de relevancia o que estos deban quedar impunes. Por el contrario, el hecho de que estas conductas no se encuentren incorporadas como crímenes de guerra en el caso particular del Estatuto de Roma no descarta que estas puedan constituir crímenes bajo el derecho doméstico o incluso crímenes de lesa humanidad, en determinados escenarios (Grey, 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse si existen otras alternativas posibles que permitan a la Corte concluir fundadamente su jurisdicción frente a este tipo de crímenes en el futuro, incluso categorizados como crímenes de guerra.

Tres alternativas parecen dignas de ser exploradas. La primera, de efecto más limitado al interior del Derecho Internacional Humanitario, sería considerar que los niños soldados no son propiamente miembros de un grupo armado, y en consecuencia, que los crímenes cometidos contra ellos son crímenes cometidos contra población civil. En ese escenario, el hecho de que los crímenes fueran cometidos por el grupo armado contrario o por el propio grupo armado que los reclutó sería irrelevante, en tanto los niños gozarían de la protección general de la población civil y sólo perderían su protección en el periodo limitado en que participan directamente en las hostilidades.¹⁴

Las referencias realizadas por la Sala de Primera Instancia VI de la Corte a un supuesto deber de no reconocer situaciones generadas por graves violaciones del Derecho Internacional podría validar dicha conclusión. Lo mismo podría concluirse de un análisis amplio del concepto de lealtad, tratado por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, a fin de determinar que los menores de 15 años no tienen realmente lealtad con el grupo que los reclutó o alistó, y en consecuencia, que no pueden ser considerados realmente combatientes de dicho grupo.

Sin embargo, dicha interpretación parece tener un alcance muy limitado. En efecto, como ha sido reconocido por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009), para efectos de determinar la membresía a un grupo armado, lo crucial es determinar la existencia de una función continua de combate. Y lo anterior es relevante, según reconoce la misma Cruz Roja, pues en el caso de grupos armados que no corresponden a las fuerzas armadas del Estado, es común que los mecanismos de afiliación incluyan, por ejemplo, reclutamiento involuntario de sus miembros. Así, pareciera que la lealtad no corresponde a un criterio relevante para determinar la membresía de una persona a un determinado grupo armado, al menos en el estado de cosas actual del Derecho Humanitario.

En efecto, el Derecho Humanitario distingue entre aquellos que son efectivamente miembros del grupo armado, al ejercer una función continua de combate,¹⁵

14 Según es reconocido en los estudios elaborados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009), la población civil pierde protección contra ataques directos por la duración de cada acto que constituya una participación directa en las hostilidades. Sobre este último punto, el mismo Comité Internacional de la Cruz Roja define participación directa en las hostilidades como un acto que cumple con cuatro requisitos cumulativos: (i) debe ser apto para afectar adversamente las operaciones o capacidad militar de la otra parte, o alternatively, significar muerte, herida o destrucción de personas u objetos protegidos contra el ataque; (ii) debe haber una relación causal entre el acto y el daño que se causaría por ese acto o por una operación militar coordinada de la que ese acto forma parte, y (iii) el acto debe estar específicamente diseñado para causar el daño en apoyo de una parte del conflicto y en perjuicio de la otra.

15 El Comité Internacional de la Cruz Roja (Melzer, 2009) ha definido la función continua de combate como aquella que requiere una duradera integración en un grupo armado que actúa como la fuerza armada de una parte no estatal en un conflicto armado. Así mismo, ha señalado que los individuos cuya función incluye la preparación, ejecución o comando de actos u operaciones que corresponden a participación

de aquellos que son civiles y sólo participan esporádicamente en las hostilidades. Son solo los segundos quienes recuperarán la protección en el preciso momento que dejen de participar directamente en las hostilidades.¹⁶ Y como vemos, el hecho de que hayan sido reclutados voluntariamente o no, no cobra relevancia para determinar su pertenencia en uno u otro grupo.

De conformidad con lo anterior, serían civiles aquellas personas que, si bien acompañan al grupo armado, no desarrollan una función que involucre una participación directa en las hostilidades. En efecto, dichas personas conservarán su status y protección en tanto población civil. En esta categoría podrían incluirse aquellos niños, hombres y mujeres, que acompañan al grupo armado pero que son utilizados casi exclusivamente para labores de parejas de los combatientes, y en general quienes son víctimas de violación y esclavitud sexual sin desarrollar una función continua de combate. Al conservar su protección como civiles, los crímenes cometidos respecto de ellos caerían ineludiblemente bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como actos de violencia sexual cometidos contra la población civil, con independencia de haber sido cometidos por un miembro del grupo armado que acompañan.

Sin embargo, dicha categorización tiene una utilidad limitada, pues no resuelve el problema de la protección de niños soldados que sí ejercen una función continua de combate, pero que igualmente son víctimas de violencia sexual. De hecho, existe un reconocimiento amplio en el Derecho Humanitario de que los niños, incluso habiendo sido reclutados o alistados en infracción del Derecho Internacional, constituyen igualmente blancos legítimos para el grupo armado contrario (Rodenhäuser, 2016). Ante ello, cabe cuestionarse entonces si sería admisible la alegación que en el caso Ntaganda fue invocada por los Representantes Legales de las Víctimas, de que los niños soldados tendrían un estatus único, no podrían ser considerados miembros del grupo que los reclutó y, en consecuencia, no serían combatientes *vis-à-vis* dicho grupo armado, aunque sí fueran blancos legítimos para el grupo contrario (Office of Public Counsel for Victims, 2017). No parece haber acuerdo en la doctrina en ese sentido; de hecho, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha sostenido que las nociones de civiles y miembros de grupos armados son mutuamente excluyentes (Melzer, 2009).

directa en las hostilidades desempeñan una función continua de combate. Además, el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que un individuo que es reclutado, entrenado y equipado por dicho grupo para participar directa y continuamente en las hostilidades en su nombre puede ser considerado como asumiendo una función continua de combate incluso antes de que desarrolle un acto hostil.

16 Esto, a diferencia de los que ejercen una función continua de combate, que solo recuperan la protección cuando dejan de cumplir dicha función. Así, no es relevante si en el momento preciso no están participando directamente en las hostilidades, pues igualmente serán blancos legítimos.

Una segunda alternativa es sostener que las víctimas de violencia sexual se encontrarían protegidas bajo los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común frente a los crímenes cometidos por miembros de su mismo grupo armado, en tanto la violencia sexual trae consigo la existencia de coerción, que implicaría que, al menos durante ese periodo, el miembro del grupo armado sería puesto *hors de combat*.

Sin embargo, la utilidad de dicha alternativa sigue siendo reducida, pues como fue analizado, la protección de los miembros de grupos armados que han sido puestos *hors de combat* por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, parte del supuesto de que dichos miembros del grupo armado se encuentran bajo el control del grupo armado adverso. Es ese el entendimiento contenido en la Regla 47 del compendio elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009). Por tanto, dicha alternativa tampoco permitiría la punibilidad de crímenes cometidos al interior de un grupo armado.

En cualquier caso, e incluso en el caso de que se considerara que la protección de soldados *hors de combat* no se limita a aquellos que se encuentran en poder del grupo contrario, dicha alternativa igualmente cuenta con una debilidad adicional, y es que parece corresponder a un análisis demasiado reduccionista del concepto *hors de combat*. En efecto, dicha interpretación permitiría penalizar como crímenes de guerra conductas que se han considerado siempre como parte de la jurisdicción doméstica, como es el caso de las ejecuciones de soldados que se encontraran previamente detenidos al interior de su mismo grupo armado, por infracciones a la ley militar.

La mejor alternativa parece ser acudir a la norma prevista en el artículo 75 del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra, que como se adelantaba, contiene una regla de clausura respecto de la protección de civiles y combatientes en un conflicto armado que estén en poder de una de las partes, incluyendo la propia, y que no gocen de un tratamiento más favorable bajo los Convenios de Ginebra o el mismo Protocolo. Al respecto, el artículo 75 incorpora la prohibición de la tortura, los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada, entre otras conductas.

Ahora bien y como anticipábamos, el Protocolo Adicional I tiene un inconveniente, en tanto es aplicable exclusivamente a conflictos armados internacionales, según dispone el artículo 1.3 de mismo Protocolo en relación con el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra. Sin perjuicio de ello, existen quienes sostienen que el Derecho Internacional Humanitario ha evolucionado, de manera tal de avanzar en la homologación de los estatutos de protección de ambos tipos de conflicto armado (Cassese, 1999; Henckaerts & Doswald-Beck, 2009). Así, podría sostenerse que el Derecho Internacional Humanitario de carácter consuetudinario

ha ampliado la protección contenida en la regla de clausura del artículo 75 del Protocolo Adicional I, con el propósito de hacerla aplicable a todo tipo de conflicto armado, mientras se cumpla el requisito contenido en dicho artículo, esto es, que la persona en cuestión esté en poder de una de las partes del conflicto.

Ahora bien, y dado que la sola ampliación del Derecho Internacional Humanitario a este respecto no es suficiente para establecer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre las referidas conductas, la evolución del derecho consuetudinario debería ingresar al Estatuto de Roma por medio de la referencia contenida en el *chapeau* de los artículos 8.2.(b) y 8.2.(e), al formar parte del marco establecido del Derecho Internacional. La ventaja de esta aproximación, frente a las anteriores, es que permitiría reconocer igual protección para todos los miembros de un grupo armado frente a los crímenes contenidos en el artículo 8.2.(b) y (e), con independencia de si ellos son mayores o menores a 15 años, frente a ciertos crímenes especialmente graves, como precisamente es el caso de la violencia sexual o la tortura.

Queda entonces determinar si efectivamente el Derecho Internacional Humanitario, sea convencional o consuetudinario, ha evolucionado o evolucionará en los próximos años, de tal manera de equiparar las protecciones ofrecidas en el caso de un conflicto armado internacional respecto de un conflicto armado sin dicho carácter. Sin perjuicio de los significativos avances en la materia, incluyendo la reforma del Estatuto de Roma en el año 2010,¹⁷ la cuestión aún se encuentra disputada.

Referencias

- Bartels, R. (2009). Timelines, Borderlines and Conflicts: The Historical Evolution of the Legal Divide between International and Non-International Armed Conflicts. *International Review of the Red Cross*, 91(873), 35-67. Doi: 10.1017/S1816383109990191
- Cassese, A. (1999). The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections. *European Journal of International Law*, 10, 144-171. Doi: 10.1093/ejil/10.1.144
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

17 En la Conferencia de Kampala del año 2010, se acordó una enmienda al artículo 8 del Estatuto de Roma, incorporando los crímenes de guerra de emplear veneno o armas envenenadas (artículo 8.2.(e)(xiii)), emplear gases asfixiantes o tóxicos (artículo 8.2.(e)(xiv)) y emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo (artículo 8.2.(e)(xv)) como crímenes en el marco de un conflicto armado sin carácter internacional. Dichos crímenes ya se encontraban tipificados respecto de los conflictos armados internacionales bajo el artículo 8.2.(b)(xvii), (xviii) y (xix) del mismo Estatuto. A la fecha de presentación de este trabajo, dicha enmienda cuenta con 34 ratificaciones, un número significativamente menor al número de estados parte del Estatuto de Roma -123 a la fecha-.

- Clapham, A., & Gaeta, P. (Ed.). (2014). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Crawford, E. (2007). Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-International Armed Conflicts. *Leiden Journal of International Law*, 20(2), 441-465. Doi: 10.1017/S092215650700413X
- Cryer, R., Friman, H, Robinson, D., & Wilmshurst, E. (2016) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Focarelli, C. (2012). *International Law as Social Construct. The struggle for Global Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Gaggioli, G. (2014). Sexual Violence in Armed Conflicts: A Violation of International Humanitarian Law and human Rights Law. *International Review of the Red Cross*, 96(894), 503-538. Doi:10.1017/S1816383115000302
- Grey, R. (2014). Sexual Violence Against Child Soldiers. *International Feminist Journal of Politics* 16(4), 601-621. Doi:10.1080/14616742.2014.95596
- Groover, L. (2014). *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Henckaerts, J.M., & Doswald-Beck, L. (2009). *Customary International Humanitarian Law. Volume 1: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kinsella, H. (2011). *The Image before the Weapon. A Critical History of the Distinction between Combatant and Civilian*. Ithaca: Cornell University Press.
- Melzer, N. (2009). *Intepretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Ginebra: International Committee of the Red Cross.
- Moir, L. (2004). *The Law of Internal Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Plattner, D. (1990). The Penal Repression of Violations of International Humanitarian Law Applicable in Non-International Armed Conflicts. *International Review of the Red Cross*, 30(278), 409-420. Doi: 10.1017/S0020860400075938
- Rodenhäuser, T. (2016). Squaring the Circle? Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces. *Journal of International Criminal Justice*, 14(1), 171-193. Doi:10.1093/jicj/mqw006

Schabas, W. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.

Sivakumaran, S. (2012). *The Law of Non-International Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.

Stewart, J. (2003). Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict. *International Review of the Red Cross*, 85(850), 313-349. Doi: 10.1017/S0035336100115199

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

Tratados y otros instrumentos internacionales

Convenio de Ginebra I del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Convenio de Ginebra II del 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Convenio de Ginebra III del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio de Ginebra IV del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra.

Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional de 2002.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 8 de noviembre de 1994.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional del 8 de junio de 1977.

Jurisprudencia

CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute*. 14 de marzo (ICC-01/04-01/06).

- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012). *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*. 14 de marzo (ICC-01/04-01/06).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2014). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*. 9 de junio (ICC-01/04-02/06).
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2017a). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9*. 4 de enero (ICC-01/04-02/06).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2017b). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Judgment on the Appeal of Mr Ntaganda Against the "Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9"*. 15 de junio (ICC-01/04-02/06 OA5).
- Office of Public Counsel for Victims (2017). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Former Child Soldiers' Observations on the "Appeal from the Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in Respect of Counts 6 and 9"*. 23 de febrero (ICC-01/04-02/06).
- SCSL, Sala de Primera Instancia I. (2009). *The Prosecutor v. Isa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao. Judgment*. 2 de marzo.
- TPIY, Sala de Apelaciones. (1999). *The Prosecutor v. Duško Tadić. Judgment*. 15 de julio.

Otros

- Associated Press (22 de abril de 2005). *Akbar Convicted of Murder*. Fox News. Recuperado de <http://www.foxnews.com/story/2005/04/22/akbar-convicted-murder.html>
- Brush, P. (28 de julio de 2010). *The Hard Truth about Fragging*. History Net. Recuperado de <http://www.historynet.com/the-hard-truth-about-fragging.htm>
- Jacobs, D. (18 de marzo de 2012). *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts*. Opinio Juris Blog. Recuperado de <http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/>

- Marsh, K. (12 de abril de 2011). *Syrian Soldiers Shot for Refusing to Fire on Protesters*. The Guardian. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2011/apr/12/syrian-soldiers-shot-protest>
- Raidió Teilifís Éireann (18 de marzo de 2010). *Michael McAleavy Released after 27 Years*. Raidió Teilifís Éireann, Irlanda. Recuperado de <https://www.rte.ie/news/2010/0318/128916-mcaleavym/>
- Sengupta, K. y Stewart, C. (1 de marzo de 2011). *Body Bags Reveal Fate of Soldiers who Refused to Fire on their Own People*. Independent. Recuperado de <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/body-bags-reveal-fate-of-soldiers-who-refused-to-fire-on-their-own-people-2228512.html>

Grupos civiles armados en Venezuela: ¿Actores de un ‘aparato organizado de poder’?

Civilian Armed Groups in Venezuela: ¿Are they Actors of an “Organized Apparatus of Power”?

Grupos civis armados na Venezuela: Atores de um ‘aparato organizado de poder’?

Thairi Moya Sánchez*

Fecha de recepción: 7 de septiembre de 2017

Fecha de aprobación: 10 de enero de 2018

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7160>

Para citar este artículo: Moya Sánchez, T. (2018). Grupos civiles armados en Venezuela: ¿Actores de un ‘aparato organizado de poder’? *ANIDIP*, 6, 110-144.

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7160>

Resumen

El gobierno venezolano ha sometido a la población a una constante militarización, en especial, a través de la creación de grupos de civiles armados, como los son las milicias. A su vez, ha promovido la formalización de determinados movimientos sociales, por medio de leyes, para garantizar el establecimiento del ‘Poder Comunal’. Sin embargo, algunos de estos movimientos han servido para dar cabida a la formación de otros ‘grupos civiles armados’, lo que causa una mayor preocupación por ser una situación atípica en este país sudamericano. El presente ensayo tiene como finalidad abordar si los grupos provenientes de estos ‘movimientos sociales’ forman parte del aparato estatal para cometer crímenes de lesa humanidad en contra de la sociedad civil.

Palabras clave: civiles armados, colectivos, lesa humanidad, responsabilidades, revolución.

* Doctora en Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Nottingham. Diploma en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Fundación René Cassin. Correo electrónico: tmoyasan@ucab.edu.ve

Abstract

The Venezuelan government has subjected the Venezuelan society to constant militarization, especially through the creation of armed civilian groups, such as the militias. At the same time, it has promoted the formalization of certain social movements —by law— to guarantee the establishment of “Communal Power”. However, some of these movements have served to accommodate the formation of other “armed civilian groups”, which causes a greater concern in the Venezuelan society because all this is an atypical situation in this South American country. The purpose of this essay is to address whether some groups from these “social movements” are part of an organized structure of power, specifically attached to the state apparatus, to commit crimes against the civil society.

Keywords: armed civilians, collectives, organized structure of power, responsibilities, revolution.

Resumo

O governo venezuelano tem submetido à sociedade venezuelana a uma constante militarização, em especial, através da criação de grupos civis armados, como são as milícias. Ao mesmo tempo, tem promovido a formalização de determinados movimentos sociais -via lei- para garantir o estabelecimento do ‘Poder Comunal’. No entanto alguns destes movimentos têm servido para dar cabida à formação de outros ‘grupos civis armados’, o que causa uma maior preocupação por ser todo isto uma situação atípica neste país sul-americano. O presente ensaio tem como finalidade abordar se os grupos provenientes destes ‘movimentos sociais’ formam parte do aparato estatal, para cometer crimes de lesa humanidade contra a sociedade civil.

Palavras-chave: civis armados, coletivos, lesa humanidade, responsabilidades, revolução.

Introducción

Tradicionalmente, en momentos de conflictos armados, polarizaciones, conmociones y enfrentamientos sociales han surgido ‘grupos civiles’ que toman las armas para hacer defensa de su ideología o credo, y casi todos terminan cometiendo crímenes en contra de la población civil y actúan, además, como una herramienta para el control de las sociedades; estos grupos han recibido diversas denominaciones, entre otras paramilitares, guerrilleros, mercenarios y escuadrones de asalto.

Ahora, la realidad venezolana nos lleva a una nueva dimensión, una realidad en donde no existe un ‘conflicto armado interno’ de acuerdo con las especificaciones del

Derecho Internacional Humanitario,¹ aunque muchos advierten la amenaza de una guerra civil debido a que, en medio de la conflictividad social, comienzan a aparecer, a tomar forma y a resaltar de manera especial ‘grupos civiles armados,’ que manifiestan su simpatía hacia el gobierno central, atacando de manera sistemática² a sectores de la sociedad civil (líderes políticos, sociales, sindicatos, gremios universitarios,

- 1 En marzo de 2018, el Comité Internacional de la Cruz Roja emitió un documento de opinión en el cual indicó que, en aras de establecer un criterio para denominar una situación como conflicto armado no internacional (CANI), se deben revisar dos fuentes, a saber; a) el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y b) el artículo 1 del Protocolo adicional II. En el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra se muestran las indicaciones mínimas a ser aplicadas en un conflicto armado no internacional. Entonces, de acuerdo con la Cruz Roja, en el artículo 3 común se entiende como un conflicto armado aquel en donde “participen uno o más grupos armados no gubernamentales. Según la situación, puede haber hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales o entre esos grupos únicamente” (Cruz Roja, 2008, p. 03. De igual manera, agrega que para distinguir un conflicto armado “con formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento” (Cruz Roja, 2008, p. 03). En este sentido, el artículo 1.2 del Protocolo II, excluye los disturbios y las tensiones interiores de la definición del CANI; a esto se suma que se deben utilizar dos criterios: 1) las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad y 2) los grupos no gubernamentales que participan en el conflicto deben ser considerados “partes en el conflicto”. Igualmente agrega un nuevo elemento a saber: el control territorial, por lo que las partes no gubernamentales deben ejercer un control territorial “que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. La Cruz Roja resalta que “el Protocolo adicional II” se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre fuerzas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Contrariamente al artículo 3 común, el Protocolo no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales (Cruz Roja, 2008).
- 2 Se comienza a discutir si las actuaciones llevadas a cabo por estos grupos reúnen las características establecidas por los Tribunales, en cuanto a lo que debe conocerse como ‘sistematicidad’. Los Tribunales *ad hoc* han realizado concepciones en cuanto a lo que debe entenderse como ‘sistémático’, donde se resalta: los patrones de los crímenes, es decir, la repetición no debe ser accidental de conductas delictivas similares de manera regular, puesto que son una expresión común de una ocurrencia sistemática; se requiere una naturaleza organizada de los actos y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria. Esto fue establecido en los casos: Kunarac, Kovac y Vokovic (Appeals Chamber, 2002, para. 94) y Naletilic y Martinovic, (Trial Chamber, 2003, para. 236). En el caso Blaskic, (Trial Chamber, 2000, para. 203) aparecen los elementos para que un ataque sea considerado sistemático: El carácter sistemático se refiere a cuatro elementos que pueden expresarse de la siguiente manera: 1) la existencia de un objetivo político, un plan según el cual se perpetra el atentado o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, es decir, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; 2) la perpetración de un acto delictivo a gran escala contra un grupo de civiles o la repetida y continuada comisión de actos inhumanos vinculados entre sí; 3) la preparación y utilización de importantes recursos públicos o privados, militares o no; 4) la implicación de las autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico. Por su parte el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también desarrolló el concepto de sistematicidad: Akayesu (Trial Chamber, 1998, para. 580), Kayishema y Ruzindana, (Trial Chamber, 1999, para. 123) y Semanza, (Trial Chamber, 2003, para. 329). La CPI ha seguido lo establecido por estos tribunales, ver los casos: 1) Situación de la República de Kenia, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09, 31 March 2010, para. 96, 2) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, para. 82. 3) Prosecutor v. Harun, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/07, 27 April 2007, para. 62. 4) Prosecutor v. Ruto, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 63.

médicos) así como a aquellos que participan activamente demostrando su oposición al sistema político y a los representantes del Estado venezolano.

Por otra parte, se han reportado hechos violentos llevados a cabo por grupos radicales vinculados a la oposición, que bien podrían demostrar la no homogeneidad de la misma, aunque cabe destacar que sobre estas acciones tampoco han surgido investigaciones serias y objetivas llevadas por el Estado, el cual tiene la obligación principal de garantizar el orden público y el cumplimiento de las debidas garantías y derechos que hagan posible la realización de investigaciones, así como de juicios imparciales que permitan una delimitación objetiva de las responsabilidades de aquellos que promueven o ejercen acciones violentas de ambos lados.³

La relación de connivencia entre el Estado venezolano y estos grupos civiles armados, se ha hecho especialmente notoria en los últimos meses (entre marzo y julio de 2017), en el contexto de las manifestaciones emprendidas en contra del gobierno central. En este lapso, las acciones de represión ejercidas por los cuerpos de seguridad del Estado, aparentemente en conjunto con estos grupos, han tomado dimensiones desproporcionadas en contra de la población civil y sin parangón en la historia contemporánea venezolana, las cuales podrían configurar el crimen de lesa humanidad.⁴ En este marco de conflictividad surgen actores armados fortalecidos e involucrados en todo este aparato de represión y sometimiento de la población: los *Colectivos*.

En esta situación que acontece en Venezuela, cabe destacar que los actores que ejercen estos crímenes no han llegado a ser objeto de estudio desde el campo del Derecho Internacional Penal, ni la Corte Penal Internacional (CPI) ha llevado a cabo formalmente actuaciones que estén vinculadas a los mismos; los únicos acercamientos realizados a las responsabilidades que pueden emanar de estas actuaciones se circunscriben a la responsabilidad internacional del Estado.⁵

3 Esta situación resalta al considerar el cuarto informe sobre Venezuela realizado por el Secretario General de la OEA, en donde se da fe de la existencia de juicios llevados a cabo por tribunales militares en contra de civiles o de opositores detenidos por participar en concentraciones o protestas en contra del Estado venezolano, cifra que ascendía a 620 presos políticos. Igualmente, se ha señalado que, desde el 1 de abril hasta el 30 de septiembre de 2017, periodo en el cual se llevaron de manera activa protestas en contra del gobierno central, el número de arrestos arbitrarios en contra de opositores ascendió a la cifra de 5.376 detenidos; mientras que no existen registros de imputaciones penales llevadas a cabo en contra de simpatizantes del gobierno (Provea, 2017). A finales del mes de mayo, la exfiscal Luisa Ortega Díaz anunció la apertura de 165 averiguaciones, pero hasta la fecha no existen registros de imputaciones, considerando los antecedentes de estos grupos violentos.

4 La OEA comienza a analizar ya la configuración de este crimen en Venezuela.

5 En el contexto de la región americana y en situaciones con similitudes a la venezolana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias *Caso de la Masacre de Mapiripán* y *Caso 19 comerciantes*, establece la responsabilidad del Estado colombiano por la omisión de las autoridades, interpretación y amparo vía ley relacionada a los paramilitares, por la entrega desproporcionada de armamento y por no haber tomados las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar las actividades delincuenciales.

Es por ello que el presente trabajo destaca la importancia del establecimiento de responsabilidades individuales, ya que a su vez nos encontramos ante unos grupos atípicos, como se verá más adelante, en cuanto a su organización y formas de actuación, por lo que este ensayo aborda diversas perspectivas para dilucidar la naturaleza de estas agrupaciones y de cómo las mismas pueden ser vinculadas al Estado venezolano, siendo utilizadas para cometer crímenes de lesa humanidad. Conviene indicar que el análisis desarrollado está basado sobre teorías, jurisprudencias, leyes promulgadas, informes e indicios para poder alcanzar una conclusión sobre los hechos presentados, a falta de una investigación formalmente abierta sobre todos estos casos⁶ o documentos oficiales debidamente emitidos por las autoridades venezolanas.⁷

Ante los hechos *ut supra* narrados y por el deber garante del Estado, este ensayo se enfocará brevemente en sistematizar la relación de connivencia entre estos actores y el gobierno central, así como a verificar la adhesión de estos grupos a ese gobierno y analizar la eventual comisión de crímenes de lesa humanidad. El ensayo se limitará a la discusión de estos temas ante la imposibilidad de determinar de manera exhaustiva todos los puntos relativos a la participación de los grupos radicales de la oposición, el dominio del hecho, las responsabilidades, las autorías mediatas y/o otros grados de participación. Es necesario agregar que tampoco se hará mención a las actuaciones de otros grupos de seguridad del Estado.

Para finalizar, conviene subrayar que la estructura del trabajo está formada por las siguientes cuatro secciones: 1) origen de los grupos civiles armados: antecedentes históricos y fundamento jurídico; 2) los Colectivos, ¿grupos civiles, criminales comunes, paramilitares o guerrilleros?, (3) los Colectivos como parte de una estructura para la comisión de crímenes de lesa humanidad, y finalmente, conclusiones.

1. Origen de los grupos civiles armados

1.1. Antecedentes históricos

La lucha armada en Venezuela existió por un breve período (1960-1970), alcanzándose finalmente el proceso de pacificación tras unos momentos de gran intensidad y confrontación causados por grupos guerrilleros durante el nacimiento de

6 “Las autoridades han respondido con escasas condenas de la violencia y de las violaciones de los derechos humanos cometidas por las fuerzas de seguridad, con un discurso que estigmatiza a la oposición y los manifestantes, con la negación de la responsabilidad de las fuerzas de seguridad antes de que concluyeran las investigaciones de las muertes y con una falta de cooperación con las investigaciones iniciadas” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), 2017, p. 43).

7 El ACNUDH (2017), en vista de la falta de investigación por parte de las autoridades, recomendó al Estado: “[...] Asegurar que se lleven a cabo investigaciones rápidas, independientes y efectivas sobre las violaciones de los derechos humanos que involucren a las fuerzas de seguridad y sobre los abusos por parte de colectivos armados o manifestantes violentos [...]” (p. 43).

la democracia venezolana,⁸ después de la caída del gobierno dictatorial de Marcos Pérez Jiménez. El período de paz sirvió para que muchos de los grupos guerrilleros activos en los años 60 pasaran a la lucha legal, mientras que otros quedaron relegados a las zonas periféricas rurales y urbanas (Plaza, 1969).

Entre los grupos insurgentes llamativos de esa época, se cuenta con el Frente de Liberación Nacional (FLN), en el cual participaban militantes del Partido Comunista de Venezuela (PCV); sin embargo, en 1971, los jóvenes del PCV se separaron de la lucha insurreccional, fundando los partidos políticos Movimiento al Socialismo (MAS) y La Causa Radical (LCR) (Domingo, 2000). Así mismo, existía el movimiento denominado La Revolución Venezolana (PRV), de carácter insurreccional, el cual poseía varias divisiones: Liga Socialista, Bandera Roja y Venceremos. Aunque estos grupos no contaban con capacidad política- militar, se presumía que la tenían⁹ (Observatorio Venezolano de Conflictividad Social [OVCS], 2015).

A comienzos de la década de los 80, la izquierda radical estaba pacificada, institucionalizada, derrotada o marcada por profundas divisiones, quedando algunos sectores defendiendo sus ideales desde las universidades públicas. Estos antecedentes históricos son importantes para poder entender la realidad actual, debido a que los herederos de la lucha armada se ubicaron posteriormente en las zonas populares del oeste de Caracas, pasando a formar parte de la vida política del país.¹⁰ En este sentido, se ha llegado a afirmar que los gobiernos anteriores al de Hugo Chávez tenían conocimiento de la existencia de estas agrupaciones, pero optaron por no enfrentarlos; no obstante, cuando culminó la lucha armada estos grupos tomaron nuevamente protagonismo con la llegada al poder de Chávez, puesto que realizaron alianzas con el gobierno, llegando algunos a convertirse en partidos políticos (ONG Paz Activa, 2017).¹¹ Se ha indicado también que algunos de estos

8 El Frente de Liberación Nacional (FLN) constituyó a las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional (FALN), cuyos líderes militaban en el Partido Comunista de Venezuela (PCV), el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y la Unión Republicana Democrática (URD). Algunos de estos grupos se constituyeron en partidos políticos. Las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional fueron el brazo armado del Partido Comunista de Venezuela.

9 De estos movimientos fue de donde surgieron figuras ligadas al Estado venezolano, entre estos, Alí Rodríguez Araque del PRV, Elías Jaua de Bandera Roja y el actual Presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, de la Liga Socialista.

10 Existen registros de que el primer grupo identificado fue el denominado Grupo Hombre Nuevo, que hacía vida en el barrio populoso del 23 de enero, en Caracas. El criterio de organización utilizado por estos grupos era que se debía mantener una línea militar de masas que no dependiese de un partido político, sino de la organización popular. A la par de este grupo surgía en el mismo sector el Grupo de Trabajo La Piedrita, siendo en la actualidad en uno de los grupos más temidos por la sociedad.

11 Tal es el caso del grupo Tendencias Unificadas para Alcanzar el Movimiento de Acción Revolucionaria Organizada, Movimiento Tupamaro, cuando en el año 2004 el Consejo Nacional Electoral (CNE) le otorgó la cualidad de partido político al movimiento revolucionario que hasta esa fecha había sido vinculado a actos denominados como terroristas, esto de acuerdo con la Global Terrorism Database; entre estos se hace especial mención al ataque al Consulado de Colombia en Caracas en 1999. En 2007 anunciaron su

grupos participaban y promovían la realización de labores sociales en sus comunidades, tales como iniciativas en educación y deportes (Markovits y Rueda, 2013).

A la par de todos los cambios sociales, oficialmente llevados a cabo por el gobierno central, el Movimiento Revolucionario MBR 200¹² promovía la creación de ‘los círculos bolivarianos’, conformándose oficialmente en el 2001. Estos círculos fueron acusados de ser grupos civiles con acceso a armamento y de participar en actividades de intimidación en contra de los opositores al gobierno; los círculos eran considerados como “los multiplicadores de la ideología de la Revolución... tienen que haber en todas partes...son la esencia de la revolución” (Irwin, Castillo, & Langue, 2007), grupos de choque, asemejándose a las Brigadas de Acción Rápida

Sin embargo, se ha indicado que sería la Asociación Civil Coordinadora Cultural Simón Bolívar la que constituiría el origen real de los Colectivos.¹³ Considerando sus orígenes como defensores sociales y el vínculo de algunas de estas agrupaciones con grupos armados, en la actualidad, el término colectivos empleado para hacer mención a cualquier tipo de organización comunitaria que apoya la ideología del gobierno central. Esta denominación ha sido utilizada para referirse indistintamente a un grupo de personas organizadas que tengan un propósito común, que bien puede ir desde la promoción de causas sociales, hasta el ataque y asesinato de ciudadanos disidentes de la Revolución (Gurney, 2014). El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017) los definió como “organizaciones que se formaron para apoyar a sus comunidades y aplicar los programas gubernamentales y muchos de ellos aún desempeñan esas funciones” (p. 31).

Posteriormente, tras una lenta evolución en cuanto a su denominación y funciones bajo el gobierno chavista, y para darles alguna figura distintiva a estos movimientos sociales, sin ninguna denominación en específico, se crearon inicialmente comités y sistemas de vecindad, comenzando por los Consejos Locales de Planificación Pública,¹⁴ hasta que finalmente aparecieron los Consejos Comunales y las Comunas, a través de las leyes impulsadas por el Poder Central, que buscan la creación de un Estado Comunal.

fusión con el Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), partido político de Hugo Chávez.

12 EL MBR 200 fue otro movimiento revolucionario cívico-militar de extrema izquierda fundado por el teniente Hugo Chávez en 1982, siendo este movimiento una evolución del Ejército Bolivariano Revolucionario. Este Ejército, también fue fundado por Hugo Chávez en sus años de participación en las Fuerzas Armadas, tuvo influencias del partido Comunista de Venezuela, Partido Revolución Venezolana, el Mir y Bandera Roja (Zago, 1998).

13 De acuerdo con Provea, una de las ONGs de mayor tradición en Venezuela desde 1988, este fue el origen de los colectivos. En este sentido en la página web de la Coordinadora Cultural Simón Bolívar se indica que sus primeros integrantes fueron grupos provenientes de diversos movimientos sociales.

14 Estos se crearon a partir de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, *Gaceta Oficial* N° 37.463. Caracas, Venezuela, 12 de junio de 2002.

Aunado a lo anterior, el gobierno venezolano, a través de su vocería y planes de gobierno,¹⁵ ha defendido ideológicamente la instauración de la Revolución Bolivariana y de acuerdo con su visión, esta necesita ser defendida a través de la unión cívico-militar,¹⁶ que cuenta entre otros, con la organización de estos grupos.¹⁷ Así, en 2005, el gobierno de Hugo Chávez creó la Milicia Nacional Bolivariana,¹⁸ mediante un Decreto Presidencial, pero en 2008 estas milicias fueron anexadas oficialmente a las Fuerzas Armadas, como una quinta fuerza, estando al mismo nivel que el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, a través de la reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (LOFANB);¹⁹ las Milicias tendrían su propio Comandante General y dependerían directamente del Presidente de la República (art. 43), cuya misión principal, de acuerdo con el artículo 44, será la de “[...]entrenar, preparar y organizar al pueblo para la Defensa Integral²⁰ con el fin de complementar el nivel de apresto operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana [...]”²¹

Igualmente, en la LOFANB de 2008 se estableció, en el artículo 46, numerales 10, 11 y 12, las obligaciones de las Milicias con el Comité de Defensa Integral de los Consejos Comunales. Lo señalado se ha mantenido hasta la reforma de esa

15 Se puede observar la reiteración de la defensa de este sistema de gobierno en los planes de gobierno emprendidos por el Estado venezolano, siendo denominados “Plan Nacional Simón Bolívar: 2007-2013” y “Plan Nacional Simón Bolívar: 2013-2019”.

16 Se ha señalado que esta expresión significa “en realidad es un intento de legitimar la hegemonía de un caudillo militar y sus acólitos cercanos en la conducción de la vida pública, a la cual han venido dirigiendo en una permanente tónica de confrontación” (Carvajal, 2012: 257).

17 Recientemente, en el marco de las protestas llevadas a cabo por la oposición, el gobierno activó el llamado ‘Plan Zamora’ mediante el cual se activa a grupos de civiles armados y policías para ayudar a responder a las protestas. Tanto el ACNUDH (Informe Venezuela 2017) como la OEA (Tercer Informe: Venezuela) alertaron de esta situación.

En fecha 17 de enero de 2017, el gobernante venezolano Nicolás Maduro anunció la entrega de armas secretas a los barrios populares de Caracas para la defensa de la revolución (Ver Video El Cooperante TV, productor 2017, recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=aVMBIc8EQGY4>), violando abiertamente el artículo 324 de la Constitución: “Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva, la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos”.

Por otra parte, el ACNUDH (2017) indicó que es necesario: “Aplicar un plan efectivo y cuantificable para desarmar a los colectivos armados, proteger a la población de sus ataques y prohibir, prevenir y castigar las actividades delictivas de estos grupos” (p.36).

18 Las Milicias fueron creadas primeramente a través del Decreto Presidencial número 3.560, publicado en Gaceta Oficial nº 338.084 del 04 de abril de 2005.

19 Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, Gaceta Oficial nº 5.891, Caracas, Venezuela, 31 de julio de 2008.

20 El creador del concepto de ‘defensa integral’ fue planteado por el entonces Presidente Hugo Chávez, indicando que para alcanzar esto implicaba “fomentar e incrementar la creación de los cuerpos combatientes en todas las estructuras del Estado” (Carvajal, 2012, p. 266).

21 En 2011 se reformó nuevamente esta ley, para crear la figura de los cuerpos combatientes, dependientes de la Milicia, con el objetivo de facilitar, igualmente- el entrenamiento militar de trabajadores públicos y empresas del Estado.

ley realizada en 2014, en el artículo 69, numerales 7, 8 y 9, en donde se sostienen los mismos deberes de las Milicias con esos comités, a fin de fortalecer la unidad cívico-militar, es decir, una parte de los consejos comunales, conformados en su naturaleza por civiles, poseen atribuciones en el ámbito militar. Se destaca *de antemano* un primer grupo de civiles coordinados que deben garantizar esa defensa integral, pero que en principio deben estar organizados en un consejo comunal.

Sin embargo, como se verá posteriormente, la Ley de los Consejos Comunales (LCC),²² cuyo origen data del 2006, elevada a Ley Orgánica de los Consejos Comunales (LOCC) en el 2009 y vigente a la fecha,²³ no consagra ni llegó a consagrar la figura del Comité de Defensa Integral de los Consejos Comunales, y tampoco existe actualmente una definición legal ni una delimitación de las responsabilidades sobre estos Comités. Aunque la LOFANB y la LOCC fueron sometidas a reformas casi simultáneas en los años 2008 y 2009, respectivamente, persistió esta laguna en la reformada (LOCC), mientras que en el cuerpo de la normativa militar quedaba claramente establecida *de iure* tanto la existencia de los Comités de Defensa Integral como la responsabilidad y el trabajo coordinado entre las milicias y los consejos comunales,²⁴ así como las responsabilidades directas del Presidente de la República sobre estos cuerpos y sobre las acciones en general de las Fuerzas Armadas, con base a lo establecido en los artículos 19 y 66 de esa Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y del artículo 236 (5) de la Constitución venezolana.

2. Fundamento jurídico

A pesar de la existencia de los cuerpos de seguridad y de las milicias,²⁵ desde el gobierno se ha mirado con beneplácito la existencia de los colectivos,²⁶ por

22 Ley de los Consejos Comunales, Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.806, Caracas, Venezuela, 10 de abril de 2006.

23 Ley Orgánica de los Consejos Comunales (LOCC), Gaceta Oficial n° 39.335, Caracas, Venezuela, 28 de diciembre de 2009. Esta ley violentó el ordenamiento jurídico venezolano, más aún considerando que el gobierno intentó cambiar, mediante una Reforma Constitucional en 2007, el modelo constitucional vigente con el objeto de establecer un “Estado Socialista, Centralizado, Militarista y Policial denominado Estado del Poder Popular o Estado Comunal” lo que fue sometido a consulta popular y rechazado por los ciudadanos el 7 de diciembre de 2007 (Brewer Carías, 2010, p. 2). Es por ello que el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), a través de un recurso de interpretación, avaló la promulgación de esta ley. Ver la sentencia No. 1.676 del 3 de diciembre de 2009, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, Recuperado de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/167631209-2009-09-1369.html>

24 Se reportó que para 2015, las Fuerzas Armadas Nacionales Bolivarianas crearon 200 Comités de Defensa Integral en consejos comunales (El Nacional, abril 2015).

25 La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha mostrado su preocupación en cuanto a la entrega de armas a civiles, indicando que esto causaría más tensión en el país. La ONU se pronunció debido a que el Presidente de Venezuela proclamó la ampliación a 500.000 los miembros de la Milicia Bolivariana y de entregarles un fusil a casa uno (El Nacional web, 2017).

26 El ACNUDH, (2017) indicó que: “... recibí numerosos testimonios coherentes entre sí que indican que los colectivos armados operan con el consentimiento de las fuerzas de seguridad y de las autoridades locales...” (p. 32).

ser considerados defensores a ultranza de la izquierda radical.²⁷ En este sentido, medios oficiales, en defensa de estos grupos, han justificado su existencia y participación en la vida política y social del país, mediante los artículos 6 y 62 de la Constitución de Venezuela del año 1999 (AVN, 2017).

Es por ello que, posteriormente, a través de la LCC (2006), se organizaron muchos de los colectivos y se le dio vida a los Consejos Comunales, los cuales son organizaciones de la comunidad controladas por el Estado, en donde se esperaba que los ciudadanos formularan, ejecutaran, controlaran y evaluaran las políticas que ellos consideraran pertinentes a través de la adopción de las decisiones tomadas por la comunidad. Pero solo hasta la reforma de 2009, mediante el artículo 24 de la LOCC, se estableció la definición de la figura de Colectivo de Coordinación Comunitaria, siendo este último “la instancia de articulación, trabajo conjunto y funcionamiento” de las unidades de los Consejos Comunales. En esta Ley llama particularmente la atención el artículo 25 numeral 8, en la que se consagra que estos Colectivos de Coordinación tienen como deber “Coordinar con la Milicia Bolivariana lo referente a la defensa integral de la Nación”, es decir, se faculta claramente a estos grupos para la coordinación de acciones militares, en concordancia con el art. 69, numerales 7, 8 y 9, de la LOFANB²⁸ (2014) que en su caso los denominó, desde el 2008, como Comités de Defensa Integral de los Consejos Comunales, lo que parece demostrar a *prima facie* una contradicción entre los términos utilizados para referirse a estos grupos de civiles con atribuciones militares. A su vez, esos Colectivos de Coordinación son quienes conforman el Órgano Comunal perteneciente al Órgano de Dirección de la Defensa Integral’ (ODDI), el cual posee un presidente elegido por el Consejo Comunal.²⁹

De lo señalado, se desprende lo siguiente:

- a. Los Colectivos de Coordinación Comunitaria son uno de los grupos que forman parte de la estructura de los Consejos Comunales, los cuales tienen entre sus funciones organizar actividades de defensa en conjunto con las milicias.

27 La ministra para los Servicios Penitenciarios, Iris Varela, aseveró que los colectivos son el “pilar fundamental para la defensa de la patria”. Además, agregó que ‘guarimberos’ (término utilizado para referirse a los opositores) les tenían miedo a los colectivos (*El Universal*, 2014).

28 Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (LOFANB), Gaceta Oficial Extraordinaria Número 6.156 de fecha 19 de noviembre de 2014. La Ley fue reformada mediante Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Presidente de la República, Número 1.439, de fecha 17 de noviembre de 2014. Se resalta que esta es la quinta reforma de la LOFANB desde la entrada en vigor de la Constitución de 1999.

29 La creación de este ODDI no responde vía ley, sino de manera ‘*de facto*’, puesto que entre sus argumentaciones de existencia se basan en una serie de interpretaciones de los artículos 1,2, 130, 134, 322 de la Constitución venezolana y de la ‘Ley Orgánica de Seguridad de la Nación’. Las ODDI, se articulan con la ZODI (Zona Operativa de Defensa Integral) y la REDI (Región de Defensa Integral) todas de estructura militar. Ha sido el mismo Ministro de Defensa quien declarase que esta estructura nace de la interpretación de los artículos de la Constitución y del Plan de Seguridad de la patria (MINCI, 2017).

- b. Por su parte, se entiende que por error de técnica legislativa, esos mismos Colectivos de Coordinación Comunitaria, que tienen como misión trabajar en armonía con las milicias, son los mismos grupos denominados en la LOFANB como Comités de Defensa Integral de los Consejos Comunales. Esta conclusión se obtiene puesto que, en el cuerpo de esa ley militar, no existe un concepto de esos Comités y las funciones asignadas en materia militar son *mutatis mutandis*, las mismas que atribuye la LOCC a los Colectivos de Coordinación Comunitaria.
- c. Son grupos civiles a quienes se les atribuyen, de manera legal, funciones pertenecientes al campo militar, por lo que están llamados a trabajar en la ‘defensa integral’ del país.

En vista de la promulgación de la LCC (2006), incluyendo su posterior reforma, y bajo las premisas de la creación de un Estado comunal, se promulgó la denominada Ley Orgánica de las Comunas (LOC) (2010).³⁰ Las comunas son organizaciones políticas populares de carácter local conformadas por varios consejos comunales, que tienen como base los principios de cooperación y transparencia, además de la potestad de elegir delegados a través del sufragio (art. 10). En el artículo 62 de esta ley se estableció que desde el Poder Público se “promoverán, apoyarán y acompañarán la constitución, desarrollo y consolidación de las comunas” (LOC, 2010, p. 28). De este modo, varios colectivos, además de ser parte de los Consejos Comunales,³¹ también se establecen como defensores y promotores de las comunas y, a través de las mismas, reciben financiamiento ³² (OVCS, 2015).

Para finalizar, es importante precisar que no todos los colectivos conformados bajo esta normativa ejecutan acciones armadas, aunque siempre los Consejos Comunales deben tener en su seno un Colectivo de Coordinación Comunitaria, tal como

30 Ley Orgánica de las Comunas, Gaceta Oficial Extraordinaria n° 6.011, Caracas, Venezuela, 21 de diciembre de 2010. La promulgación de esta Ley fue muy controvertida puesto que contravenía las bases constitucionales, es por ello que el Gobierno central interpuso ante la Sala Constitucional del TSJ un recurso de interpretación. Véase la sentencia No.1.330, Caso: Carácter Orgánico de la Ley Orgánica de Comunas, de fecha 17 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1330-.171210-2010-10-1436.html>

31 Lisandro Pérez, líder del grupo Tupamaro, explicó el proceso político del país bajo una visión ortodoxa: “Al leer la tesis central de Lenin, te puedes dar cuenta de que estamos construyendo una sociedad socialista. Con los Consejos comunales fomentamos la organización del pueblo, tal y como lo hicieron los soviets [...]. Acá habrá que ir disolviendo cualquier organización que pertenezca al pasado: partidos, alcaldías, la Asamblea Nacional, las gobernaciones y las jefaturas civiles” (Carvajal, 2012, p. 260).

32 El colectivo La Piedrita es a su vez el Consejo Comunal y posterior evolución a Comuna La Piedrita. Otro ejemplo es el del Colectivo Alexis Vive, constituido como una fundación. De acuerdo con el seguimiento realizado por el OVCS (2015), existen registros oficiales de la asignación de recursos a estas organizaciones, a través del Ministerio para las Comunas y Movimientos Sociales, creado en 2009, que tiene como misión el fortalecimiento de los movimientos sociales y apoyar organizaciones del Poder Popular.

lo señala la ley. Es por ello que, a los efectos prácticos de este ensayo, las siguientes secciones se articulan en base a la distinción entre: a) los Colectivos de Coordinación Comunitaria, que se han conformado de acuerdo con la normativa vigente y que, si bien tienen asignaciones militares, en principio su misión es de ‘carácter social’ y ‘defensa integral’ (denominados Colectivos Sociales o “CS”); y b) aquellos otros que se han organizado y continúan cometiendo crímenes de manera clandestina en nombre de la defensa de la revolución y bajo la figura genérica de colectivos sin que necesariamente estén organizados bajo la normativa *ut supra* expuesta³³ (denominados Colectivos Armados Ilegales (Provea, [en línea]) o “CAI”).³⁴

Si bien se conoce la existencia de estos dos tipos de Colectivos (CS y CAI), no se han analizado las posibles responsabilidades que podrían surgir en el marco de las actividades armadas emprendidas por cada uno de los mismos. Igualmente, se hace la salvedad que debido a la falta de investigaciones oficiales, se desconoce cuál de los dos tipos de Colectivos ha realizado actuaciones con las Fuerzas de Seguridad del Estado, y a su vez cómo es el control de cada uno de ellos sobre sus respectivos núcleos sociales, por lo cual las acciones de represión bien podrían ser llevadas indistintamente por cualquiera de los mismos en conjunto con o bajo la aquiescencia del Estado venezolano.³⁵ Sin embargo, este trabajo de investigación se enfocará en los CAI a pesar de tener claro que los CS se encuentran ligados a la infraestructura de ‘defensa integral’ del Estado por ley y aunque sus responsabilidades son más fáciles de establecer.

3. Los colectivos: ¿grupos civiles, criminales comunes, paramilitares o guerrilleros?

Los CS son grupos de civiles organizados³⁶ a través de los Consejos Comunales y/o comunas, dependiendo de la evolución del fenómeno en determinados sectores, que han cumplido con todos los requisitos ‘legales’ para su conformación pero que, como

33 En su informe sobre Venezuela, la ACNUDH (2017) definió estos grupos así: “[Los colectivos armados] son el arma secreta del gobierno para controlar protestas.” y los ha conceptualizó como “grupos armados progubernamentales que intimidan, amenazan y atacan a las personas consideradas como opositoras al Gobierno” (p. 31).

34 Se utilizará esta denominación puesto que, al igual que los CS, realizan funciones armadas, pero se desconoce si han optado por alguna figura legal, como lo han hecho los colectivos La Piedrita y el Alex Vive.

35 Tal es la mezcla y falta de delimitación de funciones entre los diferentes tipos de colectivos, que existen registros de declaraciones realizadas por miembros de CS indicando que, a pesar de que su función sea dedicarse a la educación, la cultura y el deporte, existen “ otros que hacen un acompañamiento militar. Eso no significa que en caso de una situación coyuntural que quieran derrocar al gobierno no vayamos a participar” (García, 2017).

36 Para Provea, los grupos colectivos funcionan bajo la figura jurídica de fundaciones y asociaciones civiles que en el año 2000 arroparon a los Círculos Bolivarianos, que en esa época contaban con 2.3 millones de miembros activos (Matamoros, 2017).

se ha indicado, tienen además la obligación de prestar labores militares. Por su parte, los CAI han sido denominados como ‘criminales comunes’, ‘grupos de choque’ y ‘organizaciones criminales’, entre otros nombres,³⁷ desconociéndose oficialmente qué porcentaje de los que se consideran CAI podrían tener ciertamente una organización ‘legal’, aunque algunas ONG han denunciado que estos han utilizado el andamiaje legal para su conformación y financiación por parte del Estado.³⁸ Sin embargo, dentro de la opinión pública venezolana ha tomado más fuerza la posición de denominarlos como paramilitares, puesto que son grupos armados que, de acuerdo con diversas denuncias documentadas, actúan como grupos paralelos al gobierno (Provea, 2017).

Ante estos grupos y sus características, se plantean las siguientes preguntas: ¿son realmente civiles organizados o son grupos armados?, ¿en qué categoría de ‘grupo armado’ se puede clasificar a estos dos grupos ante el eventual escenario de asignación de responsabilidades? A estas preguntas habría que contestar que no existe un concepto de ‘grupo armado’ uniforme en el Derecho Internacional (Íñigo, 2016, p. 3), ni mucho menos en la legislación venezolana; aunque se tiene que en el marco de un conflicto armado existe la división de ‘grupos armados estatales’ y ‘grupos armados no estatales’; y a nivel de los Tribunales *ad hoc*, se encuentra que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), estableció una serie de características que debe poseer un grupo armado.³⁹

Cabe entonces plantearse si los CAI podrían ser considerados como grupos armados no estatales. La Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA, 2006) en su manual *Negociación Humanitaria con Grupos Armados: Un Manual para Profesionales*, ha conceptualizado los grupos armados no estatales como aquellos que pueden emplear las armas, como parte del uso de la fuerza, para lograr un objetivo político, ideológico o económico, sin formar parte de la estructura oficial del Estado, alianzas del Estado u organizaciones intergubernamentales y sin estar bajo el control

37 A esos calificativos, estos grupos han respondido a través de comunicados indicando que no son criminales, auto-denominándose como organizaciones revolucionarias defensoras de la Revolución Bolivariana. Un ejemplo puede ser visto en las notas difundidas por estos, ver: La Piedrita pide al pueblo rodear la Asamblea Nacional el 5 de enero para defender la revolución” (04 de enero de 2017). *Runrunes y Colectivos le dicen no al plan desarme del gobierno Bolivariano*” (05 de noviembre de 2014). *La Patilla*.

38 Se destacan los ejemplos del Colectivo la Piedrita y Alexis Vive han realizado acciones armadas y están organizados bajo figuras legales, de acuerdo con lo señalado por el OVCS.

39 Para que un grupo armado sea considerado como tal se incluye: la organización, la existencia de una estructura de mando, así como las reglas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de una sede; el hecho de que el Grupo controla un cierto territorio; la capacidad del grupo para obtener acceso a armas, equipos, reclutas y entrenamiento militar; tener capacidad para planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones, incluyendo los movimientos de tropas y la logística; Su capacidad para definir una estrategia militar unificada y tácticas militares; Y su capacidad de hablar con una sola voz y negociar y celebrar acuerdos, tales como cesar Fuego o acuerdos de paz. En este sentido, se puede revisar ICTY, *The Prosecutor v. Bošković and Tar ulovski*, Case No. ICTY-IT-04-82-T, Judgment (Trial Chamber), 10 June 2008, párr. 194–205.

del Estado en el que operan” (p. 6). Aplicando los elementos que debe tener un grupo armado no estatal, tanto en los CS como en los CAI se encuentra la contradicción de que forman parte del Estado, puesto que los primeros tienen establecida dicha cualidad por medio de la ley⁴⁰ y los segundos parecen haber realizado alianzas con el Estado venezolano para obtener su apoyo en el desarrollo de sus actividades.⁴¹ En pocas palabras, ambos grupos pueden ser considerados como grupos armados pertenecientes a la estructura organizada del aparato estatal.

Por otra parte, Beede (2015) refiere la división de los grupos armados en grupos ‘semi-militares’ y en organizaciones paramilitares. Estas organizaciones ‘semi-militares’ pueden tomar muchas formas y llevar a cabo varias funciones, pudiéndose dividir en tres grandes grupos, a saber: 1) los entes legalmente establecidos, 2) las organizaciones que se oponen a un gobierno en particular y 3) los grupos que apoyan ciertas funciones de los regímenes, pero existen fuera de la ley, los cuales suelen estar asociados a las Fuerzas Armadas, dándose como ejemplo los denominados escuadrones de muerte.

A la par, se desprende que los entes legalmente establecidos pueden ser divididos entre: a) aquellos que tienen como función brindar apoyo a las Fuerzas Armadas a través de la prestación de ciertos servicios y b) aquellos grupos que tienen como función sustituir a las Fuerzas Armadas para mantenerlas así concentradas en sus actividades de defensa en contra de amenazas externas y/o, en algunos casos, liberar de responsabilidad a las Fuerzas Armadas de tareas como reprimir⁴² o aplicar leyes controversiales. De acuerdo con Beede (2015), estas fuerzas varían considerablemente desde ejércitos ocultos, hasta grupos de civiles desarmados reclutados para labores humanitarias.

Conforme a la posición de Beede (2015), los CS pueden ser tenidos como una agrupación semi-militar, debido a que: a) están organizados a través de la figura legal de las comunas o consejos comunales en cuanto a su carácter civil, pero a su vez poseen responsabilidades en materia militar, b) prestan apoyo a las fuerzas de

40 Estos grupos tendrían un superior civil y un superior militar perfectamente identificables dentro del aparato estatal.

41 El ACNUDH (2017) especificó que: “El ACNUDH recibió numerosos testimonios coherentes entre sí que indican que los colectivos en ocasiones operan en coordinación con las mismas (fuerzas de seguridad)”. (p. 32) Un ejemplo de esto puede ser que los colectivos y las fuerzas de seguridad trabajan coordinadamente en el marco de la Operación Libertad del Pueblo (OLP) destinada a controlar lo que el Estado ha denominado como ‘crimen común’, bajo métodos totalmente alejados de las prácticas reguladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; esto ha sido reportado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe de 2017 sobre la situación venezolana (párr. 34 p. 652).

42 El Observatorio Venezolano de Violencia (OVV) ha sostenido que los colectivos realizan el “trabajo sucio” que las Fuerzas Armadas se niegan hacer.

seguridad y ejercen labores de represión,⁴³ considerando los reportes y denuncias realizadas a nivel internacional;⁴⁴ c) es más fácil la determinación de las responsabilidades de mando y d) no calificarían como paramilitares, en el entendido de que estos grupos, que apoyan ciertas funciones de algunos regímenes, actúan fuera del marco de la ley, puesto que el reconocimiento de los CS no es ajena a la legislación venezolana,⁴⁵ sino que más bien algunos aprovechan esta normativa para justificar su existencia y recibir ayudas a través de los programa sociales, tal como ha sido denunciado por las ONG en Venezuela.⁴⁶ Sin embargo, a pesar de la atipicidad de los CS, se tiene entre estos a uno de los colectivos más violentos denominado como ‘La Piedrita’, el cual está oficialmente constituido como un Consejo Comunal.⁴⁷

Los CAI muestran otras características particulares porque, a pesar de estar conformados fuera de la ley, apoyan ciertas funciones del gobierno, por lo que podrían ser considerados como paramilitares.⁴⁸ Analizando su funcionamiento interno, se pueden observar las siguientes características: de acuerdo a su ideología, presumen tener una organización horizontal,⁴⁹ aunque se cree en la existencia de un líder superior que dirige las acciones,⁵⁰ situación que es importante saber, porque de establecerse una línea de mandos que efectivamente funcione, se aumentan las probabilidades de que los miembros de menor rango respeten y obedezcan las órdenes impartidas, con las consecuencias que ello puede tener en cuanto a las responsabilidades por

43 En los casos reportados de acciones violentas cometidas por parte de los colectivos, no se ha podido determinar, salvo el caso de los colectivos legalmente constituidos como La Piedrita y Alexis Vive, cuál otro grupo podría encuadrarse dentro de estos que realizan ataques contra los sectores de la sociedad.

44 Ver nota nº 15.

45 Necesariamente un grupo paramilitar debe estar fuera del marco legal para ser considerado como tal, puesto que se cuenta con el ejemplo de los inicios de las fuerzas paramilitares de Colombia; por tanto, el uso de esta teoría permite resaltar más claramente lo que se pretende comprobar en este ensayo.

46 La ONG Provea ha denunciado a *vox populis*, de acuerdo a sus investigaciones y manejo de casos con víctimas, la cercana colaboración entre el Estado venezolano y estos grupos subversivos, indicando expresamente que ha “[...] detectado financiamiento directo o indirecto del Estado, pues algunos forman parte de organismos públicos, otros de algunas instituciones, otros son guardaespaldas de altos funcionarios, otros reciben financiamiento para supuestamente hacer un trabajo de tipo social o están vinculados a ocupaciones urbanas [...]” (s.n).

47 En una entrevista dada por Valentín Santana al semanario *Quinto Día*, el máximo líder del colectivo La Piedrita contestó a la pregunta de cuál era la diferencia en su accionar antes de la llegada de Chávez al poder y luego de tener diez años mandando, que: “ahora nos movemos con mucha libertad, hacemos marchas internas y asambleas [...] **se están bajando los recursos a través del Consejo Comunal La Piedrita** y la gente participa” (Barraéz, 2009).

48 El *Tercer informe sobre Venezuela* (2017) del Secretario General de la OEA se refiere a los colectivos como: “colectivos paramilitares gubernamentales” (p. 48).

49 En los únicos manuales impresos emitidos al público en general por el movimiento social Tiuna el Fuerte, Parque Cultural, relativo a la conformación de colectivos se establece que los participantes deben construir “una estructura horizontal donde no existan jefes, ni nadie se crea más y mande más que otros” (2006, p. 4).

50 En entrevistas dadas a los medios de comunicación, se ha dado a conocer que los colectivos utilizan la figura del comandante, quien dirige las acciones de los mismos, lo que hace presumir la existencia de una jerarquía mayor (Runrun.es, 2014, [en línea]).

las acciones y órdenes dadas.⁵¹ Del mismo modo, se ha reportado que algunos de ellos actúan al estilo comando, en grupos numerosos, vestidos de negro, con los rostros cubiertos, con armas largas y desplazándose en motocicletas de alto cilindraje (Carvajal, 2012).

No se tiene conocimiento de cuáles son los criterios para ingresar en las filas de los CAI y/o para seleccionar a sus respectivas líneas de mando, ni si estos criterios varían de grupo en grupo o si tienen reglas de convivencia entre las diversas células y ante quienes entregan cuenta de sus acciones.⁵² Por otro lado, diversos informes, reportes y declaraciones han dejado claro lo siguiente: a) estos grupos son abiertamente de ideología marxista, b) existe un gran número de los mismos a lo largo del país,⁵³ c) se ha reportado que cometen crímenes en los sectores donde están localizados⁵⁴ y d) durante las acciones criminales de los CAI, en contra de los civiles, las fuerzas del gobierno tienden a replegarse (OVCS, 2016), llegando incluso a actuar, en ocasiones, conjuntamente para llevar a cabo acciones de represión (ACNUDH, 2017).⁵⁵

Por lo tanto, pareciesen ser grupos *sui generis*, puesto que poseen diversas características, a saber: 1) su accionar es similar al de los grupos paramilitares, 2) realizan acciones criminales en los sectores donde tienen presencia, 3) actúan bajo

51 El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) estableció de manera magistral los criterios para establecer las responsabilidades del superior en tres organizaciones armadas irregulares: Civil Defense Forces (CDF), The Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) y el Revolutionary United Front (RUF), de los cuales el primero de ellos era un grupo armado progobierno, el segundo, una fuerza disidente y el tercero no era parte del Estado. En este sentido, se revisó si los superiores aplicaban sanciones a sus miembros por la violación de normas pertinentes a la materia, es decir, que el superior de estos grupos tiene el deber de tomarlas medidas necesarias y razonables para prevenir y castigar el crimen de subordinados. Aunque este deber no está del todo delimitado, lo remarcable es que la jurisprudencia de este tribunal deja claro que el principio de la responsabilidad del superior no aplica únicamente para fuerzas regulares, sino también para fuerzas armadas irregulares (TESL, *The Prosecutor vs. AFRC*, Sentencia, párr. 1739 – 1741; *The Prosecutor vs. Brima, Kamara and Kau*. Sentencia, , párr. 788; *The Prosecutor vs. Sesay, Kallon and Gbao*. Sentencia, párr. 706).

52 Según la ONG Provea “[...] ahora no tienen un mando unificado, pues algunos están vinculados con figuras políticas, lo que también explica que no haya una coordinación total [...]” (s.n).

53 En el trabajo de investigación titulado *Colectivos y Poder* realizado por Franz von Bergen se indica que: “El Gran Polo Patriótico, creado en 2011 e integrado por 28 Consejos Patrióticos Sectoriales, cuenta con **10.810 colectivos** y movimientos sociales compuestos por 35.543 personas. La finalidad y naturaleza de estos grupos es motivo de debate. Mientras el gobierno y sus seguidores aseguran que tienen exclusivamente fines culturales, **ideológicos** y pacíficos, hay denuncias y evidencias gráficas de peso que relacionan a algunos de ellos con labores de control político parapolicial y con su participación en la represión violenta de protestas pacíficas que se han generado desde el pasado 12 de febrero y que han causado 33 muertos y 1.736 detenidos” (2014, [en línea]).

54 El ACNUDH (2017), indicó que: “[...] además de aterrorizar, herir y, en ocasiones, matar a manifestantes, los colectivos armados también han estado supuestamente implicados en casos de saqueo y de arresto de manifestantes opositores” (p. 32).

55 El ACNUDH (2017) afirma que “las fuerzas de seguridad no han protegido a las personas frente a la acción de los colectivos armados, y de hecho, han abandonado el lugar a la llegada de dichos colectivos o no han hecho nada para detenerlos. Un testigo informó al ACNUDH que cuando unos colectivos armados atacaron a un grupo de manifestantes, él habría pedido a un policía que los detuviera, pero él le respondió: “lo siento, pero tenemos órdenes de no actuar” (pp. 32-33).

las premisas de la guerrilla urbana, considerando su ideología y tácticas dirigidas específicamente hacia la población civil,⁵⁶ y 4) comienzan también a ejecutar abiertamente labores de apoyo a las fuerzas de seguridad del gobierno.⁵⁷

En un contexto en el que las acciones llevadas a cabo por los cuerpos de seguridad del Estado en conjunto con los CAI comienzan a mostrar cierta ‘sistematicidad’⁵⁸ en la violencia dirigida contra la disidencia política, se reafirma la imperiosa necesidad de no verlos como ‘actores casuales’, ‘simpatizantes de la revolución’ o como simples ‘delinquentes comunes que trabajan de manera organizada’, sino como autores de crímenes de lesa humanidad, siguiendo una política impartida desde el poder central,⁵⁹ configurándose así el uso del aparato estatal para la comisión de este tipo de crímenes.

Para finalizar, conviene señalar que la relación y convivencia del gobierno central con los CAI se puede resumir de la siguiente manera: a) financiamiento a estos grupos para garantizar su operatividad (OVCS, 2015); b) actuaciones en conjunto durante redadas de represión, tales como sucedió en los Operativos de Liberación del Pueblo (OLP)⁶⁰ (CIDH, 2016); c) persecución, ataques, represión y asesinatos

56 Se ha indicado que la ‘guerrilla urbana’ “[...] es un tipo específico de tácticas de guerrilla aparecido en la segunda mitad del siglo XX que se caracteriza por desarrollarse en un ambiente urbano como parte de una estrategia coordinada de lucha militar, muchas veces de naturaleza anticolonial o revolucionaria”. Se ha indicado que en muchos casos las mismas son “auxiliar del ejército y funcional a sus objetivos” (Unidad de Manejo y Análisis de Información Colombia, 2010, [en línea]). Cabe resaltar que quien acuña este concepto es Lenin, en su escrito *Guerrilla Warfare*, y lo utiliza como distintivo de los movimientos armados revolucionarios. En el texto no sólo reconoce la efectividad de este tipo de guerrilla, sino que reconoce o establece la relación entre estas estrategias con la revolución llevada por las clases populares. En el caso venezolano, solo la ONG Paz Activa ha calificado a estos grupos como ‘guerrilla urbana’.

57 Por ejemplo, El ACNUDH (2017) destacó que una de las maneras colaboración con el aparato represor es que “[...] realizan actividades de vigilancia e inteligencia para las autoridades [...]” (p. 31).

58 De acuerdo con las ONG de Venezuela existe un patrón de: 1) ataques conjuntos de la GNB, PNB y los colectivos dirigidos a la población civil, 2) uso sistemático de sustancias tóxicas y armas de fuego, 3) Práctica de tratos crueles, inhumanos o degradantes a manifestantes, 4) Práctica de torturas y abusos sexuales a manifestantes, 5) Detenciones arbitrarias, 6) Allanamientos sin orden judicial, 7) criminalización de la protesta, 8) fuertes operativos de la fuerza pública y paramilitar realizados después de las 6 de la tarde, 9) persecución a dirigentes de partidos de la oposición, así como a líderes sociales y estudiantiles (Comunicado de prensa emitido por 71 ONG’s, 2017).

59 En este sentido, el Estatuto de Roma establece en su artículo 7 la definición de crímenes de lesa humanidad, y consecuentemente en el numeral 2, en lo pertinente a “ataque contra una población civil” define que “[...] se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política[...]” (CPI, Estatuto de Roma, art. 7, num. 2). De la misma manera, el manual de elementos de los crímenes de la CPI indica, en cuanto al delito de lesa humanidad, que el “[...] ataque contra una población civil” sea llevado a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar, pues se entiende que la ‘política de cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la Organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Además, aclara que “esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo” (CPI, Elementos de los Crímenes).

60 Las OLP son operativos que surgieron para combatir la delincuencia en Venezuela. Sin embargo, se ha reportado que estas acciones ‘estatales’ han violado toda la normativa pertinente a los DDHH. Se ha

de opositores, inclusive en algunos casos brindando asistencia a las fuerzas de seguridad (OEA, 2017); d) control sobre la entrega de algunos beneficios sociales, por ejemplo, bolsas de comida (Meléndez, 2017); e) declaraciones públicas de funcionarios estatales en donde se apoya o se llama a la actuación de estos grupos,⁶¹ y f) falta de investigación y sanción por los crímenes cometidos a cambio de su lealtad (Provea, 2016).

4. Los CAI como parte de una estructura empleada para la comisión de crímenes de lesa humanidad

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) establece claramente en el art. 7 los crímenes de lesa humanidad, caracterizándose estos por la multiplicidad de actos de violencia (ataques) cometidos, de manera sistemática o generalizada, en contra de una población civil, “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (CPI, Estatuto de Roma, art. 7).

En general, entre los crímenes reportados y cometidos por las fuerzas de seguridad del Estado en contra del sector opositor se cuentan asesinatos, encarcelaciones u otras privaciones graves a la libertad física en contravención de normas fundamentales, torturas, violaciones o agresiones sexuales, desapariciones forzadas, así como otros actos inhumanos.⁶² De estos crímenes, se ha señalado que los colectivos han participado en el hostigamiento de grupos opositores, asesinatos, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas de personas con la aquiescencia del Estado, así como en ‘otros actos inhumanos’, que atentan gravemente la salud, mental o física de sus víctimas, por ejemplo, en medio de la crisis alimentaria, ejercen el control sobre la asignación de alimentos o programas sociales, otorgándose estos solo a aquellos que sean ‘leales’ o ‘simpatizantes’ al poder estatal. Cabe resaltar que todos estos actos de violencia se han llevado a cabo siguiendo un patrón de actuación, en donde necesariamente pareciese existir un plan metódico organizado para conseguir un objetivo, en donde todo aquel que sea opositor al gobierno central es sometido a diversas vejaciones y cuyo objetivo final es la intimidación y el sometimiento del sector opositor.

denunciado que a través de estas los colectivos han sustituido a los grupos criminales de las zonas (Runrunes, 2017).

61 Son numerosas las declaraciones entre funcionarios públicos donde apoyan las acciones llevadas a cabo por estos grupos y piden que no sean satanizados, se tiene como ejemplo el caso del Ministro Reinaldo Iturriza (Hernández, 2016).

62 El Tercer Informe del Secretario de la OEA (2017), sobre Venezuela, narró con detalle la comisión de estos crímenes en contra de opositores por parte de los cuerpos de seguridad del Estado venezolano, ver con especial atención páginas 2, 15, 37, 42.

Ahora bien, ante este escenario es pertinente verificar si los crímenes y actuaciones cometidos por los CAI pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad; para ello se revisará la jurisprudencia emitida por la CPI y la doctrina pertinente a la materia.

En primer lugar, en la sentencia de Katanga, se indicó que ante escenarios de lesa humanidad se deben despejar primeramente las siguientes dudas: 1) la existencia de un ataque en contra de una población civil, así como 2) la naturaleza del ataque, es decir, si los mismos tuvieron una naturaleza sistemática o generalizada (CPI, Caso Katanga, 2014, párrs. 1096-1097). La CPI ha ratificado que el adjetivo ‘generalizado’ se encuentra relacionado a un ataque de naturaleza a gran escala, mientras que el adjetivo ‘sistemático’ refleja la naturaleza organizada del ataque. Igualmente, es necesario determinar la existencia del *nexo* entre el ataque o la sistematicidad de este y el crimen cometido dentro del contexto del artículo 7 y 3) finalmente, se debe evaluar el conocimiento que posee el perpetrador por los crímenes cometidos (CPI, Caso Katanga, 2014, párrs. 1098-1100). Posteriormente, la sentencia de Bemba, ratificó y profundizó los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, asentados en el caso de Katanga, por lo que se seguirá el desarrollo de esta jurisprudencia.

4.1. Existencia de un ataque dirigido en contra una población civil

En cuanto al ‘ataque’, se debe establecer a) la existencia de una operación o el curso de una conducta que envuelva notablemente la comisión múltiple de los crímenes establecidos en el artículo 7(a), b) que la operación o el curso de las acciones sean dirigidas en contra de una población civil, y c) que esas operaciones o curso de acciones sean desarrolladas de acuerdo a o promocionadas como resultado de la política de un Estado o de una organización (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 148).

4.1.1. Un curso de acciones que envuelven la comisión múltiple de actos referidos en el artículo 7(1)

La CPI ha aclarado que el ataque no necesita ser de naturaleza militar y los mismos pueden ser cualquier tipo de violencia ejercida en contra de una población civil, puesto que debe entenderse como ‘ataque’ a la “campaña u operación llevada en contra de una población civil” (CPI, Caso Katanga, 2014, párr. 1101). Además de que esos ataques forman parte de una ‘línea de conducta’ para “describir una serie o flujo general de eventos opuestos a un mero agregado de actos aleatorios” (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 149). En el Estatuto y en los Elementos de los Crímenes se indica que el curso de acciones deben involucrar una comisión múltiple de los actos referidos en el artículo 7(1), dejando claro que se requiere más de uno, varios y

muchos. Bajo esta definición de ‘ataque’ se abarcan las actuaciones que son llevadas a cabo por los CAI, puesto que son ataques no limitados a la esfera militar, que han sido realizados de manera múltiple a lo largo del territorio venezolano y en los que su actuar resalta, debido a que casi siempre son cometidos durante momentos álgidos y convulsionados de la sociedad venezolana, como sucedió, especialmente, durante los años 2014 y 2017.

Jurisprudencialmente, la CPI ha indicado que estos ataques deben ser organizados así como poseer un patrón de conducta similar, y que para acometer esta finalidad se necesitan la utilización de recursos públicos o privados (Situación en Kenia, 2010, párr. 84-84; Situación en Costa de Marfil, 2011, párr. 43). En el caso que atañe, y tal como se ha indicado, los ataques han seguido un mismo patrón de conducta, y de acuerdo con distintas ONG, estos grupos han recibido financiamiento del Estado venezolano (Provea, 2017).

4.1.2. Acciones dirigidas en contra de una población civil

Las acciones de los CAI han sido llevadas principalmente en contra del sector opositor de la sociedad venezolana; la mayoría de las víctimas reportadas han surgido en el contexto de las manifestaciones.

En casos de crímenes de lesa humanidad, el sujeto pasivo es una población civil, que se caracteriza por su indefensión de frente a la estructura estatal u organizaciones que necesariamente se encuentran detrás de él; igualmente, debe ser considerado que estos son grupos de individuos que comparten una serie de características que no se suscriben necesariamente no a la nacionalidad o la etnicidad (Olasolo, 2017, p. 65); en este caso, esta población civil tiene como ‘distintivo’ su oposición a la ‘ideología y al gobierno socialista’. Igualmente, en cuanto a la población civil, se ha indicado que no es necesario que el ataque esté dirigido a la totalidad de esa población, debido a que bastaría que estos crímenes sean cometidos en contra de una parte de ella. (Olasolo, 2016, p. 65). En el caso venezolano, los ataques han sido especialmente llevados a cabo en contra de aquellos que se han encontrado en una situación vulnerable por su participación o militancia activa en contra del gobierno; además, este sector de la población civil se ha encontrado frente a una situación de indefensión total ante la estructura estatal, puesto que a la fecha todos los crímenes cometidos en contra de ellos permanecen impunes (Meléndez, 2017).

A nivel jurisprudencial, la CPI ha ratificado que las acciones deben ser llevadas en contra de “cualquier población civil”, siendo esta entendida como un colectivo y no como civiles particulares. El término ‘dirigido en contra’ de una población civil implica que esta debe ser el objetivo primario, un término opuesto a incidental

(CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 152).⁶³ Igualmente, en el caso de Katanga señaló que el término población civil implica a los civiles, en oposición al concepto de “miembros de las fuerzas armadas y otros combatientes legítimos” (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 153-155; Caso Katanga, 2014, párr. 1102).

4.1.3. De conformidad con o en apoyo de la política de un Estado u Organización

El artículo 7(2)(i) del Estatuto deja claro que el ataque debe enmarcarse “en conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política” (CPI, Estatuto de Roma). A este tenor, en los Elementos de los Crímenes de la CPI se “requiere que el Estado u organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”, agregando que “la política que tuviera a una población civil como objeto se ejecutaría mediante la acción del Estado [...]”; además, “[...] en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo [...]” (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 159). Aunque, en el caso de Bemba, se indicó que el Estatuto no requiere demostrar el ‘motivo’ o ‘propósito’ subyacente a la política de atacar la población civil (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 160).

De acuerdo con la Sala de Primera de la Segunda Instancia, el término también se refiere a la realidad de que el Estado o la organización tiene la intención de llevar a cabo dichos ataques en contra de una población civil, a través de la acción de la deliberada falla en tomar acciones,⁶⁴ aunque se aclara que no se requiere la existencia de un diseño formal de esa ‘política’ (CPI, Caso Katanga, 2014, párr. 1108). Sin embargo, tal como se ha indicado, esa ‘política’ siempre debe tener como objetivo una población civil determinada o a parte de ella. En el caso de los colectivos, se ha constatado que los máximos representantes del Estado no han tomado acciones en

63 La sentencia indicó que la presencia en la población civil de personas que no entran dentro de la definición de civiles no priva a la población de su carácter civil. Agregó que en los casos en donde un ataque es dirigido a un área que contiene tanto civiles como no civiles, se deben determinar los medios y métodos utilizados en el curso del ataque en contra de esa población, el estado de las víctimas, su número, la naturaleza discriminatoria del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos en su curso, la forma de resistencia a los asaltantes en el momento del ataque y la medida en que la fuerza atacante cumplió con los requisitos de precaución de las leyes de guerra. Cabe destacar que la sala de juicios en el caso de Bemba consideró que la referencia a “cualquier” población civil en el artículo 7(1) implicaba que la norma no se limita a las poblaciones definidas por nacionalidad común, origen étnico u otras características distintivas similares sino que, a pesar del requisito exigido de que el ataque sea dirigido en contra de una población civil, no se exige que las víctimas individuales de crímenes de lesa humanidad sean “civiles”. De hecho, teniendo en cuenta la finalidad del artículo 7, es la opinión de la Sala de que la noción debe interpretarse de una manera que no excluya a otras personas protegidas.

64 Caso Katanga, para. 1108.

contra de estos grupos y los cuerpos de seguridad tales como la Policía Nacional o la Guardia Nacional suelen hacer caso omiso a las denuncias realizadas en contra de las actuaciones agresivas de los colectivos (Carvajal, 2012). Igualmente, resulta preocupante que en declaraciones dadas a los medios de comunicación social, estos grupos hayan reconocido como propios la comisión de diversos crímenes y los mismos siguen sin sanción (Carvajal, 2012, p. 26).⁶⁵ Por su parte, el ACNUDH (2017), en su informe sobre Venezuela, oficializó la existencia de una ‘política de represión’ en contra de la disidencia política. Aunque, “no es necesario que la política sea expresamente definida o formalizada” (Olasolo, 2016, p. 66).

Del mismo modo, se retoma del caso Bemba que no se puede excluir el escenario de que el Estado o la Organización, al alentar un ataque en contra de la población civil, podría adoptar o diseminar un plan o diseño preestablecido. En estos casos, la existencia de esa política puede ser deducida por discernimiento de acciones repetidas que ocurren de acuerdo a una misma secuencia, o la existencia de preparativos o movilizaciones colectivas orquestadas y coordinadas por el Estado o la Organización (CPI, Caso Katanga, 2014, párr. 1109). Además, la CPI agrega que, en la mayoría de las situaciones, para que esta política se materialice y desarrolle, es necesario que las acciones sean llevadas a cabo secuencialmente y ejecutadas por los perpetradores (Caso Katanga, 2014, párr. 1110). En el caso de la utilización de los colectivos, ese ‘plan diseminado’ se encuentra retratado en la utilización y en las acciones repetidas “indistinta o combinadamente, tanto de los cuerpos policiales y militares como de los grupos agresivos de partidarios civiles para reprimir protestas de los vecinos y los trabajadores” (Carvajal, 2017, p. 341), así como la existencia de movilizaciones que pareciesen orquestadas por la aparición simultánea de estos cuando ocurre algún hecho que pueda ir en contra del ‘orden’ impuesto o durante las protestas convocadas por el sector opositor.

En el caso de los CAI, aparte de participar en la comisión de varios crímenes (asesinatos, persecución, participación en desapariciones forzadas, extorsiones, secuestros, saqueos, invasiones) (Provea, 2017), se ha denunciado que hacen control de supermercados, panaderías, escuelas y hospitales localizados en sus zonas de control, llegando hasta decidir quien recibe en la comunidad los beneficios gubernamentales, incluyendo el reparto de alimentos en medio de la crisis que atraviesa el país. Además, cobran ‘vacunas’ e imparten castigos a quienes no se someten a su control y/o siguen sus reglas (Control Ciudadano, 2017). A nivel internacional, el

65 En el caso del colectivo La Piedrita, admitió haber atacado la residencia familiar del Presidente de RCTV, lanzar bombas lacrimógenas contra el edificio en donde vivía la periodista Marta Colomina, así como contra la sede del diario *El Nuevo País*, la sede del partido político COPEI y la Nunciatura Apostólica (Carvajal, 2012, p. 26).

ACNUDH (2017) confirmó en su informe que los colectivos “deciden quién podrá recibir asistencia del Gobierno” (p. 31). En el contexto de las protestas, de acuerdo con Human Right Watch (2017), “en muchos casos [los colectivos sometieron a] los manifestantes o personas que las autoridades creían que estaban implicadas en protestas [...] a niveles y formas de violencia que constituyen trato cruel, inhumano o degradante”.⁶⁶ Todo esto demuestra que los crímenes han ocurrido cumpliendo con una secuencia, bajo la existencia de preparativos o movilizaciones colectivas orquestadas y coordinadas.

En cuanto al establecimiento o búsqueda de una política por parte del Estado o de una organización criminal, la CPI ha indicado que el curso de los actos realizados deben ser para poder cumplir con esa política. La política requiere promover⁶⁷ o animar activamente a un sector⁶⁸ para llevar a cabo el ataque en contra de la población civil por parte del Estado o de una organización. Igualmente, se destaca que la existencia de esa política se da debido al fallo deliberado en tomar acciones en contra de los crímenes cometidos; esa omisión tiene la intención de alentar la comisión de tales crímenes. La CPI ha indicado que esa política no necesita ser formalizada y esta puede ser deducida de una variedad de actos que, tomados en conjunto, denotan la existencia de la misma. Entre estos actos tenemos: a) el ataque fue planificado, directo y organizado, b) una recurrente característica de violencia, c) el uso de recursos públicos o privados para llevar a cabo esa política; d) la participación del Estado o de las fuerzas y organizaciones estatales en la comisión de los crímenes,⁶⁹ e) declaraciones, instrucciones o documentación atribuible al Estado o la Organización en donde se condona o promueven la comisión de tales crímenes, y f) una motivación resaltante (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 160).

En el caso que nos compete, estas características pueden ser encontradas en los ataques de los colectivos, los cuales son realizados de manera directa, organizada y

66 De acuerdo con las reseñas de *Human Right Watch*, una víctima declaró que luego de que esta fuese entregada a los cuerpos de seguridad, miembros de los colectivos dijeron abiertamente: “¡Vamos a matar estudiantes!. Y se fueron”.

67 Es importante resaltar que Nicolás Maduro, actual presidente de Venezuela, en fecha del 5 de marzo de 2014, llamó tanto a las UBCH, (Unidades Bolívar Chávez) como a los colectivos y a las comunas a defender la Revolución Bolivariana de los enemigos, en este caso de los opositores, bajo la frase: “candelita que se prenda, candelita que se apaga” (*Informe 21*, 2014).

68 En enero de 2017, el presidente Nicolás Maduro anunció la intención de entregar a todos los barrios fusiles automáticos, alrededor de 10.000 o 20.000, y declaró tener otro tipo de armamento secreto que se estaba preparando para la defensa de Venezuela. En este sentido declaró: “esto podemos llevar unas 10, 20 mil a todos los barrios y campos para defender el territorio de Venezuela” (*El Deber*, 2017).

69 En el trabajo de investigación del profesor de la Universidad Católica Andrés Bello Leonardo Carvajal, se concluyó que “lamentablemente, todos los hechos y dichos, las acciones y las omisiones, llevan a cabo una única conclusión: existe una fuerte vinculación de grupos de este tipo con altos funcionarios gubernamentales. Sus acciones son apoyadas financieramente por el Gobierno en cuanto a lo social y toleradas en cuanto a lo parapolicial y paramilitar” (2012, p. 31).

simultánea a lo largo del país, en especial cuando la oposición ha convocado protestas a nivel nacional. La participación del Estado ha quedado claramente establecida, de acuerdo con diversos informes avalados por entes internacionales, cuando en el contexto de represiones masivas se han utilizado a estos grupos a la par de las fuerzas de seguridad públicas. En cuanto a las declaraciones, instrucciones o documentación, resalta la falta de investigación y sanción de estos crímenes en las instancias nacionales, así como las incitaciones públicas realizadas por altos funcionarios del gobierno para que los colectivos se activen en defensa de la ‘revolución’. Además, en este caso se ha señalado que “las actividades —en la vertiente de la asistencia social— están imbricadas con organismos gubernamentales que administran diferentes misiones. Sus actos ilegales y violentos —control de territorios, porte de armas de guerra, allanamientos, enfrentamientos armados, asesinatos— cuentan con el apoyo o con la lenidad gubernamental” (Carvajal, 2012, p. 30).

La CPI ha recalcado el necesario enlace que debe existir entre las acciones cometidas y las repercusiones de estas *para* llevar a cabo esa política por parte del Estado o de la Organización, excluyendo todos aquellos actos que son perpetrados de manera aislada y sin la coordinación de particulares que actúan por motivos propios (CPI, Caso Bemba, 2016, párrs. 161, 690-691). La CPI denotó que no se requiere que los perpetradores actúen necesariamente bajo el motivo de llevar a cabo esa política o que ellos sean miembros del Estado o de la Organización. De esta manera, se podría deducir que los perpetradores pueden participar en la comisión de un crimen no necesariamente porque quieran llevar a cabo esa ‘política’ sino porque su fin ulterior podría ser económico. En el caso de los CAI queda claro que no son formalmente miembros del aparato estatal, como también lo podrían ser los CS, y sin embargo podrían ser perfectamente señalados como responsables de la comisión de estos crímenes, aunque sus razones no sean tan solo ideológicas sino también económicas, al actuar con el objetivo de obtener el control de los territorios donde operan (Provea, 2017).

Además, en el caso venezolano se establece la existencia formal de una política oficial de ‘defensa integral de la nación’, que cuenta también con el apoyo de los colectivos. Agregándose, los llamados públicos de representantes del gobierno convidando a la actuación de estos grupos en contra de sectores de la oposición; finalmente, se destaca la omisión de actuar por parte de las autoridades frente a los ataques de estos grupos, así como queda claro el trabajo en conjunto con ellos. Por lo tanto, se puede concluir que estos forman parte de la estructura gubernamental y cumplen con los elementos para la configuración de los crímenes de lesa humanidad.

4.2. Naturaleza del ataque sistemático o generalizado

El crimen de lesa humanidad establece como uno de sus requisitos la ‘sistematicidad’ o la ‘generalidad’ del ataque.⁷⁰ En atención a estos elementos, en los casos de Bemba y Katanga, se han ratificado que estos elementos son disyuntivos y sirven para determinar la naturaleza de los ataques (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 162; Caso Katanga, párr. 1123). En el contexto del artículo 7 se requiere determinar de manera objetiva el nexo necesario entre la generalidad o sistematicidad de los ataques y los crímenes, observando para ello las características, finalidad, naturaleza y/o consecuencia de los actos (CPI, Caso Katanga, 2014, párrs. 164-165). En el caso de los CAI, se observa la naturaleza organizada de los hechos de violencia y la ocurrencia de los mismos de manera sistemática.⁷¹ Específicamente, el ACNUDH (2017) destacó “el uso generalizado y sistemático de fuerza excesiva durante las manifestaciones y la detención arbitraria de manifestantes y presuntos opositores políticos denota que no se trata simplemente de actos ilegales o insubordinados de funcionarios aislados” (p.35), recalcando que esas actuaciones de los cuerpos de seguridad eran acompañadas por los colectivos.

70 La CPI, en el caso de Bashir, indicó que la sistematicidad se verificaba cuando el ataque ocurría bajo esas premisas (CPI, *Bashir Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 2009, párr. 81).

71 En este sentido, de acuerdo con los criterios establecidos por el TPIY, en el caso Jelisic, para identificar un ataque como sistemático hay que revisar si: a) Existe una política reconocida dirigida a una comunidad determinada; esto se comprueba al verificar que los ataques son llevados en contra del sector de la población identificado como ‘opositor’; b) El establecimiento de instituciones paralelas destinadas a implementar esta política; estos grupos han operado de manera paralela y con la aquiescencia del gobierno venezolano; c) La participación de autoridades políticas o militares de alto nivel; tal como se ha indicado, los colectivos, entendidos como los CAI, gozan de una estructura y ambos han respondido a los llamados realizados desde las altas esferas del poder central; d) El empleo de recursos financieros, militares o de otro tipo; esto se destaca por las declaraciones dadas por los voceros oficiales al indicar que se haría entrega de armamentos a sectores de los barrios de Caracas y; e) La escala o la repetición constante e ininterrumpida de la violencia cometida contra una población civil; *el modus operandi* de estos grupos suele ser el mismo, actuando en coordinación con las fuerzas de seguridad, tal y como ha sido reportado por diversos entes, tanto a nivel nacional como internacional, o en su defecto actúan para detener cualquier tipo de manifestación que sea contraria al gobierno. Todos estos elementos, en el caso venezolano, podrían ser calificados como factores que pueden demostrar la naturaleza ‘sistemática’ de los ataques. Igualmente, el TPIY detalló en el caso de *Blaškić* que para considerar un ataque como sistemático se deben considerar cuatro elementos: a) “La existencia de un objetivo político, un plan según el cual se perpetra el atentado o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, es decir, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad”; en este caso, el objetivo político sería la defensa de ‘la revolución bolivariana’; b) “La perpetración de un acto criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados entre sí”; se puede verificar la continua comisión de actos inhumanos contra un sector determinado de la población; c) “La preparación y utilización de importantes recursos públicos o privados, sean militares u otros”; de acuerdo con las denuncias de las ONG en Venezuela, estos grupos han recibido apoyo financiero a través de subsidios a ‘proyectos sociales’; y d) “La implicación de las autoridades políticas y / o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico”.

Al mismo tiempo, Human Right Watch en su informe *Venezuela: Abusos sistemáticos contra opositores* (2017) relató, de acuerdo con las entrevistas realizadas a las víctimas, los actos atroces cometidos por las fuerzas de seguridad en contra de los opositores, y afirmó la existencia de la complicidad entre altos funcionarios del gobierno y quienes cometieron los crímenes.⁷² Igualmente, el informe destacó la labor que llevan a cabo los colectivos, en medio de toda la maquinaria de represión; entre las nuevas acciones realizadas por estos grupos y recientemente reportadas se relatan haber disparado “cañones de agua, gases lacrimógenos y perdigones a corta distancia, de tal forma que parecen haber tenido como propósito causar lesiones dolorosas” (2017, [en línea]). El informe detalla la ‘sistematicidad’ de los crímenes cometidos contra opositores, la omisión en sancionar y la estrecha relación entre los CAI y el gobierno central. En este sentido, resalta que muchas de las detenciones en contra de los opositores “fueron llevadas a cabo por miembros de pandillas armadas partidarias del gobierno llamadas ‘colectivos’, que luego entregaron a los detenidos a las fuerzas de seguridad”.

4.3. El conocimiento de los crímenes perpetrados

No se puede dejar de lado el conocimiento del ataque, tal como lo afirma el artículo 7(1), en el que se requiere que los crímenes sean llevados a cabo ‘con conocimiento del ataque’, siendo este uno de los requisitos exigidos por los Elementos de los Crímenes. La CPI ha indicado que los perpetradores deben estar conscientes de que los ataques en contra de una población civil, se están llevando a cabo y que esas acciones son parte del mismo (CPI, Caso Bemba, 2016, párr. 166-167). El elemento del conocimiento puede ser tenido como cumplido si el perpetrador tiene la intención de promover los ataques; en el caso venezolano se conocen diversas declaraciones dadas por representantes del Estado promoviendo acciones violentas contra la oposición.⁷³ El perpetrador debe tener conocimiento de que los ataques eran parte o pretendían ser parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil. En Venezuela, miembros de los CAI han declarado abiertamente no reconocer el derecho de disentir en contra de la ‘revolución’ y han

72 Jose Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch, declaró que: “Los abusos perversos y generalizados contra opositores del gobierno en Venezuela, incluidos casos de torturas aberrantes, y la impunidad total de los agresores sugiere responsabilidad gubernamental en los más altos niveles” (Human Rights Watch, 2017, [en línea]).

73 El Tercer Informe del Secretario de la OEA (2017) sobre Venezuela afirmaba que “el Jefe de Estado ha expresamente incitado a las Fuerzas Armadas, a los colectivos armados, y otros actores adeptos al régimen, a reprimir a los opositores. Incluso antes del inicio de las protestas en abril de 2017, el Presidente Maduro ya habría hecho amenazas. Advirtió que la alternativa al régimen, es la agresión: «Prepárense para un tiempo de masacre y de muerte si fracasara la revolución bolivariana»” (p.45).

asentado que si esos grupos opositores ofendían a la revolución, los mismos serían víctimas de violencia (Carvajal, 2012).⁷⁴

Se desprende de todo esto que, de acuerdo con las características de las acciones perpetradas por los CAI se configura el crimen de lesa humanidad, puesto que los ataques son sistemáticos, operan bajo un plan preestablecido cuya finalidad es neutralizar a grupos disidentes e imponer una ideología, teniendo como consecuencia crear temor, sometimiento y control mediante la comisión de diversos crímenes e inclusive la muerte de todo aquel que exprese su opinión en contra el sistema ideológico impuesto en ese país, claro está, todo bajo el conocimiento y dominio de los perpetradores.

Conclusiones

El Estado venezolano ha ido formando toda una organización de civiles armados, adosándolos a la estructura de poder estatal, para la realización de crímenes e intimidación hacia un sector de la población civil, afinando, de esta manera, una maquinaria de represión para que los colectivos trabajen en conjunto con las fuerzas estatales, situación que comienza a ser denunciada en diversos organismos internacionales. Por otra parte, queda claro que cada grupo de colectivos tiene sus características propias y asignaciones en este engranaje gubernamental, resultando que los CS son grupos semimilitares y estatales, haciéndolos formar parte *de iure* de la estructura gubernamental y en donde los grados de participación y responsabilidades de mando se encuentran establecidos de una manera más clara, sin dejar de lado que de comprobarse directamente la comisión de crímenes por estos grupos tendrían especial ‘culpabilidad’, puesto que las verdaderas intenciones de su creación estarían ocultadas a través de ‘la legalidad’ y de un ‘plan de seguridad integral’.

Por otra parte, está el grupo de CAI, considerados en este ensayo como paramilitares, y en estos se tendría que terminar de comprobar exhaustivamente por las autoridades competentes si pueden ser considerados oficialmente como parte de la estructura organizada del Estado. De igual manera, se señala que, según la documentación internacional y la proveniente de los medios de comunicación, en principio pareciesen estar vinculados en la comisión de crímenes de lesa humanidad si se

74 En palabras textuales existen registros donde han declarado: “si ofenden a la revolución, donde los veamos les vamos a cortar la cabeza y ya lo hemos hecho” (Carvajal, 2012: 34) Igualmente, en declaraciones a el medio *El Español*, un miembro de un colectivo declaró: “Estamos a la orden del gobierno. Si nos llama, allá hay que ir”; agregando que “Los yanquis quieren desestabilizar el país para quedarse con nuestros recursos naturales [Venezuela posee la mayor reserva petrolífera del planeta]. Están detrás de cada líder opositor y de los guarimberos [estudiantes radicales que organizan barricadas]. Por eso son nuestros enemigos y actuamos cada vez que salen a la calle. Si quieren un estallido social, nosotros responderemos”.

considera los lineamientos de la doctrina y la jurisprudencia internacional, puesto que se reunirían todos los elementos para configurar este crimen, contándose entre estos: la existencia de ataques dirigidos en contra de una población civil, ocurridos bajo una comisión múltiple y de acuerdo con una ‘política’ establecida, sumándose el carácter sistemático y el conocimiento por parte de los perpetradores.

Ahora bien, todo este escenario crea preocupación, considerando que Venezuela se puede encontrar en la antesala de un conflicto armado, utilizándose principalmente a los CAI para frenar y disminuir las acciones de aquellos identificados como ‘opositores’, aunado a que desde el Poder Central no se ha mostrado un interés real en detener las acciones de todos los grupos armados que están a favor del gobierno, así como tampoco se ha frenado la entrega de armamentos a estos. A su vez, se puede plantear otro escenario a raíz de lo desarrollado, en el caso de un cambio de gobierno, puesto que estos grupos podrían pasar automáticamente a retomar sus orígenes: la lucha armada, llevada a cabo en los años 60, convirtiéndose nuevamente en guerrilla y/o a formar parte de las ‘nuevas bandas criminales emergentes’.

De todo este escenario resalta la importancia de que ‘los colectivos’, y en particular los CAI, no sean vistos como ‘simpatizantes del gobierno’ o como ‘simples criminales’, sino que más bien deben ser reconocidos como piezas integrantes de una maquinaria de represión, dirigida desde el Estado, en contra de sectores disidentes de la población civil. Por lo tanto, se observa que, en aras de rescatar la gobernabilidad en el país, es perentoria la realización de investigaciones serias para determinar las responsabilidades y materializar las sanciones necesarias contra aquellos que han cometido horribles crímenes en contra de la población bajo el seguimiento de un ‘plan común’, para evitar así que una situación como esta se vuelva a repetir en Venezuela. Ya que, en últimas, tal como lo señala Francisco de Miranda: “*entre las diversas maneras de matar la libertad, no hay ninguna más homicida para la República que la impunidad del crimen o la proscrición de la virtud*” (1795, p. 170).

Referencias

- Beede, B. (2013). Semi-Military and Paramilitary Organizations. En D. Showalter. D. (Ed.), *Military History* (pp. 36-75), Nueva York: Oxford University Press. Doi: <https://dx.doi.org/10.1093/obo/9780199791279-0100>
- Brewer-Carias, A. (2010). *Sobre el poder popular y el estado comunal en Venezuela*. Recuperado de https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Brewer-Car%C3%ADAs_Sobre_el_Estado_Comunal_el_Estado_Socialista_y_el_Poder_Popular_en_Venezuela_31-12-2010_doc%5B1%5D.pdf

- Carvajal, L. (2012). *¿Guerra Civil en Venezuela?* Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).
- Domingo, I. (2000). *Relaciones Civiles y Militares en el Siglo XX*. Caracas: Centauro Ediciones.
- Irwin, D., Castillo H., & Langué, F. (2007). *Pretorianismo venezolano del Siglo XXI, Ensayo sobre las Relaciones Civiles y Militares Venezolanas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).
- Íñigo Álvarez, L. (2016). Los grupos armados ante el Derecho Internacional Contemporáneo. Obligaciones y responsabilidades. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 31, 01-23. Doi: 10.17103/reei.31.11
- Miranda, F (1992). *América Espera*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho.
- Olasolo Alonso, H. (2017). *Derecho Internacional Penal, justicia transicional y delitos transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olivero, E. (2012). La lucha social y la lucha armada en Venezuela. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana.
- Plaza, E. (1969). Historia de la lucha armada en Venezuela, 1960-1969. Caracas: Centro Gumilla.
- Roxin, C. (1970). Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal. En *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa* (pp. 55-70), Buenos Aires: Pannedille.
- Kai, A. (2011). Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus. *Journal of International Criminal Justice*, 9, 137-158.
- Zago, A. (1998). *La rebelión de los ángeles*. Caracas: Warp Ediciones.

Documentación internacional

- ACNUDH. (2017). *Informe Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 01 de abril al 31 de julio de 2017*. (s.n) Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCREportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf
- ACNUDH. (2017). *Venezuela: Las violaciones de derechos humanos apuntan a una 'política de represión'*. Informe de la ONU. Comunicado de Prensa. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22007&LangID=S>

- ACNUDH. (2017). *Venezuela must allow peaceful protests and investigate killing of demonstrators, say UN experts*. Comunicado de Prensa. Recuperado de <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21553&LangID=E>
- Amnistía Internacional. (2017). *Venezuela: Violencia letal, una política de estado para asfixiar a la disidencia*. Comunicado de Prensa. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2017/07/venezuela-violencia-letal-una-politica-de-estado-para-asfixiar-a-la-disidencia/>
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2008). *¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el Derecho Internacional Humanitario?*. Recuperado de <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe Anual 2016* (s.n). Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.Venezuela-es.pdf>
- Human Rights Watch. (05 de mayo de 2014). *Informe “Castigados por Protestar Violaciones de derechos en las calles, centros de detención y el sistema de justicia en Venezuela”* (s.n). Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2014/05/05/castigados-por-protestar/violaciones-de-derechos-en-las-calles-centros-de>
- Human Rights Watch. (29 de noviembre de 2017). *Informe Arremetida contra opositores Brutalidad, tortura y persecución política en Venezuela*. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2017/11/29/arremetida-contra-opositores/brutalidad-tortura-y-persecucion-politica-en>
- UNOCHA. (2006). *Humanitarian Negotiations with Armed Groups: A Manual for Practitioners*. Recuperado de <https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/HumanitarianNegotiationswArmedGroupsManual.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (25 de julio de 2017). *OAS Secretary General Designates Luis Moreno Ocampo as Special Adviser on Crimes against Humanity*. Comunicado de Prensa. Recuperado de http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-057/17
- OEA. (2017). *Tercer Informe sobre la persistente crisis en Venezuela*. Recuperado de <http://www.oas.org/documents/spa/press/TERCER-INFORME-VENEZUELA-SPANISH-Final-signed.pdf>
- OEA. (2017). *Cuarto Informe sobre la persistente crisis en Venezuela*. (OSG/ 445-17). Recuperado de <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-445CUARTO-INFORME-VENEZUELA-SPANISH.pdf>

Venezuela

- (Septiembre de 2017). Reporte sobre la represión del Estado en Venezuela. *Foro Penal*, p. 1. Recuperado de <https://foropenal.com/2017/10/17/reporte-la-represion-del-estado-venezuela-septiembre-2017/>
- Matamoros, N. (23 de junio de 2017). *Colectivos se fortalecen con la ausencia del Estado*. Provea. Recuperado de <https://www.derechos.org/ve/paramilitares-investigacion/colectivos-se-fortalecen-con-la-ausencia-del-estado>
- Meléndez, L. (3 de agosto de 2017). Gobierno tolera negocios de paramilitares para no perder a sus pistoleros. *Provea*. Recuperado de <https://www.derechos.org/ve/paramilitares-investigacion/gobierno-tolera-negocios-de-paramilitares-para-no-perder-a-sus-pistoleros>
- Provea. (2017). *Investigación Especial: Paramilitares*. Provea. Recuperado de <https://www.derechos.org/ve/paramilitares>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS). (2017). *71 ONG exigen desactivación inmediata del Plan Zamora y fin de la actuación de “Colectivos” armados contra manifestantes*. Recuperado de <https://www.observatoriodeconflictos.org/ve/comunicados-2/71-ong-exigen-desactivacion-inmediata-del-plan-zamora-y-fin-de-la-actuacion-de-colectivos-armados-contra-manifestantes>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS). (2015). *Informe Periodistas bajo la lupa paramilitar Venezuela (s.n)*. Recuperado de <https://www.observatoriodeconflictos.org/ve/derechos-humanos/informe-periodistas-bajo-la-lupa-paramilitar>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS) (2017). *Manifestantes en la mira de Colectivos Paramilitares: Venezuela. (s.n)*. Recuperado de <https://www.observatoriodeconflictos.org/ve/oc/wp-content/uploads/2015/06/Informe-Manifestantes-en-la-mira-de-paramilitares.pdf>
- Orjuela, I. (2017). Provea denuncia que Venezuela atraviesa histórica crisis en DDHH. *Provea-alternos*. Recuperado de <http://alternos.la/2017/08/18/provea-denuncia-que-venezuela-atraviesa-historica-crisis-en-ddhh/>
- Paz Activa. (2017). *Colectivos: paramilitares que son el ‘brazo civil’ de la represión contra la oposición*. Recuperado de <http://pazactiva.org/ve/colectivos-paramilitares-que-son-el-brazo-civil-de-la-represion-contra-la-oposicion/>

Paz Activa. (2017). *Colectivos en Venezuela: La amenaza de la sociedad que apoya al gobierno*. Recuperado de <http://pazactiva.org.ve/colectivos-en-venezuela-la-la-amenaza-de-la-sociedad-que-apoya-el-gobierno/>

Leyes venezolanas

Creación de Milicias, Decreto Presidencial número 3.560, Gaceta Oficial n° 338.084, Caracas, Venezuela, 04 de abril de 2005.

Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, Gaceta Oficial n° 37.463. Caracas, Venezuela, 12 de junio de 2002.

Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, Gaceta Oficial n° 5.891, Caracas, Venezuela, 31 de julio de 2008.

Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (LOFANB), Gaceta Oficial Extraordinaria n° 6.156, Caracas, Venezuela, 19 de noviembre de 2014.

Ley de los Consejos Comunales, Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.806, Caracas, Venezuela, 10 de abril de 2006.

Ley Orgánica de los Consejos Comunales, Gaceta Oficial n° 39.335, Caracas, Venezuela, 28 de diciembre de 2009.

Ley Orgánica de las Comunas, Gaceta Oficial Extraordinaria n° 6.011, Caracas, Venezuela, 21 de diciembre de 2010.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs Colombia. Sentencia de Fondo. 15 septiembre de 2005. Serie C n° 134.

Corte IDH. Caso de “19 comerciante vs Colombia”. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 05 de julio de 2004. Serie C n° 109.

Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)

TESL. The Prosecutor v Brima, Kamara and Kau. Sentency Judgment. Sala de Juicios. N° SCSL-04-16-T. 20 de junio de 2007.

TESL. The Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao. Sentency Judgment. N° SCSL-04-15- T. 02 de marzo de 2009.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

TPIY. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic. Appeals Chamber. IT-96-23 & 2371. 12 de Junio de 2002.

TPIY. Prosecutor v. Mladen Naletilic aka “Tuta”, Vinko Martinovic aka “Stela”. Trial Chamber. IT-98-34. 31 de marzo de 2003.

TPIY. Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Trial Chamber. IT -95-14. 3 de Marzo de 2000.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

TPIR. The Prosecutor of the Tribunal Against Jean-Paul Akayesu. Trial Chamber. ICTR-96-4-T. 2 de septiembre de 1998.

TPIR. The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Trial Chamber. ICTR-95-1-T. 21 de Mayo de 1999.

TPIR. The Prosecutor v. Laurent Semanza. Trial Chamber. ICTR-97-20-T. 15 de Mayo de 2003.

Corte Penal Internacional (CPI)

CPI. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. PTC- II. ICC-01/09. 31 de marzo de 2010.

CPI. The Prosecutor v. Al Bashir. Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09. 04 de marzo de 2009.

CPI. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges. PTC-II. ICC-01/05-01/08. 15 de Junio de 2009.

CPI. Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v Jean- Pierre Bemba Gombo. Sala de Juicios III. ICC-01/05-01/08. 21 de Marzo de 2016.

CPI. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of The Prosecutor v Germain Katanga. Sala de Juicios II. ICC-01/04-01/07. 07 de marzo de 2014.

CPI. The Prosecutor v. Harun. Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, (PTC-I), ICC-02/05-01/07. 27 de April de 2007.

CPI. The Prosecutor v. Ruto. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute. PTC- II. ICC-01/09-01/11. 23 de enero de 2012.

Jurisprudencia Venezolana

Tribunal Supremo de Justicia. Sobre la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Sala Constitucional. No. 1.676. 3 de diciembre de 2009.

Prensa

Colectivos le dicen no al plan de desarme del gobierno Bolivariano. (05 de noviembre de 2014). *La Patilla*. Recuperado de <http://www.lapatilla.com/site/2014/11/05/colectivos-le-dicen-no-al-plan-de-desarme-del-gobierno-bolivariano/>

FANB creó 200 ‘comités de defensa integral’ en Consejos Comunales. (12 de abril 2015). *El Nacional*. Recuperado de http://www.el-nacional.com/noticias/politica/fanb-creo-200-comites-defensa-integralen-consejos-comunales_53639

Maduro: “Candelita que se prenda candelita que se apaga”. (06 de marzo de 2014). *Informe 21*. Recuperado de <https://informe21.com/nicolas-maduro/maduro-%E2%80%9Ccandelita-que-se-prenda-candelita-que-se-apaga%E2%80%9D>

Maduro quiere entregar armas a los barrios. (17 de enero de 2017). *El Deber*. Recuperado de <https://www.eldeber.com.bo/mundo/Maduro-quiere-entregar-armas-a-los-barrios-20170117-0100.html>

OLP La máscara del terror oficial en Venezuela. (3 de noviembre de 2017). *Runrunes*. Recuperado de <http://runrun.es/especiales/olp/>

ONU a Maduro: Entregar armas a civiles solo causa más tensión en el país. (18 de abril de 2017). *El Nacional*. Recuperado de http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/onu-maduro-entregar-armas-civiles-solo-causa-mas-tension-pais_177673

Varela: Colectivos son el pilar para la defensa de la patria. (15 de febrero de 2014). *El Universal*. Recuperado de <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140215/varela-colectivos-son-el-pilar-para-la-defensa-de-la-patria>

- Arias, R. (14 de marzo de 2014). Nicolás Maduro: Colectivos son parte de la diversidad social del chavismo. *El Universal*. Recuperado de <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/140314/nicolas-maduro-colectivos-son-parte-de-la-diversidad-social-del-chavis>
- Fermín, Y. (09 de octubre de 2014). “¿Qué son los Colectivos?”. *Runrun.es*. Recuperado de <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/160575/que-son-los-colectivos.html>
- García Marco, D. (07 de julio de 2017). Qué son los colectivos y cómo operan para “defender la revolución bolivariana” en Venezuela. *BBC Mundo*. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40527998>
- Gurney, K. (01 de diciembre de 2014). Venezuela’s Leftist Collectives: Criminals or Revolutionaries?. *InSight Crime*. Recuperado de <http://www.insightcrime.com/news-analysis/venezuela-leftist-collectives-criminals-or-revolutionaries>
- Hernández, C. (10 de marzo de 2014). Reinaldo Iturriza: “Los colectivos son sinónimo de organización, no de violencia”. *Ciudad Caracas*. Recuperado de <http://albaciudad.org/2014/03/reinaldo-iturriza-los-colectivos-son-sinonimo-de-organizacion-no-de-violencia/>
- Lozano, A. (22 de abril de 2017). En moto con un líder de ‘colectivos’, el grupo de pistoleros que reprime a tiros a los venezolanos. *El Español*. Recuperado de https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20170420/209979514_0.html
- Maneto, F. (19 de julio de 2017). Congresistas de Colombia y Chile denuncian a Maduro ante el Tribunal de La Haya. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2017/07/18/colombia/1500344108_601017.html
- Markovits, M., & Rueda, M. (27 de Marzo de 2013). Venezuela Election is a High Stakes Affair for Local Vigilante Groups. *ABC News*. Recuperado de http://abcnews.go.com/ABC_Univision/ABC_Univision/venezuela-election-high-stakes-affair-local-vigilante-groups/story?id=18822407&singlePage=true
- Von Bergen, F. (27 de marzo de 2014). “Los colectivos y el poder”. *ABC de la Semana*. Recuperado de <http://www.abcdelasemana.com/2014/03/27/los-colectivos-y-el-poder/>

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la I Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

Pacificação na favela não para a favela. Uma análise sobre o projeto de pacificação e programas governamentais, como justiça comunitária, implementados na favela, perquirindo quem são os reais beneficiários do projeto e ressaltando a potência política favelada neste contexto

Nathalie Ferreira de Andrade

El reconocimiento de “la justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico

María Dolores Núñez Ávila

Reflexiones sobre el vínculo entre reformas a la Administración de Justicia, Economía y Desarrollo Económico

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Pacificação na favela não para a favela. Uma análise sobre o projeto de pacificação e programas governamentais, como justiça comunitária, implementados na favela, perquirindo quem são os reais beneficiários do projeto e ressaltando a potência política favelada neste contexto

Pacificación en la Favela no para la Favela. Un análisis del proyecto de pacificación y de los programas gubernamentales, como justicia comunitaria, implementados en la Favela, investigando quiénes son los verdaderos beneficiarios del programa y resaltando la potencia política favelada en ese contexto

Pacification in the Slum, Not for the Slum. An analysis about the pacification project and government programs, such as communitarian justice, implemented at the favela, investigating the real beneficiaries of these programs and emphasizing the favela's political potency in that context

Nathalie Ferreira de Andrade*

Recepção: 26 de janeiro de 2018

Aprovação: 9 de abril de 2018

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7161>

Para citar este artigo: Ferreira de Andrade, N. (2018). Pacificação na favela não para a favela. Uma análise sobre o projeto de pacificação e programas governamentais, como justiça comunitária, implementados na favela, perquirindo quem são os reais beneficiários do projeto e ressaltando a potência política favelada neste contexto. *ANIDIP*, 6, 146-174. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7161>

* Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos- UFRJ.

Resumo

O conceito de Justiça vem sendo discutido há séculos, por diversas áreas de conhecimento, não se concluindo pela unicidade de significação. Ocorre que, em nome da justiça social, implementou-se um processo de pacificação no Complexo do Alemão e em outras favelas da cidade do Rio de Janeiro, tendo como instrumento as Unidades de Polícia Pacificadora (“UPPs”), em que são registradas uma série de atentados à dignidade humana. O presente trabalho é baseado em dados produzidos em pesquisa realizada no Complexo do Alemão, com destaque para o objeto empírico, qual seja, a coabitação de uma unidade de educação e o aparelho de segurança UPP. Analisa-se o objeto e argumenta-se a quem atende o discurso de justiça que legitima ações governamentais desta natureza.

Palavras-chave: favela, justiça social, cidadania, UPP, segurança pública.

Resumen

El concepto de justicia viene siendo discutido hace siglos, por diversas áreas del conocimiento, sin concluirse una unidad en la significación. Ocorre que, en nombre de la justicia social, se implementó un proceso de pacificación en el Complejo del Alemán (Complexo do Alemão) y en otras favelas de Rio de Janeiro, teniendo como instrumentos las Unidades de Policía Pacificadora (“UPPs”), donde son registrados una serie de atentados a la dignidad de la persona humana. El presente trabajo está basado en datos producidos en la investigación realizada en el Complejo del Alemán, con especial atención en el objeto empírico, cualquiera que sea, la cohabitación de una unidad de educación y el aparato de seguridad UPP. Se analiza el objeto y se argumenta a quien atiende el discurso de justicia que legitima acciones gubernamentales de esta naturaleza.

Palabras clave: favela, justicia social, cidadania, UPP, seguridad pública.

Abstract

The concept of justice has been discussed for centuries, by several areas of knowledge, with no conclusion being reached about a unified meaning. In the name of social justice, a process of pacification was implemented at Complexo do Alemão and other favelas (slums) of Rio de Janeiro, using as instrument the Unidades de Polícia Pacificadora (Pacifying Police Units —UPPs, for its initials in Portuguese), with the registry of several attempts against human dignity. This work is based on data produced through a research conducted at Complexo do Alemão, with its main focus on the empirical object, the cohabitation of an education unit and the safety apparatus UPP. This work analyzes the object and discusses who benefits from the narrative of justice that legitimates governmental actions of this nature.

Keywords: Favela (slum), justice, citizenship, UPP, public safety.

Introdução

O Complexo do Alemão trata-se de um conjunto de favelas localizado na Zona da Leopoldina, na cidade do Rio de Janeiro. De acordo com as autoridades de Segurança Pública, é considerada a área mais perigosa da cidade carioca. No ano de 2010, sob o discurso de promoção de segurança e justiça social, o Complexo do Alemão recebeu em seu território, o programa de segurança pública denominado Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), dando início ao processo de pacificação. A UPP é parte integrante do projeto de pacificação que prometia “retomar” o território dominado pelo comércio varejista de entorpecentes, levando para a favela, a reboque, a implantação de políticas públicas de promoção da cidadania.

O Complexo do Alemão é composto por 17 favelas, dentre as quais destaca-se a favela Nova Brasília, por seu histórico de ocupação e violência. Porém, neste trabalho, se dará enfoque para o fato de ter sido implantada uma base avançada da UPP no terreno do Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente Theóphilo de Souza Pinto (CAIC), única instituição de ensino da favela, constituindo um cenário complexo de integração entre programas de segurança pública e de educação. Essa coabitação forçada gera diversos desdobramentos, dentre os quais cumpre destacar as ingerências policiais no planejamento pedagógico, a utilização das edificações escolares como barricada durante os confrontos armados e a evasão escolar.

A relevância desta questão é tamanha que foi pauta de audiência pública realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Violência contra Jovens Negros em conjunto com a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), tendo como objetivo a modificação territorial da unidade avançada da UPP Nova Brasília. Analisando o processo de pacificação da favela Nova Brasília, pretende-se questionar os instrumentos utilizados pelo Estado na promoção da cidadania e justiça social nas favelas, bem como refletir sobre a efetividade destas medidas em relação ao bem-estar dos favelados.

O trabalho foi desenvolvido através de análise de bibliografias com temática variando entre Estado, favela, políticas públicas e justiça. Ademais, foram realizadas pesquisas de campo e diálogos com os atores implicados no caso empírico, a fim de captar a visão dos envolvidos na dinâmica do objeto de pesquisa.¹

1 Pontua-se que não se pretende, com os relatos trazidos, tratar a voz favelada como uníssona, nem mesmo afirmar qual o posicionamento da população favelada na implementação de justiça na sociedade. O que, sim, se buscou, por meio de diálogo e observação dos atores e do território, foi inferir a percepção do favelado quanto às políticas implementadas na favela e ao seu lugar, na sociedade, como cidadão ou não-cidadão, elementos que permeiam o objeto do presente trabalho.

1. Potência política favelada e o poder hegemônico

Analisando o processo de formação de favelas na cidade do Rio de Janeiro, verifica-se que a gênese do território favelado é fruto da segregação de negros e pobres, exilados pelo Estado, à margem da cidade. Os projetos de urbanização da cidade foram implementados, ao passar das décadas, para embelezamento e funcionalidade da cidade, ficando a favela posicionada geográfica e socialmente no “não lugar”, sendo removida e destruída, conforme a necessidade da cidade.

É sabido que foram implementados programas de políticas públicas em territórios favelados; ainda que de forma precária, o Estado se fez presente. Ocorre que nenhum programa governamental implementado em território favelado considera de fato a voz do favelado, ainda que, em tese, haja articulação entre associação de moradores, representantes dos favelados e instituições governamentais com poder político decisório. A fim de elucidar a afirmativa antecedente, pode-se analisar a figura da associação de moradores desde as medidas realizadas por instituições como a Fundação Leão XIII e Serviço Especial de Recuperação das Favelas e Habitações Anti-higiênicas (SERFHA) (1961 e 1962), que realizavam projetos de urbanização e desenvolvimento social, e estimulavam a criação e atividade de associações de moradores, cujo objetivo era arbitrar conflitos na favela, facilitar o trânsito no território e angariar votos eleitorais. Isto ocorre até os tempos atuais, com o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o ideário de urbanismo social e revitalização dos espaços formais de participação, em que as associações de moradores (apesar de deterem menor poder de intervenção nas relações e litígios interpessoais, e menor força política interna e externa), se articulam com os atores da favela, a fim de viabilizar a execução das obras e unicidade nas demandas junto ao poder público.

Inferre-se da análise histórica da relação Estado x Favela a importância conferida à associação de moradores, figura coletiva que defende os interesses da favela diante dos aparelhos estatais, funcionando como interlocutor entre as partes. No entanto, a figura da associação de moradores, por vezes, não atende à demanda dos favelados, uma vez que a dominação perpetrada pela classe hegemônica é tamanha, que se utiliza do representante favelado para legitimar feitos que atendem tão somente aos dominadores.

Quanto à historicidade dos atores políticos favelados e seus equipamentos, vale pontuar que, em 1957, os favelados criam a Coligação dos Trabalhadores Favelados do Distrito Federal, objetivando pleitear melhores condições de habitação e oportunidades de trabalho para os moradores da favela. A criação da entidade em questão pode demarcar a identificação da favela como potência política autônoma, contrariando o estereótipo exposto pela classe hegemônica, o que justificou as

políticas até então implementadas para a favela. O Estado, então, passa a estimular a criação de instituições de representação favelada e se aproxima delas, estabelecendo requisitos para validar o funcionamento das mesmas.

Tal assertiva pode ser fundamentada no fato de as associações orientadas pelo SERFHA serem obrigadas a firmar compromisso com a instituição. O caráter obrigatório já indica quais são as reais intenções do Estado, mas, a título de explicação da desfaçatez, cita-se informação extraída da obra *Um século de Favela*, quanto às cláusulas do compromisso firmado pelas associações, que dispõe sobre o comprometimento destas em impedir novas construções na favela, inclusive com apoio policial. Em contrapartida, o Estado assume o compromisso de substituir as unidades habitacionais então existentes por moradias mais dignas: “Os termos do acordo não deixam dúvidas: a moeda de troca da promessa de urbanização é o controle político das associações pelo Estado[...]” (Zaluar & Alvito, 2006, p. 32).

O Estado historicamente lida com os pobres e favelados se travestindo de programas assistencialistas, sob o discurso de promoção de autonomia e dignidade humana, quando, em verdade, estão apenas criando novos engendramentos políticos e econômicos para a manutenção da hegemonia. As políticas antipopulares chegam ao extermínio da favela, como uma constante da violência do Estado.

Resistindo na disputa pelo poder, em 1963, os favelados fundam a Federação da Associação de Favelas do Estado da Guanabara (FAFEG), que reúne lideranças de favelas, visando além de políticas estruturais. Ainda em 1963, registra-se previsão orçamental estadual para melhoramentos em favelas, demonstrando o resultado da atuação dos favelados junto ao Estado. Verificando a organização das favelas e os frutos deste amadurecimento, o Estado cria a Companhia de Habitação Popular (COHAB) e promove a Fundação Leão XIII a autarquia, desvinculando-a da Igreja, a fim de garantir o controle político. Esse rearranjo governamental tem como consequência a implementação de novo programa de habitação popular, o que, historicamente, significa o desmonte da favela, e o estabelecimento de uma condicionalidade para o reconhecimento oficial das associações de moradores, a fim de enfraquecer essas lideranças, tarefa esta conferida à Fundação Leão XIII, agora com face de entidade governamental.

Em suma, as ações governamentais em prol das classes menos favorecidas são, historicamente, precedidas de movimentos populares. Além do instinto de sobrevivência, tal condição pode estar adstrita ao fato de o Estado, de forma enviesada, atribuir a responsabilidade da vulnerabilidade ao menos favorecido. As intervenções feitas na década de 1950 pela Fundação Leão XIII sobre a Cruzada São Sebastião, em uma espécie de convênio com o Estado, nos faz perceber que,

para os detentores do poder hegemônico, a população favelada é aquela que precisa ser civilizada, e os problemas de infraestrutura da favela seriam solucionados pela associação de forças e mobilização dos moradores. Desta forma, conclui-se que basta educá-los, pois é a ignorância que os faz quedarem-se inertes diante das mazelas enfrentadas. Neste contexto, estimula-se o surgimento das associações de locais, o que beneficiaria o Estado, uma vez que assumiam o papel de organizações canalizadoras dos recursos humanos e financeiros das localidades, mas, ao mesmo tempo, a conjugação de potências para luta por direitos.

Os conflitos e as lutas por direitos da favela existem bem antes de serem reconhecidos como questão. Ouso dizer que somente obteve esse status por reivindicação. Não me parece aceitável, portanto, entender que a reivindicação da favela veio a reboque do surgimento e da proliferação das associações locais, embora não se possa negar o poder de articulação das associações e o canal de intermediação estruturado entre favela e Estado. As associações de moradores foram instituições centrais para o desenvolvimento de políticas nas favelas, inicialmente, garantindo moradia e estrutura mínima de sobrevivência; em um segundo momento, enrobustecidas, atuando como articuladores entre Estado e favela e funcionando como uma espécie de fórum jurídico; e, posteriormente, com suas funções sensivelmente reduzidas em razão do aumento do domínio do tráfico, militando pelos pleitos da favela. Existe, então, na favela, uma potência política, que clama por medidas que atendam à população favelada, promovendo justiça social, a qual somente é possível se guarda relação com os valores da comunidade.

No que se refere ao Complexo do Alemão, conjunto de favelas objeto do presente trabalho, pontua-se que a primeira expressão formal da favela como potência política acontece na década de 1950, em que ocorreram movimentos populares de invasão que originaram as primeiras favelas do atual Complexo do Alemão, a saber: Morro do Alemão, Grota e Nova Brasília. As lideranças destas favelas formalizaram suas respectivas associações de moradores a partir de articulações com agência do governo do Estado. Em 1963, essas associações são registradas em cartório e, com o reconhecimento da Coordenadoria de Serviços Sociais, chefiada por José Arthur Rios, fomentam a instalação de bicas e energia elétrica nas favelas às quais pertencem. Ressalta-se que as obras seriam realizadas por moradores, sem remuneração. Verifica-se atuação mínima do Estado, a favela como autossuficiente. Deve-se atentar para o fato de que não estamos diante da descrição da realização de obras de infraestrutura na favela, mas de pessoas comuns, em sua maioria sem conhecimento técnico, trabalhando a fim de garantir o mínimo para subsistência. Não se pode deixar ludibriar pela ideia de que o Estado não intervinha, pois não se

fazia necessário, vez que a favela se autorregulava, mas sim que os favelados agiam diante da lacuna deixada pelo Estado.

Nesta esteira, pode-se pontuar as questões que envolvem a implementação da justiça feita pela favela, na favela e para a favela, que é o que se pretende com a Justiça Comunitária.² A relação Estado versus Favela é marcada pelo abandono, razão pela qual entendo ser dificultoso desenvolver os princípios e conceitos de justiça comunitária, vez que estar-se-ia diante do abandono estatal travestido de autonomia. A Justiça Comunitária poderia então atender ao apelo do favelado, que nunca teve voz, mas também ser utilizada como instrumento de perpetuação de segregação, um instrumento de gerenciamento estatal da justiça em espaços periféricos, “controle social heterônomo e subordinante” (Ardila, 2005, p. 8).

Nos dias atuais, vige o estado neoliberal, em que se defende a intervenção mínima do Estado na sociedade, sendo necessário acionar o judiciário para ver preservados direitos essenciais, como moradia e educação, quando esses direitos fundamentais encontram-se garantidos na nossa Carta Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O sistema econômico de consumo submete pobres e negros, se estruturando e se articulando de modo a garantir que estes continuem à margem.

Em contrapartida, entende-se que a Justiça Comunitária tem o potencial de construir novos espaços públicos de decisão, mormente em espaços estigmatizados. A decisão de conflitos não mais estaria concentrada e orientada somente pelo rol legislativo hermético que não atende às peculiaridades da realidade, mormente em zonas periféricas como a favela. Neste sentido, Edgard Ardila, em *Justicia y Desarrollo: Debates. Paz y Democracia: el aporte de la Justicia Comunitaria y de Paz* (Ardila, 2005, p. 63), dispõe que, dentre os norteadores da comunidade diante do litígio, destacam-se: a conciliação, a informalidade, a realidade como pilar das decisões, e a coercibilidade derivada do contexto em que vivem os atores envolvidos. Desta forma, o poder de coerção do Estado também seria diminuído, o que beneficiaria as zonas periféricas, que têm legitimados os abusos estatais, por se tratarem, em regra, de pobres e pobres. Sendo assim, não é objetivo do presente trabalho desqualificar o modelo de justiça e promoção de cidadania decorrente da Justiça Comunitária, posto que é sabido da sua importância e das possibilidades de promoção de uma sociedade mais plural decorrente da implementação desta.

O que se pretende alertar é que, apesar de ignorada pelo poder público, existe força política na favela. Pontua-se, porém, que, em local marcado pela disputa de domínio territorial entre Estado, na figura dos policiais militares, e comerciante

2 Cartilha O que é Justiça Comunitária. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/justica-comunitaria/arquivos/Cartilha_JusCom.pdf Acesso em: 15/01/2018.

varejista de entorpecente, a regularização de litígio entre/por favelados torna-se diminuta, vez que os “donos do morro”(neste grupo incluídos o Estado e traficantes), podem fazer valer sua vontade a qualquer tempo. Desse modo, entende-se complexo falar em justiça comunitária, que pressupõe autonomia, em território que tem sua gênese na segregação e abandono estatal; sendo dificultoso vislumbrar a possibilidade real de autonomia na resolução de conflitos em um espaço onde a sociedade entende encontrar-se os seres inservíveis e culpabilizá-los pela situação de precariedade em que se encontram. Outrossim, em nome da “guerra às drogas”, o Estado se utiliza de forças militares para controlar as vidas faveladas. A favela é cenário de guerra e os moradores são coadjuvantes que estão a mercê dos poderes do Estado e do poder paralelo.

A Constituição de 1988, também chamada de Constituição democrática, prevê em seu texto a garantia de direitos fundamentais, o que afiança o cidadão, que cria expectativas quanto à verificação de seus direitos. Ocorre que o Estado não atende a essas expectativas, e não executa políticas cujo intuito seja garantir o exercício dos direitos dos favelados, em sua maioria negros e pobres, restando a estes, por vezes, como única instância, acionar o judiciário para tentar driblar a situação periclitante vivida nas favelas, em razão do sistema econômico-político em vigor. Assim, se valem de um aparelho de hegemonia de forma contra-hegemônica, ou seja, objetivando obter resultados favoráveis ao bem-estar do favelado, contrariando a lógica estrutural que marginaliza o negro e criminaliza a pobreza.

Pretende-se elucidar e exemplificar a explanação suprarreferida ao tratar do objeto empírico observado, qual seja, a instalação de uma base militar da Unidade de Polícia Pacificadora no terreno da única instituição de ensino localizada na favela Nova Brasília, uma das cerca de dezessete favelas que compõem o conjunto de favelas do Complexo do Alemão, território marcado por conflitos armados entre policiais militares e traficantes.

O Complexo do Alemão é um conjunto de favelas localizado no subúrbio carioca, conhecido internacionalmente como território violento e perigoso. Essa fama de dimensões globais tem como razão primeira a operação militar realizada no ano de 2010, para a instalação do Programa de Segurança Pública denominado Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) do Complexo do Alemão, sob o discurso de retomar e pacificar o território até então dominado por traficantes, dando início ao processo que ficou conhecido como processo de pacificação. Esta operação se desdobra em modificações sociais e políticas para a favela e o favelado (Leite, 2012, p.380), a partir das quais concretiza-se o estigma de violência e perigo e, por conseguinte, legitima-se a marginalização e as ingerências estatais.

Nesta esteira, importante citar que a Unidade de Polícia Pacificadora trata-se de um programa de segurança pública do Estado, que iria substituir as operações pontuais nas favelas pela presença permanente. A prioridade do Estado é dominar o território onde atua o “poder paralelo”. Mais do que combater o tráfico de drogas, a nova política de segurança do Rio de Janeiro refere-se ao controle do território favelado pela Polícia Militar.

Na construção territorial do Alemão, destaca-se o fato de se tratar de um complexo com, aproximadamente, 17 favelas, distribuídas nos bairros da Penha, Bonsucesso, Inhaúma, Olaria e Ramos. A favela Nova Brasília, localizada no bairro de Inhaúma, é uma das que compõem o conjunto de favelas aqui tratado, ganhando relevo por ser a favela de maior população e por possuir geografia que, segundo as autoridades policiais, dificulta o combate ao crime.³ Por essas razões, os confrontos armados ocorrem, ali, com maior frequência. O caráter emblemático da favela Nova Brasília desperta olhares sobre seu território, existindo uma simbologia no domínio do mesmo; dominar a favela Nova Brasília indica a capacidade de coerção e controle do Estado.

A UPP Nova Brasília, inaugurada no ano de 2012, se localiza na parte alta da favela, mais especificamente em uma das estações de teleférico do Complexo do Alemão, Estação Itararé. Enquanto isso, a base avançada da UPP Nova Brasília, instalada na parte baixa da favela, se localiza no terreno do CAIC Theóphilo de Souza Pinto, a única escola pública da favela em análise, montando um cenário inusitado de coabitação de programas de segurança pública e de educação.

A instalação da base avançada da UPP Nova Brasília em uma unidade escolar ilustra bem a política adota pelo Estado em relação à favela, no que concerne a implementação de políticas públicas de promoção do bem-estar social. A partir da lógica da dominação, as políticas de segurança são privilegiadas em relação à outras políticas de garantia do mínimo existencial, como, no caso, o acesso à educação. Ressalta-se que a localização da UPP, bem como todo o processo de pacificação, ocorreu sem nenhuma consulta aos favelados, ou seja, sem a participação daqueles que deveriam ser os beneficiários diretos das políticas públicas implementadas pelo Estado.

3 Considerada uma das áreas mais perigosas do Complexo do Alemão, a Nova Brasília é, dentro do conjunto de favelas, um dos maiores desafios para o policiamento, por ter muitos becos e vielas estreitos. Nesta sexta-feira, ao comentar o crime, o secretário estadual de Segurança, José Mariano Beltrame, voltou a dizer que a geografia da comunidade torna difícil a ação policial, exigindo planejamento e estratégia diferenciada. Por outro lado, é um território propício para as atividades do tráfico. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/nova-brasilia-considerada-comunidade-mais-problematizada-do-complexo-do-qalemao-13913987#ixzz54HIZMQBN> Acesso em: 15/01/2018.

Uma das nuances da relação travada entre o CAIC e seu vizinho indesejável, é o fato de a escola contar com, aproximadamente, 1.400 alunos antes da instalação da base avançada da UPP Nova Brasília em seu terreno, número este que foi reduzido pela metade após a instalação da unidade pacificadora.

A relevância desta questão é tamanha, que foi objeto de audiência pública promovida pela Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, realizada em maio de 2015, a fim de discutir a modificação territorial da unidade avançada da UPP Nova Brasília. Em suma, como resultado, foi solicitada a retirada imediata da UPP do terreno da escola, o que aconteceu somente 10 (dez) meses após a audiência em questão, embora não necessariamente em razão desta. A realocação da base avançada da UPP Nova Brasília gerou um novo capítulo nessa sequência de ingerências policiais.

A audiência pública promovida pela ALERJ foi realizada na quadra esportiva do CAIC, e pôde contar com lideranças comunitárias, professores, autoridades policiais e moradores que buscavam a paz e a justiça vendida pelo discurso da pacificação. Vale ressaltar que os alunos não compareceram à audiência por entender que aquela situação os expunha a perigo.

As manifestações dos atores foram reduzidas a termo, tendo como resultado uma ata, que será objeto de análise no presente, a fim de elucidar a vivência política na favela.

2. Pacificação e/ou justiça

Dentre os instrumentos utilizados para elaboração do tema ora analisado, está a pesquisa de campo realizada no território do Complexo do Alemão desde 2010, ano em que teve início o processo de pacificação no referido conjunto de favelas. Largamente conhecido pelos constantes confrontos armados envolvendo policiais militares e traficantes, o Complexo do Alemão carrega o estigma de local mais perigoso da cidade. Esta marca de identificação, resultante da construção social e midiática no imaginário da sociedade, orientada pela política de criminalização da pobreza, legitima as ingerências e os atos de violência perpetrados pelo Estado.

No ano de 2010, policiais militares invadiram o Complexo do Alemão, dando início à pacificação que ganhou grande repercussão na mídia, inclusive internacional, ressaltando os esforços prestados pelas autoridades para retomar o território dominado por varejistas de entorpecentes. O *site* do jornal americano *The New York Times* traz uma declaração do então comandante geral da Polícia Militar, o coronel Mario Sergio Duarte, anunciando a “vitória” da operação e afirmando que a resistência dos bandidos havia sido menor do que o esperado (O Globo, 2010).

A construção midiática sobre o processo pode ser feita a partir do discurso adotado pela imprensa nacional e internacional sobre a ocupação do Complexo do Alemão. O correspondente da *British Broadcasting Corporation* (BBC) no Brasil, Tim Vickery, afirmou: “limpar a área dos traficantes fortemente armados é uma tarefa complexa em uma área de alta densidade populacional (...). As autoridades podem estar vencendo essa batalha contra os traficantes, mas eles ainda têm que ganhar a guerra” (Portal Georio, 2010). O fragmento da matéria destacado ilustra o discurso da mídia e das autoridades estatais, um discurso de guerra, que apresenta a favela como o mal a ser combatido.

De acordo com entidades governamentais e autoridades policiais, o projeto de pacificação tem como primeira etapa a ocupação militar, retomada de território, e, por conseguinte, a implementação de políticas públicas que vão promover justiça social, garantindo o bem-estar dos favelados.

O governador Sérgio Cabral, em entrevista à TV Globo, agradeceu o empenho dos policiais e militares.

- Nós temos um trabalho que tem como principal objetivo recuperar 30 anos de abandono, de populismo, de confusão - disse, lembrando a união entre governo federal, estado e município. (...)

- Nós vencemos. Trouxemos paz para a comunidade do Alemão - afirmou o Comandante Geral da Polícia Militar. (O Globo, 2011)

Não se pode negar que, a reboque da pacificação, outros aparelhos estatais passam a atuar no Complexo do Alemão, dando esperança aos favelados quanto à melhoria dos serviços públicos. Ainda que passíveis de críticas e sem participação efetiva do favelado, são implementadas políticas públicas de promoção de cidadania, voltadas para moradia, saúde, educação e acesso à justiça.

No que se refere ao direito fundamental de acesso à justiça, vale pontuar que, no ano de 2010, foi instituída em algumas favelas do Rio de Janeiro a política pública denominada Justiça Comunitária, que visa a promover o acesso à justiça, sem o necessário acionamento do poder judiciário, mas sim pela comunidade, fortalecendo os laços da comunidade e proporcionando a participação direta do favelado na promoção da cidadania.

Sabe-se que, há décadas, discorre-se sobre a necessidade de reforma do sistema judiciário de forma permanente, o que ganhou avanços com o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 96 de 1992, tendo como resultado a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que trouxe mudanças que pretendiam viabilizar a

democratização do acesso à justiça, de modo que atendesse ao maior número de pessoas possível.

Nesta esteira, no ano de 2003, governo do então presidente Lula, foi instituída a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), e trata-se de entidade importante para o avanço da democratização da justiça e superação dos obstáculos para a promoção da mesma. Desde sua criação, a SRJ desenvolveu ações, criou órgãos e implementou políticas públicas que visavam a ampliar o acesso à justiça. Para atender àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, foi criado o projeto Justiça Comunitária. Utilizado como projeto-piloto, o projeto Justiça Comunitária foi implantado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ganhando o *status* de política pública pelo Ministério da Justiça, com investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), e coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ).

A política pública Justiça Comunitária, em suma, é uma forma de realizar justiça, que pretende fortalecer a participação da comunidade na efetivação dos direitos humanos e promoção da cidadania, através da resolução de conflitos por atores que estejam próximos do fato concreto, por conseguinte mais atentos às especificidades do caso, de maneira mais célere e sem acessar o Judiciário, diminuindo gastos públicos e fortalecendo o sentimento de solidariedade.

Ao analisar as datas dos acontecimentos acima descritos, verifica-se que buscou-se desenvolver o programa Justiça Comunitária no Rio de Janeiro na mesma época da instalação das UPPs. Objetivava-se facilitar o acesso dos moradores das favelas com UPP à justiça, razão para o acordo entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro para instalação de núcleos de Justiça Comunitária em algumas favelas, dentre as quais as do Complexo do Alemão. De acordo com o secretário da SRJ, Marivaldo Pereira, “A ideia é aproveitar a legitimidade dessas lideranças e as transformar em solucionadores de conflitos”.

Nesta esteira, no ano de 2012, como resultado de uma pareceria do governo do Rio de Janeiro, o Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Defensoria Pública e o Ministério Público estaduais, alardeou-se a implantação do projeto Casa de Direitos no Complexo do Alemão. O projeto em questão visava a promover o acesso à Justiça e a efetivação de direitos aos favelados, trazendo para a favela serviços públicos como Defensoria Pública, ouvidoria do Ministério Público, assessoria jurídica, informações sobre como acessar equipamentos burocráticos que viabilizam o exercício da cidadania, mediação de conflitos e núcleos da Justiça Comunitária.

A dita inauguração da Casa de Direitos do Complexo do Alemão ocorreu de forma concomitante à abertura do funcionamento do teleférico do Complexo do Alemão, e aquele seria parcialmente desenvolvido nas instalações das estações do teleférico. Verifica-se, então, que a coabitação de equipamentos de promoção de políticas públicas viabiliza a mobilidade do favelado, fisicamente – ligando o morro ao asfalto através do teleférico – e socialmente – conferindo instrumentos de acessos a serviços públicos de promoção e exercício de cidadania.

Ocorre que, bem como o teleférico e demais programas instalados no Complexo do Alemão após a instalação da UPP, o projeto Casa de Direitos não teve continuidade no território. Registra-se, oficialmente, a interrupção do funcionamento do teleférico no ano de 2017. Quem mora no local, porém, sabe que, em verdade, a precarização do serviço de transporte vem ocorrendo há muito mais tempo, e os serviços públicos que funcionavam nas estações também estavam sendo sucateados, até que, enfim, encerraram-se oficialmente os trabalhos. Atualmente, as estações do teleférico são utilizadas como base militar, aproveitando a geografia privilegiada para monitorar os favelados.

A favela é território de guerra; guerra aos pretos e pobres, que têm como crime maior seu estado de pobreza (BATISTA, 2001, p. 110). Verifica-se os serviços de promoção da dignidade humana sendo suplantados pela política de segurança pública, que tem como premissa acabar com a favela.

Imagem 1. Teleférico do Complexo do Alemão



Fonte: <https://www.flickr.com/photos/clauiolara/8146434745>

Imagem 2. Foto da malha do Teleférico do Alemão



* Os círculos evidenciam a localização das estações

Fonte: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/07/testes-em-teleferico-no-alemao-comecam-em-setembro.html>

Desta forma, é possível identificar a importância da promoção de direitos na favela e a relevância que a Justiça Comunitária teria para os favelados, caso fosse implementada da forma como prevista. No entanto, é dificultoso implementar Justiça Comunitária em um território onde habitam os não-cidadãos, aqueles a quem o poder hegemônico e seus engendramentos para manutenção do poder não conferem legitimidade para pleitear por justiça. Os favelados são seres inservíveis dentro da máquina capitalista. Mas a favela é potência, e ao analisar o objeto empírico do presente trabalho, será possível ilustrar a força latente das pessoas que resistem e lutam de forma aguerrida pelos seus iguais.

Conforme anteriormente exposto, o objeto de análise é a coabitação da Unidade de Polícia Pacificadora e a unidade de ensino Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente Theóphilo de Souza Pinto, aparelhos de segurança e de educação do Estado, respectivamente. Pontua-se que os aparatos da Polícia Militar, como contêineres e barricadas, foram colocados no terreno da escola sem nenhuma consulta prévia aos membros da escola ou aos moradores. Em conversa informal com funcionário antigo da escola, foi informado que os policiais militares se instalaram “do dia para a noite” e que a direção foi apenas comunicada sobre a decisão da Secretaria de Segurança.

Buscando entender a motivação da escolha da instalação da base avançada da UPP Nova Brasília, busquei questionar os agentes de segurança, que informaram não saber

e que, para os profissionais de segurança que ali operavam a localização, não era interessante, pois as instalações da UPP estavam na parte mais baixa do terreno do CAIC, os deixando em posição de fragilidade diante da possibilidade de confrontos armados.

Imagem 3. Foto tirada do prédio do CAIC



Fonte: acervo pessoal

a condição geográfica do terreno, segundo o policial militar, trazia dificuldades no confronto armado, dificuldades que os agentes de segurança supriam utilizando o prédio da unidade escolar como barricada, de forma estratégica, para combater o comércio varejista de entorpecentes, sem qualquer preocupação com o desenvolvimento pedagógico; mais do que isso, sem qualquer preocupação com as vidas dentro do CAIC.

Imagem 4. Foto tirada de dentro do prédio do CAIC em momento precedente ao confronto armado



Fonte: <http://rionwatch.org.br/?p=14309>

Em visita ao Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente Theóphilo de Souza Pinto, pode-se ver bandeiras brancas hasteadas nas janelas e perfurações na fachada, causadas pelos projeteis utilizados no confronto armado entre traficantes e policiais militares. A simbologia trazida nesta imagem é o pedido de socorro. Vidas estão em risco, 50% do corpo discente evadiu-se da única escola da favela, e, de acordo com funcionário da unidade escolar, muitos professores pediram transferência, pois, para além de não conseguir desenvolver o projeto pedagógico, frente à violência e às constantes ingerências de policiais militares na rotina da escola, não mais suportavam a eminente tragédia. Os membros da comunidade escolar não são partes desta “guerra”, mas posicionam-se pedindo paz.

Imagem 5. Fachada do CAIC Theóphilo de Souza Pinto, perfurada por projeteis em decorrência dos confrontos armados



Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/base-de-upp-em-terreno-de-escola-no-complexo-do-alemao-sera-desativada-16078606.html>

Durante a pesquisa de campo na favela Nova Brasília, verificou-se a insatisfação dos moradores com relação à instalação da UPP no CAIC, ainda que o favelado inicialmente apoiasse a UPP na favela. O posicionamento pode parecer contraditório, mas não se pode esquecer da esperança de dias melhores trazidos com o discurso da UPP. Em conversa informal com uma moradora dos arredores do CAIC, foi obtido um argumento que pode esclarecer esse aparente paradoxo, vez que a moradora afirma que se agrada da presença da UPP, pois na praça localizada próxima ao CAIC funcionava um ponto de venda de drogas antes da UPP. Após a instalação da UPP, foram construídos um cinema e um programa estatal chamado Nave do Conhecimento, em que são ministrados cursos profissionalizantes e disponibilizado acesso à internet de forma gratuita à comunidade. A moradora

segue esclarecendo, porém, que a UPP dentro da escola torna “a escola um alvo e as crianças escudo”. Questionada sobre a consulta prévia, a moradora sorri e diz que a ela nada foi perguntado, mas que entende que não deveria ser, pois é analfabeta.

A fala da moradora mostra a posição que o poder hegemônico pretende colocar o favelado, submetendo-os a situações adversas sem consulta prévia, exercendo coerção, legitimando com o argumento de combate às drogas e criando o consenso de que as pessoas que habitam o território favelado não têm voz, ou melhor, não são ouvidos. O Estado brasileiro, estranhamente democrático, atende à lógica do capital e nega cidadania a pretos e pobres. Neste sentido, Manuel Lopez B., na obra “*Justicia Comunitaria y Jueces de Paz: las técnicas de la paciencia*”, dispõe:

(...) é papel do Estado velar pela manutenção das condições da harmonia coletiva, as quais permitam o exercício do direito por todos os cidadãos, no entanto esse papel de garantir as possibilidades reais tem sido deturpado, por muitas razões, sendo uma das principais a influência exercida por diferentes estamentos da política, da economia, da religião e da academia que gozam de poder suficiente para canalizar e determinar as decisões estatais.

Encontramos então a existência de grandes conglomerados humanos, submetidos a decisões de pequenos grupos de poder, os quais gozam ao seu favor o domínio de diferentes meios de pressão como são a economia, os meios de comunicação... (Lopez B., 2000, p. 8-9)
- tradução livre

Diante da observação do território e dos seus atores, infere-se que o favelado foi ludibriado com o discurso da UPP, que, por vezes, há diálogo com associações de moradores e demais lideranças da favela, porém, as palavras ditas pelo favelado não foram consideradas quando da implementação das medidas na favela. Tal situação gera insatisfação e sensação de solidão do favelado, frente às arbitrariedades realizadas pelos policiais militares e o abandono estatal. Mas a favela resiste e utiliza das concessões feitas pelo poder hegemônico com articulações para manutenção do poder para produzir contra-hegemonia e conscientizar seus pares. Existe vida e voz política na favela, porém a classe dominante tenta incessantemente calar essa voz.

Associações de moradores, coletivos, movimentos sociais e lideranças políticas do Complexo do Alemão se uniram e reivindicaram junto às autoridades, a retirada da base avançada da Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília do terreno do CAIC, de tal modo que o caso em questão foi objeto de Audiência Pública realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, em maio do ano de 2015, com a presença

da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ).

Na ocasião da Assembleia referida, que foi realizada na quadra esportiva do CAIC, compareceram também, além das lideranças comunitárias e intelectuais do Complexo do Alemão, moradores e representantes do corpo docente, com muitas reivindicações e falas emocionadas. No entanto, o discurso era uníssono: se fazia urgente a retirada da base da UPP da escola. A comunidade se uniu para pleitear aquilo que entendia ser melhor para a favela, porém, o conflito em questão não pôde ser resolvido pelo favelado, posto que a situação litigiosa foi instalada pelo Estado. Desta feita, entende-se que as questões pilares envolvendo a favela podem ser elucidadas pela voz do favelado, mas a resolução está fora do seu alcance, uma vez que a estrutura socioeconômica capitalista mantém a existência da favela como problema.

O alunato não compareceu à Audiência Pública, pois entendeu que seria uma exposição que deixaria suas vidas em risco, mas enviou uma carta, que foi lida por Matheus Mendes, professor do CAIC, manifestando o lamento pela situação vivenciada, clamando pela retirada da UPP do ambiente escolar e o consequente retorno regular das atividades escolares.

Eu sou professor também, mas falarei aqui em nome dos alunos; na verdade, em nome do Grêmio Estudantil. Sou professor, mas falarei em nome dos alunos. Os alunos poderiam se manifestar, mas vieram até nós para pedir que a gente falasse por eles. Eles escreveram isto aqui em nome do grêmio. Eu vou apenas reproduzir. Não falo em nome deles, mas por um pedido deles.

Eles não estão aqui. Vocês podem obviamente deduzir o porquê: a presença da UPP, infelizmente, não permite que o ambiente da escola e o ambiente da audiência pública sejam neutros. E é preciso, para resguardar a segurança dos alunos, um ambiente neutro, onde eles possam se expressar livremente.

Em função de eles não poderem estar aqui, eu vou falar, vou ler o que eles escreveram: “Bom dia. Em nome do grêmio estudantil, representando os alunos da Escola CAIC — Theóphilo de Souza Pinto, agradecemos a atenção de todos os presentes.

Dentre muitos problemas que existem na comunidade, um se destaca nessa região: a queda drástica do número de alunos devido

à sensação de insegurança — não só dos alunos e seus responsáveis, mas também de muitos professores.

Entre os demais confrontos que ocorrem na região, a escola vem sofrendo sérias consequências da má localização de uma das bases de apoio à UPP, situada nas dependências do território escolar. O prédio da escola não pode ser afetado de nenhuma forma.

Queremos deixar claro que o nosso objetivo é reestabelecer a paz no nosso ambiente de estudo, trazer de volta os projetos que perdemos e até trazer novos, para que a escola seja um território neutro, assim como foi há 3 anos. Isto é, a escola já foi um ambiente neutro e agora, infelizmente, não é mais.

Queremos recuperar isso, não só professores, mas — como fica claro pela carta dos alunos — também alunos e a comunidade escolar em geral. (Fragmento da ata de audiência)

No que concerne à Justiça Comunitária, para além de restar claro o movimento da comunidade buscando resolver o conflito, foi citado pela representante da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro, Sra. Andrea Sepúlveda, a importância da participação do favelado na eleição das questões a serem trabalhadas e as políticas públicas a serem implementadas, uma vez que, sem o envolvimento dos interessados, estas estariam fadadas ao fracasso. A Secretaria ventila a ideia da Casa de Direitos e o ideal de Justiça Comunitária para resolução de conflitos de menor complexidade.

Não adianta nós tentarmos fazer sozinhos, porque, se fizermos isso, nós seremos ineficazes. Não dá certo. Tudo o que se faz, tudo o que se pensa sozinho não dá certo. Então, nós estamos aqui para entender o que vocês querem. Isso é muito importante. Uma audiência pública é um espaço essencial.

No âmbito da CEMAP, que é essa Comissão de Monitoramento formada recentemente pelo Governador, nós temos essa consciência de que isso é necessário e nós vamos procurar ouvir as pessoas sempre, porque, a partir do diálogo, é que nós compreendemos o que vocês querem.

Mas, além disso, nós entendemos que a mediação de conflitos previne violência. Nós precisamos implementar em todas as comunidades

um espaço de interlocução para que, por exemplo, questões como o mototáxi, ou o baile funk, ou, enfim, outras questões que possam gerar conflitos possam ser mediadas antes de qualquer violência. Nós acreditamos muito no diálogo, muito na mediação e pretendemos implantar o que nós entendemos ser um espaço neutro, que é um espaço de direito, que se chama Casa de Direitos. Vamos ver se nós vamos conseguir fazer essa prevenção de conflitos logo ou mais rapidamente possível e, assim, conseguirmos de fato focar na pessoa, que é o bem maior, na liberdade, na vida e em todos os direitos que cada ser humano tem. Estamos muito esperançosos de que isso seja possível. (Fragmento da ata de audiência)

A exposição da Sra. Andrea Sepúlveda é o reconhecimento de que questões estruturais não têm como ser imediatamente resolvidas somente pela comunidade, se fazendo necessária a intervenção de entidades governamentais. Por outro lado, exemplifica situações que podem ser resolvidas pela comunidade, como: moto-táxi e baile funk. Ocorre que, quanto ao moto-táxi, figura central de mobilidade na favela, apesar dos esforços das lideranças comunitárias, o poder estatal nega regularização à classe, restando aos moto-taxistas a clandestinidade e abordagens policiais abusivas. Concluindo-se que, ainda que a favela grite o que entende ser a melhor opção para resolução da questão, o Estado ignora e adota a medida que entende conveniente, na maioria das situações, com força policial.

Em suma, considerando as ponderações feitas na Audiência e a petição dos envolvidos, orientou-se a remoção das instalações da base avançada da UPP do terreno do CAIC, com a maior brevidade possível. Ocorre que, apesar da orientação e as posteriores exposições midiáticas que retratavam a situação periclitante em que se encontrava a comunidade escolar, a UPP continuou instalada nos meses seguinte no terreno do CAIC, permanecendo como local de tensão e de domínio da Polícia Militar⁴. Como dito pelo alunato na Audiência, o espaço da escola não era mais “neutro”.

Em fevereiro de 2016, mais uma vez sem aviso prévio, a base avançada da UPP Nova Brasília foi retirada do terreno do CAIC, conforme posição assumida na Audiência Pública. No entanto, a saída da unidade escolar não atende aos anseios da comunidade, vez que a base avançada é transferida para o Reservatório, também conhecido como Caixa d’água, edificação onde eram desenvolvidas atividades

4 Exemplos de reportagens denunciando a situação do CAIC disponíveis em: <https://exame.abril.com.br/brasil/no-alemao-quem-ocupa-escola-e-a-upp/>; <https://www.cartacapital.com.br/revista/858/espremi-dos-entre-dois-senhores-6954.html>; <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/apos-promessa-dam-pm-em-maio-upp-segure-em-escola-no-alemao/> Acesso em: 15/01/2018

educacionais, esportivas e culturais. Na ocasião da instalação da UPP no novo endereço, os policiais militares expulsaram os agentes que promoviam as atividades no Reservatório, despejando os equipamentos e os beneficiários dos projetos, provocando grande tensão entre policiais militares e favelados.

Imagem 6. Policiais militares fazendo a mudança para o Reservatório



Fonte: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pm-tira-base-de-upp-de-escola-no-alemao-novo-local-alvo-de-critica-de-moradores-18589675.html>

Em entrevista concedida ao jornal Extra, a assessoria da Coordenadoria de Polícia Pacificadora (CPP) assume que eram desenvolvidas atividades culturais e esportivas no prédio do Reservatório e nega que a instalação da UPP tenha interrompido as tais.

A Coordenadoria de Polícia Pacificadora (CPP) informa que o prédio onde funcionava a base da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) Nova Brasília está sendo desativado. A nova sede da UPP vai funcionar em outro ponto da comunidade, na localidade conhecida como Reservatório. A mudança deve ser concluída em breve. O antigo espaço ficará à disposição da Secretaria de Estado de Educação.

O espaço continuará à disposição para realização de atividades, nenhum projeto será interrompido (Jornal Extra, 2016).⁵

A escolha da nova localização da base avançada da UPP Nova Brasília, corroborada pelo discurso da assessoria da CPP, demarca o cinismo com que as autoridades governamentais encaram as demandas do favelado, haja vista que vai marcadamente

5 Site Jornal Extra. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/pm-tira-base-de-upp-de-escola-no-alemao-novo-local-alvo-de-critica-de-moradores-18589675.html> Acesso em: 13/01/2018.

de encontro aos anseios da favela. Ainda que os policiais militares não tivessem despejado os agentes do projeto do Reservatório, lançando os equipamentos na rua, a presença da Polícia Militar acabaria por afastar o favelado das atividades do Reservatório, por receio de sofrer violência perpetrada por policiais militares, bem como verificado na experiência no CAIC. De forma repetida, o Estado preza pelo desenvolvimento do programa de segurança UPP, em detrimento dos demais projetos e políticas públicas.

Obviamente insatisfeitos com a ocupação do Reservatório, os moradores do Complexo do Alemão, em uma ação conjunta com lideranças da comunidade e associações de moradores, organizaram manifestação pacífica em frente à nova sede da base avançada da UPP, a fim de constranger a Polícia Militar a transferir a base militar para local diverso e dar continuidade às atividades esportivas e culturais, das quais a favela é tão carente. Durante a caminhada até a frente da sede, em conversa informal com moradores da Rua Mourão Filho, logradouro onde fica o Reservatório, foi possível identificar que, para além da queixa quanto ao fim das atividades, as pessoas temiam o aumento da violência no local em razão da presença do novo vizinho.

O protesto terminou com uma reunião entre as lideranças comunitárias, que discutiam qual seria o movimento a ser feito diante do caso. Infelizmente, até a presente data, a sede da base avançada da UPP Nova Brasília continua instalada no Reservatório, apesar dos esforços prestados pelos moradores pela mudança de endereço. É relevante citar que, durante todo o tempo, os manifestantes foram acompanhados por policiais militares fortemente armados. Apesar de não ter havido nenhuma intercorrência, a violência da postura do policial militar expressa o tipo de abordagem que o programa de segurança vem desenvolvendo na favela.

Imagem 7. Moradores protestam contra a ocupação do Reservatório



Fonte: <http://www.vozdascomunidades.com.br/geral/lider-comunitario-convoca-moradores-para-reuniao-em-frente-a-nova-base-da-upp-no-alemao/>

Imagem 8. Aula protesto na rua, em frente ao Reservatório



Fonte: <http://www.vozdascomunidades.com.br/destaques/moradores-do-reservatorio-protestam-contratuacao-da-upp-nova-brasilia/>

Quanto ao CAIC Theóphilo de Souza Pinto, na mesma semana da saída da UPP, foram abandonados carros no terreno da escola. Segundo moradores, os veículos foram deixados por traficantes. Os carros foram deixados exatamente no local onde ficavam os contêineres da polícia militar, simbolizando que o território não mais pertencia à Polícia Militar. Mesmo com a saída dos equipamentos de segurança da escola, o terreno do CAIC não era mais “neutro”, mas também território de disputa. Disputa essa em que os vencedores não são favelados, traficantes ou policiais militares, mas os detentores do poder hegemônico que utilizam esses atores como instrumento de uma batalha para exterminar pretos e pobres, legitimado pelo discurso de guerra às drogas.

Ademais, na praça próxima ao CAIC, onde funciona o cinema e a Nave do Conhecimento, anteriormente ocupada pelos traficantes, seguiram com funcionamento regular. É possível identificar homens armados de forma regular no entorno, o que afasta uma parcela dos frequentadores. Em encontro com funcionário da Nave do Conhecimento, foi questionado se algo havia mudado com a saída da UPP do CAIC, ocasião em que o mesmo informou que a única solicitação feita pelo tráfico é que as câmeras de monitoramento da Nave do Conhecimento fossem retiradas e os funcionários foram avisados que seria realizado baile funk no entorno. Observe que, neste cenário, posterior a saída da UPP do CAIC, a configuração das atividades cotidianas muda. O local agora é comandado pelo tráfico, para atender às necessidades do comércio varejista de entorpecentes e do que os varejistas entendem como recreação. Em tempo algum a comunidade é questionada quanto à

adoção ou não de determinada medida, e não cabe aos favelados o direito de discutir e reivindicar o que seria mais interessante para a comunidade, uma vez que não importa quem ocupa o território; a determinação do que é certo ou errado, justo ou não, está fora do âmbito de decisão do morador.

Neste ponto entendo que se encontre a dificuldade de implementação da Justiça Comunitária na favela, local onde o domínio do território e a determinação das ações está à mercê de outrem, qual seja o Estado. Conforme citado nas linhas acima, durante a realização da Audiência Pública, a representante da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro, Sra. Andrea Sepúlveda, mencionou o baile funk como exemplo de situação diminuta que poderia ser resolvida nos moldes da Justiça Comunitária. O caso supracitado, no entanto, enseja a interpretação de que tal afirmativa parte de realidade paradigma diversa à da favela, em que há uma disputa, um confronto armado pelo domínio, não somente da venda ou não de drogas, mas da vida cotidiana do favelado.

Mesmo quando os desmandos têm como portador o traficante varejista, os detentores do poder hegemônico são as figuras responsáveis pelos fatos, pois é a eles a quem atende o sistema socioeconômico vigente, que marginaliza espacial e socialmente pretos e pobres, reservando a estes o não-lugar nos espaços de decisão. A classe dominante busca perpetuar o sistema de segregação histórica dos favelados, que, desde sua gênese, seguem insistindo e resistindo para garantir cidadania e dignidade para os seus.

Não obstante, a disputa pelo território, o CAIC Theóphilo de Souza Pinto seguiu funcionando regularmente e, de forma vagarosa, resgatando a identidade de unidade de ensino, objetivando atrair as pessoas e demonstrar que a unidade de ensino pertence à comunidade. A Associação de moradores da favela Nova Brasília, em trabalho conjunto com movimentos sociais do Complexo do Alemão, realizou um evento no terreno do CAIC com atrações musicais, realização de oficina de artes e oferecimento de cursos de línguas, atraindo centenas de pessoas que se apropriaram do local e pertencem ao mesmo.

A base avançada da UPP Nova Brasília continua no Reservatório; o baile funk acontece na rua do CAIC toda sexta-feira, e varejistas circulam livremente ostentando suas armas; os confrontos armados são permanentes e os serviços públicos prestados são precários. Por outro lado, o CAIC recebeu novos alunos; entidades como o Espaço Democrático de União, Convivência, Aprendizagem e Prevenção (EDUCAP) criam ambientes para militância, para o exercício de cidadania e direitos humanos; movimentos sociais como o Coletivo Papo Reto denunciam a violência sofrida por moradores e se articulam para buscar solução para o descaso estatal enfrentado.

Existe vida política na favela, e não se limita à associação de moradores, que tem sua importância reconhecida nestes escritos, posto que a potência da favela transborda aos limites que o poder hegemônico instituiu. É latente a luta pela sobrevivência coletiva, e pela vivência constrói-se contra-hegemonia nas lacunas que surgem na luta pelo poder. Os favelados têm o sentimento de comunidade gravado em sua identidade, historicamente resistindo às operações que visam ao seu extermínio e se organizando para garantir maior condição de infraestrutura para preencher as lacunas deixadas pela precariedade do serviço prestado pelo Estado. Neste diapasão, discorre Boaventura de Souza Santos:

Procuraram sobretudo maximizar o desenvolvimento interno da comunidade e garantir a segurança e a ordem nas relações sociais entre os habitantes com objetivo de, fortalecendo as estruturas coletivas, fazer subir os custos políticos e sociais para o aparelho de estado de uma eventual destruição ou remoção forçadas. (Boaventura, 1988, p.11)

Considerações finais

Historicamente, o favelado é calado pela estrutura econômica-política; o poder hegemônico rechaça a favela, negando cidadania àqueles que habitam o território em questão. Desta feita, entendo dificultoso tratar do conceito de Justiça Comunitária na favela, espaço periférico dos não cidadãos. Ser cidadão precede o exercício de cidadania, que é necessária para que possamos falar de Justiça Comunitária. Ainda que, em tese, desenvolvam-se políticas públicas para a promoção de cidadania, como pretende-se com o fórum de Justiça Comunitária e Ouvidorias de entidades governamentais, na prática, não há participação cidadã, vez que os Ouvidores não ouvem a voz favelada. Na prática, são abertos canais de comunicação entre os favelados e as entidades governamentais, porém as questões colocadas pelos favelados são menosprezadas, bem como aconteceu no caso do CAIC, exposto nas linhas precedentes. Naquele caso, a população não foi consultada previamente sobre a instalação da unidade de polícia dentro da escola. Uma vez instalada a unidade, os favelados se organizaram e buscaram articulações políticas para sua retirada, posto que a coabitação do programa de segurança pública e de educação estava prejudicando o desenvolvimento deste. Quando, por fim, aconteceu sua retirada, não necessariamente em decorrência do apelo da população, a unidade de polícia passou a ocupar o imóvel conhecido como “Reservatório”, um prédio onde eram desenvolvidas atividades educacionais, esportivas e culturais, despejando os projetos

ali desenvolvidos. Dessa forma, não se pode afirmar que a voz favelada foi ouvida com a saída da unidade policial do CAIC, uma vez que a solicitação de retirada do CAIC não estava restrita à unidade escolar CAIC, mas à ideia de que a presença daquela unidade policial prejudicava o desenvolvimento de programas de educação e cultura, escassos naquele território, perpetuando a segregação espacial e social dos favelados.

Ainda no que concerne a estrutura econômica-política, para que se promova a democracia de forma efetiva, se faz necessário que todos possam exercer cidadania de forma plena, sem restrições, e assim fomentar instrumentos de participação popular em todas as esferas de poder. É preciso que a cidadania não esteja restrita àquele que possui poder de compra; o preto, pobre e favelado deve exercer cidadania sem mutilações. O favelado, como cidadão político em sua inteireza, torna real a possibilidade de implementação de Justiça Comunitária em espaços periféricos, uma justiça que seja mais fluida e que, por estar mais próxima à questão em análise, depreenda os interesses da favela (Wolkmer, 2002. p. 139).

O que pretendo trazer para reflexão é que, para o funcionamento de justiça comunitária em espaços periféricos, se faz necessário conceder aos favelados a possibilidade e efetividade do exercício de cidadania, o que é inviável em um território com controle militar do cotidiano. Em nome da “guerra às drogas”, legitima-se a militarização da favela e criminalização das vidas faveladas. Acredito que a questão seja estrutural; a cidade se sustenta com a exclusão da favela, o lugar reservado à favela é a segregação, e aqueles que ocupam aquele espaço não fazem parte da sociedade, são os não cidadãos. Então, ainda que haja um esforço dos favelados, e uma latente potência política, em termos práticos, esses esforços são diluídos, prevalecendo a lógica do poder hegemônico que busca conformar mentalidades e perpetuar injustiças. O favelado ocupa o lugar de não cidadão, tendo a sua cidadania mutilada, “alimenta-se de parciais, contenta-se com respostas setoriais, alcança satisfações limitadas, não tem direito ao debate sobre os objetivos de suas ações, públicas ou privadas” (Santos, 2013, p. 177).

“Neutro” foi a palavra utilizada pelo grêmio estudantil do CAIC ocupado pela unidade policial para descrever o ambiente em que gostariam de estudar, um local que pertencesse à comunidade, em que não houvesse temor por retaliações ao manifestar opinião. Entendo que o primeiro passo para implementação da Justiça Comunitária na favela é que esta seja um território “neutro”, sem disputa bélica pelo domínio do território, posto que é impossível pontuar o que seja justo em um cenário em que sua voz não é ouvida, ou em que a mesma é calada, pois qualquer questionamento pode custar a vida de um ser humano. Existe, na favela, um latente

senso de justiça, cooperação e de comunidade, e os favelados, considerando essas vertentes, lutam, inclusive com seus corpos, pelo que entendem ser melhor para a favela. Cabe ao Estado garantir cidadania aos favelados para que se promova justiça social.

Referências

- Alerj. (2015). Acervo da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Ata da Audiência Pública realizada pela Comissão Parlamentar de Inquérito (“CPI”) da Violência contra Jovens Negros em conjunto com a Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.
- Ardila, E. (2005). *Justicia y Desarrollo: Debates. Paz y Democracia: el aporte de la Justicia Comunitaria y de Paz*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Ardila Amaya, E. (2005). *Memorias II Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria “Construir Democracia Hoy”*. Bogotá: Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto.
- Batista Carvalho, M. (s. f). *A política de pacificação de favelas e as contradições para a produção de uma cidade segura*. Recuperado de <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/12artigo29.pdf> Acesso em: 22/08/2017
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Bourdieu, P. (1989). O poder simbólico. Lisboa: Difel.
- Cittadino, G. & Selem Moreira, R. (2013). Acesso individual e coletivo de moradores de favelas à justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, vol 28, n. 81, pp. 33-48.
- Cittadino, G. (2000). *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Couto, P., & Imanishi Rodrigues, R. (2015). *A Gramática da Moradia no Complexo do Alemão: história, documentos e narrativas*. Rio de Janeiro: IPEA.
- Davis, M. (2006). *Planeta Favela*. São Paulo: Boitempo.
- De Sousa Santos, B. (1988). *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Do Prado Valladares, L. (2005) *A invenção das favelas: do mito de Origem a Favela.com*. Rio de Janeiro: FGV.

- Governo do Brasil. (s.f.). *Complexo do Alemão Recebe a Primeira Casa de Direitos Permanentes*. Recuperado de <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/07/complexo-do-alemao-recebe-sua-primeira-casa-de-direitos-permanente> Acesso em: 15/01/2018
- Governo Federal. (s.f.). *Ministério da Justiça e Segurança Pública*. Recuperado de <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/justica-comunitaria> Acesso em: 15/01/2018
- IPEA. (s.f.). *Parque Proletário*. Recuperado de http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_2016.pdf Acesso em: 17/07/2017
- Jornal o Globo. (s.f.). *Polícia Invade Complexo do Alemão*. Recuperado de <https://oglobo.globo.com/rio/policia-invade-complexo-do-alemao-2919504> Acesso em: 13/01/2018
- Leeds, A. (2015). *A Sociologia do Brasil Urbano*. Rio de Janeiro: FAPERJ.
- López B., M. (2000). *Justicia Comunitaria y Jueces de Paz: las técnicas de la paciencia*. IPC/Corporación Región. Medellín. Red de Justicia Comunitaria, Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, p. 223.
- Malaguti Batista, V. (2001). O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel. *Revista de Estudos Criminais*, 1(4), 108-113.
- Malaguti Batista, V. (2012). O Alemão é muito mais complexo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*.
- Moraes, J., Mariano, S., & Marinho De Souza Franco, A. (s.f.). *Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro: uma história a partir das percepções e reflexões do gestor responsável por sua implantação*. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122015000200493&script=sci_abstract&tlng=es Acesso em 17/10/2018
- Pereira Leite, M. (2012). Da “metáfora da guerra” ao projeto de “pacificação”: favelas e políticas de segurança pública no Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 6, pp. 374-382.
- Rio Mais Social. (s.f.). *Complexo do Alemão*. Recuperado de <http://www.riomaisocial.org/territorios/complexo-do-alemao/> Acesso em: 20/07/2017
- Rioonwatch. (s.f.). *Audiência Pública no Alemão Investiga Violência Policial na Comunidade*. Recuperado de <http://rioonwatch.org.br/?p=14309> Acesso em: 15/01/2018

- Santos, M. (2013). *Espaço da cidadania e outras reflexões*. Porto Alegre: Fundação Ulysses Guimarães.
- Voz da Comunidade. (s.f.). *Associação de Moradores Vai Revitalizar Escola Na Nova Brasília no Alemão*. Recuperado de <http://www.vozdascomunidades.com.br/destaques/associacao-de-moradores-vai-revitalizar-escola-na-nova-brasilha-no-alemao/> Acesso em: 15/01/2018
- Spivak, G. (2010). *Pode o Subalterno Falar?* Belo Horizonte: UFMG.
- TJDFT. (s.f.). *Cartilha O que é Justiça Comunitária*. Recuperado de https://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/justica-comunitaria/arquivos/Cartilha_JusCom.pdf Acesso em: 15/01/2018
- Wacquant, L. (2001). *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan.
- Wolkmer, A. C. (2002) . Sociedad Civil, Poder Comunitario y Acceso Democrático a la Justicia. *Revista El Otro Derecho*, pp. 135-147.
- Zaluar, A., & Alvito, M. (2006). *Um Século de Favela*. Rio de Janeiro: FGV.

El reconocimiento de “la justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico

The Recognition of “Indigenous Justice” as an Agent of the Claims of Indigenous Peoples within the Framework of Legal Pluralism

O reconhecimento da “justiça indígena” como agente da reivindicação dos povos indígenas no marco do pluralismo jurídico

María Dolores Núñez Ávila*

Fecha de recepción: 27 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 1 de mayo de 2018

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7162>

Para citar este artículo: Núñez Ávila, M. D. (2018). El reconocimiento de la “justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. *ANIDIP*, 6, 175-200.
Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7162>

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar la justicia indígena como un elemento activo en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, a través de la historia en el marco constitucional, reconociendo su impacto en el Derecho Internacional. Cabe destacar que este artículo pretende enfocar a la justicia indígena como un principio aplicable a las distintas esferas en las que se desarrollan actualmente los pueblos y las comunidades indígenas, y no únicamente como un valor absoluto relacionado a la facultad de administrar justicia por parte de líderes indígenas. De este modo, es importante establecer que la justicia indígena no responde a una fórmula única

* Estudiante del programa de doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. Máster en Derecho de la Empresa. Abogada, licenciada en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca.

y exacta, sino que existen cientos de justicias indígenas en el continente americano, que resurgen con el inicio del pluralismo jurídico, en contraposición al modelo de Estado monista.

Palabras clave: pueblos indígenas, justicia indígena, pluralismo jurídico, plurinacionalidad, multiculturalidad, libre determinación, territorialidad.

Abstract

The objective of this article is to analyze the indigenous justice as an active element in the claim of the human rights of indigenous peoples in the constitutional framework and its impact on the international law. This article seeks to focus on “indigenous justice” as a principle applied to different areas in which indigenous peoples and communities are currently developing, not only as an absolute value related to the faculty of administering justice by indigenous leaders. In this way, it is important to establish that the indigenous justice does not respond to a unique formulation due to there are hundreds of models of indigenous justices in the Americas, which have been recognized with the beginning of legal pluralism, as opposed to the model of the monist state.

Keywords: indigenous peoples, indigenous justice, legal pluralism, plurinationality, multiculturalism, self-determination and self-government, indigenous territoriality.

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a justiça indígena como um elemento ativo na reivindicação dos direitos dos povos indígenas através da história no marco constitucional e de seu impacto no direito internacional. Cabe destacar que este artigo pretende enfocar a “justiça indígena” como um princípio aplicável às distintas esferas nas que se desenvolvem atualmente os povos e comunidades indígenas; e, não unicamente como um valor absoluto relacionado à faculdade de administrar justiça por parte de líderes indígenas. Deste modo, é importante estabelecer que a justiça indígena não responde a uma fórmula única e exata, senão que existem centenas de justicias indígenas no continente americano, que ressurgem com o início do pluralismo jurídico, em contraposição ao modelo de Estado monista.

Palavras-chave: povos indígenas, justiça indígena, pluralismo jurídico, plurinacionalidade, multiculturalidade, livre determinação, territorialidade.

Introducción

A lo largo de la historia, los pueblos y las comunidades indígenas han contribuido al desarrollo y avance tanto del Derecho Internacional, como del derecho interno en distintos estados latinoamericanos. De esta manera, el pluralismo jurídico en el marco constitucional ha abolido al monismo jurídico, propio del modelo de Estado excluyente, dando paso al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los principios de igualdad y no discriminación, autodeterminación, maximización de la autonomía, acceso a la justicia en consideración de las especificaciones culturales, protección a sus territorios y recursos, junto con la participación, consulta y consentimiento previo. Pero este cambio no ha sido propio del Estado, sino fruto de las demandas, lucha y resistencia que los pueblos y comunidades indígenas han emprendido desde hace siglos, en pos de conservar y transmitir su cultura, instituciones propias, lengua y sistemas jurisdiccionales, entre otros.

Por lo tanto, es destacable cómo ciertos pueblos indígenas han mantenido sus usos y costumbres a través del tiempo, y a la sombra o anonimato del modelo de Estado monista, al igual que es necesario reconocer que, a pesar del reconocimiento que han tenido sus derechos en el marco constitucional e internacional, todavía son el blanco de intereses económicos y políticos. Durante mucho tiempo se consideró que la situación de los pueblos indígenas correspondía únicamente a los Estados en los que se encontraban, dejando a un lado la esfera del Derecho Internacional; sin embargo, en la actualidad este hecho ha cambiado, debido a que los derechos de los pueblos indígenas los encontramos reconocidos en distintos instrumentos internacionales de carácter universal,¹ regional e incluso en la normativa interna de cada uno de los países en los que se encuentran,² de tal manera que ha pasado de ser una herramienta de conquista a una fuente de apoyo a la

- 1 Entre los instrumentos internacionales encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948, la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, en términos del Derecho Internacional ya establecido, el instrumento convencional más importante que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio No. 169 de la OIT, por el carácter vinculante de este instrumento, que fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. El Convenio No. 169 de la OIT hasta la fecha ha sido ratificado por 22 Estados.
- 2 Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con una serie de instrumentos que protegen una cantidad de derechos, incluidos derechos relativos a pueblos indígenas como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en 2016 se aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En el caso del Sistema Africano de Derechos Humanos, los derechos de los pueblos indígenas los encontramos contenidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, esta ha sido aplicada por la Comisión Africana de Derechos Humanos en casos como *Endorois vs. Kenia* (2010) y *Ogoni vs. Nigeria* (2001).

reivindicación.³ Tal es el caso del Convenio No. 169 de la OIT, que representa un cambio de paradigma en las políticas comunitarias mundiales, reflejado en el Convenio No. 107 de la OIT de 1957, constituyendo así un cambio de dirección que pasa de promover la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias, a reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico. Sin duda, este cambio de dirección busca reivindicar la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas sobre los derechos a la tierra y los recursos que se encuentran en ella en una esfera de no discriminación y bienestar social.⁴

En este sentido, el objeto de estudio de este artículo se basa en la evolución del pluralismo jurídico en el entramado constitucional latinoamericano, así como en el reconocimiento de los distintos sistemas jurisdiccionales indígenas tanto en el ámbito de la libre determinación, como en el derecho al territorio, en el marco jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. El monismo y el pluralismo jurídico en el reconocimiento de otros sistemas jurídicos

Los pueblos y comunidades indígenas son grupos humanos cuya cultura es única, distinta y representa la mayor diversidad cultural del planeta; no obstante, a lo largo de la historia y en la actualidad han sido el centro de importantes disputas políticas, económicas y sociales, y han enfrentado el desconocimiento de sus usos, instituciones, tradiciones, costumbres y formas de gobierno, entre otras, por parte del gobierno central (Cabrero, 2016).

En este sentido, la herencia del legado liberal y burgués trajo consigo históricamente al “monismo jurídico”, que ha representado uno de los principales retos para el desarrollo de distintos regímenes jurídicos paralelos al régimen dominante. Todo esto se debe al concepto de la identidad del Estado de Derecho en el marco de la teoría jurídica positivista originada por Hans Kelsen, la cual considera que a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema, por lo tanto, no pueden existir paralelamente otros sistemas jurídicos dentro de un espacio geopolítico. Todo esto sumado a la identidad de Estado Nación que condiciona el reconocimiento de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión (Yrigoyen, 1999).

3 En este aspecto, cuando se habla de un avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, se trata de una interpretación que va más allá de lo expresamente dicho o escrito.

4 En este sentido, el Convenio No. 169 de la OIT implica un avance importante, debido a que mediante este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales.

Lo anterior da origen a la negación del otro, junto con la imposición de un estatus social e incluso religioso-cultural hacia aquellos pueblos o nacionalidades con valores propios. Estas premisas han implicado lo siguiente: por un lado, la legitimidad de la existencia de un solo sistema normativo, que visibiliza a un conjunto social homogéneo y, por otro lado, la no visibilidad de otros sistemas ajenos al central, entonces, aunque dicho ordenamiento establece una estructura social, no es coherente con la realidad social (Lamus, 2010).

Por esta razón, en los distintos países donde habitan pueblos indígenas o grupos que poseen una identidad étnica propia, se ha debatido el tratamiento jurídico hacia los distintos sistemas de autoridades, instituciones, normas y procedimientos, mediante los cuales estas poblaciones regulan su vida social y resuelven sus conflictos. Desde esta perspectiva, se puede reflexionar sobre la realidad que han enfrentado los pueblos indígenas a lo largo de la historia⁵ y se puede comprender que la continuidad que ciertos pueblos han dado a sus usos, costumbres, lenguas, tradiciones e incluso instituciones es una de las más claras muestras de resistencia al modelo monista, ya que han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal.

De este modo, la subordinación política que han atravesado estos sistemas propios los han deteriorado en el tiempo, lo que ha generado no solo el desconocimiento de otras culturas, sino el distanciamiento de estas hacia el Estado, por no encontrarse representadas debidamente; todo esto ha implicado un riesgo hacia la seguridad jurídica del Estado por el monopolio existente en la administración y producción de justicia, criminalizando así ciertas prácticas como la represión de las autoridades de los otros sistemas por usurpación de funciones, abuso de autoridad, encubrimiento de delito, secuestro, lesiones y coacciones. En consecuencia, el modelo monista se demostró insuficiente para las necesidades culturales de los habitantes, dando paso así al "pluralismo jurídico", el cual permite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un espacio geopolítico, estén o no reconocidos legalmente por el Estado.

Griffiths (como se citó en Llano, 2010) considera que el objeto descriptivo del pluralismo jurídico busca romper con el dominio absoluto sobre lo que se supone que es un derecho, un orden normativo jerárquico único, unificado y exclusivo y depende del poder del Estado el lograr desvincular el centralismo jurídico de la

5 De acuerdo con Aylwin (2002), los indígenas en la etapa colonial, en el marco del derecho de familia, poseían un mínimo de derechos que, si bien fueron cumplidos o incumplidos por los colonizadores, de una u otra manera existían, a diferencia del modelo de Estado liberal, que anuló e ignoró totalmente los derechos de estas poblaciones originarias.

memoria colectiva.⁶ El reconocimiento legal es el primer paso para una articulación democrática de los distintos sistemas normativos, por lo que el reconocimiento constitucional de estos modelos es simplemente el inicio en la proyección de los distintos elementos que representan la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas (Yrigoyen, 1999).⁷

2. El pluralismo jurídico en el marco del modelo colonial y del modelo de Estado Liberal

En el presente artículo se ha abordado hasta el momento la problemática existente en el marco sociocultural y jurídico del modelo de Estado monista y centralista, siendo que el pluralismo jurídico representa una forma de reconocer la existencia jurídica de distintos sistemas, como es el caso de la justicia indígena. Por tanto, se debe partir señalando que la justicia indígena no es un valor absoluto, sino que existen cientos de modelos de justicia indígena, que son diversos y están plasmados de distintas maneras; sin embargo, aquí la analizaremos como un elemento intrínseco de los pueblos indígenas para el reconocimiento y reivindicación de sus derechos.

Históricamente, el modelo de Estado excluyente deviene de factores relacionados con los periodos de Conquista y Colonización que atravesó el continente americano siglos atrás; no obstante, es importante establecer lo siguiente: en primer lugar, no se puede generalizar cuando se habla de pueblos indígenas, ya que, si bien en el continente atravesaron etapas de Conquista y Colonización, el tratamiento dado hacia los indígenas dependiendo de la relación con los grandes imperios no fue el mismo (Gelman, 2014).

En este sentido, los conquistadores se asentaron con mayor facilidad sobre dominios ya conquistados por grandes civilizaciones, como la Inca, la Azteca y la Maya, las cuales fueron sometidas y reducidas, pero no pudieron hacer lo mismo con las naciones que no habían sido conquistadas por esos imperios, como es el caso de los pueblos Mapuche, Pehuenes, Ranqueles, entre otros, por lo que, con estos pueblos la Corona española firmó tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio, lo que ocasionó un tratamiento distinto (Vásquez Ríos, 2012).

6 Griffiths considera que incluso en el centralismo jurídico no todo el derecho es derecho estatal, ni se administra por un conjunto único de instituciones estatales, de tal manera que existe dentro del derecho un subtipo particular de la clase de fenómenos que consideramos como derecho, por tanto, desde esta perspectiva, un sistema jurídico es pluralista por naturaleza (Llano, 2010).

7 Por otra parte, el Estado de Derecho, al igual que la cultura y la justicia, es dinámico y debe adaptarse a las necesidades sociales, en este caso a instituciones preexistentes incluso a la existencia misma del Estado, para desarrollar un modelo de justicia multicultural e intercultural.

Así, se puede replantear lo que tradicionalmente se concibe de la colonia en América,⁸ pues sí existió una especie de pluralismo jurídico, ya que, en el caso de los indígenas conquistados, se les permitió la constitución de un gobierno indirecto, a través del derecho indiano, que permitía la existencia de autoridades indígenas, garantizaba un pluralismo legal subordinado, e implicaba el fuero indígena y la aplicación de sus "usos y costumbres" en tanto no contradijeran la religión (Ylliguren, 2005).

De tal modo que los alcaldes de pueblos indios tenían jurisdicción civil y criminal para pleitos interétnicos, que se consideraban como no graves. Sin embargo, debido al *estatus de los indios*, en el derecho indiano los casos graves se sometían ante el corregidor español y las audiencias bajo las reglas del derecho castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores.⁹

Posteriormente, en el periodo independentista, los indígenas participaron activamente en la ruptura de la estructura centralista del modelo de Estado Colonial, pero luego de la independencia no se les reconoció derechos propios e independientes de acuerdo con su cultura, instituciones y cosmovisión (Stavenhagen & Carrasco, 1998).¹⁰

Después de la independencia surge el proyecto asimilacionistas de inicios de la República, que buscaba convertir a los indios en ciudadanos mediante el levantamiento de las cargas coloniales como el tributo la mita, junto con la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos, costumbres e idioma). En esta etapa, a los pueblos no conquistados que habían establecido acuerdos con la corona, se les desconocieron los tratados firmados y se dio inicio a una campaña de ocupación militar y exterminio. Posteriormente, en el auge del modelo monista a mediados del siglo XX se les reconocen ciertos derechos colectivos mínimos (Ylliguren, 2005).

8 Además, el marco del concepto de justicia y de soberanía de la época, implicó el debate de grandes pensadores que justificaron la presencia de los conquistadores, bajo un esquema dialéctico de civilización-barbarie y un modelo paternalista proveniente de la Corona Castellana, que eliminó las distintas formas de gobierno preexistentes mediante un proceso sistemático, que desestructuró y destruyó la forma de vida existente en las comunidades indígenas de la época (Pujadas, 2013).

9 De acuerdo con Clavero (1992), en el período colonial se les fue conferidos un tipo de estatus a los indígenas, que se configuraba en la concurrencia de una triada de viejos estados como: el estado rústico, el estado de persona miserable y el estado de menor. De tal manera que representaba un tipo de amparo similar al abandono, estableciéndose un tipo de discapacidad ejercida como un estado de personalidad estructurado en el principio de limitación humana, ya que, si al estatus miserable se le sumaban los status de rusticidad y minoría, inhabilitaban al individuo por falta de capacidad indistintamente de su edad. Siendo así, el estatus conferido no implicó un privilegio, sino una discapacidad del individuo que, si se añadían factores como la resistencia indígena, la resistencia a la religión y dependiendo del sexo de la persona indígena frente al derecho del colonizador, podrían condicionar incluso un estado de esclavitud del indígena en la época (Clavero, 1994b).

10 A pesar de que el acceso a la independencia en los países latinoamericanos se produjo en el contexto liberal emanado de la antigua metrópoli, a través de la Constitución de Cádiz, que declaraba la universalidad de la ciudadanía de todos los habitantes de cada territorio, los nuevos Estados no aplicaron esta declaración a los indígenas de la época e incluso en el área andina se mantuvo el sistema del tributo indígena como la esclavitud hasta mediados del siglo XIX y la administración ética, mediante la privatización de las poblaciones indias por parte de los terratenientes (Pujadas, 2013).

De esta forma, en el campo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas podemos identificar dos fases que condicionan el ejercicio de los mismos y que, aunque en algunos casos establece un mínimo de “derechos”, estos se encuentran condicionados al modelo de Estado, ya que por un lado, se acepta su forma de gobierno, pero su estatus es de incapaces y por otro lado, se da paso a la muerte cultural de los pueblos para implementar un proceso asimilacionistas, que hasta hace pocos años se aplicaba a distintas poblaciones hasta el inicio de un nuevo período integracionista, que empieza a consolidarse en virtud del Convenio No. 169 de la OIT.

El pluralismo encuentra un nuevo horizonte en el marco del Convenio No. 169 de la OIT, para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas opuesto al constitucionalismo liberal, en sus distintas modalidades y descansa en una visión pluralista, que intenta dejar atrás tanto las políticas asimilacionistas como integracionistas. De esta manera, la jurisdicción indígena como institución propia se inaugura con la Constitución de Colombia en 1991 y posteriormente se le sumaron países como Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela.

3. La justicia indígena como elemento activo en el fortalecimiento del pluralismo jurídico, el multiculturalismo y la interculturalidad

La justicia indígena surgió siglos atrás, aunque reapareció en el marco jurídico mediante el reconocimiento constitucional e internacional, y a pesar de que no posee una norma escrita, estas responden al código moral de justicia de cada pueblo o comunidad indígena. De esta manera, la justicia indígena representan en sí un derecho vivo, que se ha transmitido a través de generaciones, basándose en la ley de reciprocidad de la cultura indígena, fundamentada en principios como el respeto a la vida, la búsqueda del bien común, la paz comunal, la redistribución, la vida en armonía, la tolerancia, el equilibrio, la consulta, la responsabilidad, el consenso, el respeto a los mayores, etc; sin olvidar, que todas estas normas tienen una relación con la naturaleza y un valor de colectividad (Valdivieso, 2016).

Por tal motivo, cuando se trata de justicia indígena, no solamente busca justiciar aquellos actos que se comprenden como delitos en el derecho común, sino un compendio de valores ancestrales que afectan a la comunidad, a la naturaleza y a las costumbres indígenas, por lo que, no se trata de un reconocimiento expreso de una justicia indígena de un pueblo en específico, sino del derecho de los pueblos indígenas mediante el ejercicio de su libre determinación.

Desde este punto, se plantea la justicia indígena como un elemento de defensa de las distintas dimensiones de los derechos indígenas, que permite proyectar en el marco de naciones basados en modelos monolíticos y monoculturales una esfera plural, en la que tanto los derechos individuales como los colectivos forman parte de un nuevo sistema.¹¹ Sin embargo, este planteamiento implica una contraposición de ideas, pero es la base de la fundamentación del presente artículo hacia el denominado constitucionalismo experimental, el cual busca responder a las necesidades de los pueblos y comunidades indígenas (Santos, 2007a).

Esto nos permite afirmar que la reforma constitucional apenas fue el principio en la construcción del pluralismo jurídico, teniendo en cuenta que este representa un reto hacia la construcción de un nuevo modelo de Estado, que busca abandonar un proceso de 350 años de colonialismo y de 200 años de liberalismo nacional (Pujadas, 2013).¹²

En este sentido, se considera que en el continente se han establecido tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, empezando por el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el cual logra cuestionar la identidad de Estado-Nación y la definición monocultural de nación instaurada en el siglo XIX. Posteriormente, entre 1989 y 2005 se da paso al constitucionalismo pluricultural, el cual afirma el concepto de nación multicultural y afirma que la nación esta conformada por varias culturas, avanzando así hacia la idea de que el Estado mismo es pluricultural. Finalmente, se instaura el constitucionalismo plurinacional (desde el año 2006 en adelante), en el cual no solo se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a ser culturas diferentes, en el marco de una nación multicultural, sino que reconoce a estos pueblos como naciones, con capacidad política de definir sus destinos libres de la tutela estatal y con capacidad de hacer pactos de Estado, configurando así Estados plurinacionales. En este ciclo, el pluralismo jurídico se puede fundar en la libre determinación de los pueblos indígenas en el marco del principio de igualdad (Yrigoyen, 2010).¹³

11 En este sentido, es importante destacar que los pueblos y comunidades indígenas se caracterizan por mantener una estrecha relación con el medio natural, siendo que la protección de los pueblos indígenas y la protección ambiental es un binomio indisoluble.

12 Y se enfrenta a un modelo preexistente, incluso con anterioridad a la creación del modelo de Estado de Derecho, ya que la justicia indígena se ha desarrollado desde hace más de 500 años, intentando armonizar un nuevo modelo con otro totalmente opuesto al modelo occidental.

13 De esta manera, el derecho a la autodeterminación, territorialidad, acceso a la justicia, no discriminación etc., es algo más que la sumatoria de derechos individuales, pues conforman una esfera de valores que deben ser resguardados en virtud de la identidad cultural de estos pueblos, por lo que no se puede hablar de justicia indígena sin el principio de autodeterminación o del derecho a la propiedad comunal de la tierra sin el principio de consulta previa, es decir, nos encontramos frente a un conjunto de derechos interdependientes entre sí, que conforman una dimensión completa y compleja tanto individual como colectiva.

De esta manera, es importante reconocer que el avance en las distintas etapas del pluralismo jurídico deviene, en primer lugar, de la demanda indígena en la búsqueda del reconocimiento de un derecho propio, que va más allá del reconocimiento de territorios, buscando el ejercicio de potestades públicas, que incluyeron el reconocimiento de sus sistemas de autoridad, normas e incluso la potestad de administrar justicia. En segundo lugar, de la expansión del multiculturalismo y de las reformas en los conceptos de Estado y Justicia, para de esta manera romper con la identidad del monismo jurídico, en el reconocimiento de los sistemas jurisdiccionales ajenos a los sistemas producidos por los órganos soberanos del Estado, trascendiendo así la visión clásica de soberanía, que posteriormente se vería afectada por el movimiento neoliberal, el cual institucionalizó la pérdida de la protección de las garantías relacionadas con el territorio indígena. En consecuencia, si bien se ha debatido sobre si la justicia indígena es contraria a la soberanía nacional, no es el planteamiento más serio, ya que este principio se encuentra condicionado en la actualidad a los distintos acuerdos de inversión extranjera que de una u otra manera han afectado al modelo de Estado de Derecho (Santos, 2012b).

Paradójicamente, en el marco del reconocimiento de los derechos indígenas, la creciente incorporación de nuevos derechos y potestades indígenas tanto en el entramado constitucional, como en el internacional ha desencadenado la inflación de derechos. Esto se debe a la inexistencia de mecanismos institucionales que permitan la efectividad de estos derechos, dando paso a nuevas disputas legales y políticas, como es el caso del aún debatido derecho a la consulta previa, el cual, pese a los distintos estándares establecidos por el Derecho Internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y el entramado constitucional, no ha visto la luz (Comisión Interamericana de Derechos humanos, 2015).

En el marco del desarrollo del pluralismo jurídico, el multiculturalismo es indispensable para afirmar el valor de la diversidad cultural y de su inclusión mediante políticas públicas. De esta manera, la teoría de la ciudadanía multicultural, defendida por teóricos liberales como Charles Taylor y Will Kymlicka, plantea que los individuos puedan elegir y dar significado a sus decisiones y a su vida, en el contexto de los valores culturales, dejando en claro que no existen Estados neutros y que el no reconocimiento de la cultura o idioma de una población implica una desventaja ante aquellos que sí son reconocidos. De esta manera, Kymlicka sostiene que es necesario el reconocimiento de la diversidad cultural por parte de los Estados, para que la ciudadanía pueda ejercerse desde diversas culturas, como también que se reconozcan los distintos derechos colectivos, para que sus miembros puedan ejercer sus derechos liberales (Taylor, 1993; Kymlicka, 1995).

El multiculturalismo propio de la segunda etapa en el marco del reconocimiento del constitucionalismo pluricultural favoreció el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho y sistemas jurisdiccionales propios. De esta manera, Kymlicka (2011) considera que la justicia etnocultural es la necesidad de cierta justicia o equidad que debe haber entre los grupos culturalmente diversos en una sociedad (vía reconocimiento de derechos por el Estado) para que los individuos miembros de tales grupos puedan gozar de justicia o equidad entre sí.

El alcance de la justicia indígena en el neoconstitucionalismo latinoamericano ha sido diverso. En sus inicios, las constituciones de Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador definen a la nación o al Estado como multicultural o pluricultural; este reconocimiento marca el fin del modelo de Estado monocultural, reconociendo específicamente el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, de acuerdo con las normas propias, procedimientos o derecho consuetudinario por parte de las autoridades de las comunidades, pueblos indígenas o campesinos (artículo 7, Constitución Política de la república de Colombia, 1991; artículo 2, Constitución Política e la República del Perú, 1993; artículo 1, Reforma a la Constitución Política de la República de Bolivia, 1994; artículo 1, Constitución Política de Ecuador, 1994).¹⁴

No obstante, en el marco del pluralismo plurinacional, que surgió con la refundación de las constituciones tanto de Bolivia como de Ecuador, se establece en el marco del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos. De esta manera, además del reconocimiento a la diversidad cultural, entran en juego nuevos principios de organización del poder basados en la diversidad, igualdad e interculturalidad, mediante un modelo plural igualitario que reconoce expresamente la función jurisdiccional indígena que no se encontraba contemplado de manera expresa en estos países.

4. La justicia indígena: la importancia del principio de autodeterminación

El pluralismo jurídico es fundamental en el marco de este principio, ya que incluye la identidad y pertenencia conforme a las costumbres de los pueblos y comunidades indígenas. Desde una perspectiva jurídica, este derecho implica el reconocimiento de la "autenticidad a los pueblos originarios y la distingue de la soberanía como un derecho reservado a los Estado nación" (De la Varga Pastor, 2013, p. 378).

¹⁴ De las constituciones citadas el caso colombiano establece una excepción, ya que establece una distinción entre justicia ordinaria, que corresponde a la población en general, y la jurisdicción especial, que corresponde a los pueblos indígenas.

En este sentido, Martínez Cobo considera que “una precondition para que los pueblos indígenas puedan ser capaces de gozar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro, preservando, desarrollando y traspasando su identidad étnica específica a futuras generaciones”¹⁵ (Martínez Cobo, 1983, párr. 580).

De esta manera, los pueblos indígenas pueden demandar a las distintas instituciones el reconocimiento de sus estatus históricos de pueblos originarios y el derecho correspondiente a definir sus propias formas de autoridad, justicia, realización espiritual y cultural. Para el exrelator de Naciones Unidas James Anaya (2005) ninguna consideración acerca de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional sería completa sin el principio de autodeterminación, ya que gracias a este principio se ha roto con legados de imperialismo, discriminación, supresión democrática y subyugación cultural, porque se encuentra vinculado a un conjunto de normas de derechos derivados de valores fundamentales de libertad e igualdad.¹⁶

Este derecho esta reconocido en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas (artículo 3 y 4); en este sentido, en virtud del principio de igualdad, este es un derecho universal, que establece la premisa de su existencia en el marco de la dignidad humana, como condicionante a la libre determinación, siendo así, los pueblos indígenas vivirán con dignidad siempre que puedan vivir en su libre determinación (Anaya, 2010), la cual debe entenderse en el marco de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no aisladas de ellas.

15 De este concepto podemos interpretar que, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con respecto al principio de la autodeterminación o libre determinación contenida tanto en el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de la ONU de los pueblos indígenas, existen condiciones mínimas o principios básicos para el ejercicio de este derecho, como es el principio de no discriminación, integridad cultural, desarrollo y bienestar social, y el derecho a tierras y recursos naturales, que será tratado en el siguiente punto. En relación sobre el principio de no discriminación, lo encontramos reconocido en varios instrumentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas (artículo 1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1 y 2), la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, en la Convención de la ONU para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en el caso del Sistema Interamericano, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24) y en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (artículo 2). En el Sistema Europeo de Derechos Humanos el principio de no discriminación o prohibición de discriminación lo encontramos contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos encontramos este principio ampliamente reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 19).

16 Es por esta razón, que él considera que la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica a este derecho, considerando así, el derecho a la autodeterminación como el derecho de los pueblos indígenas y de sus miembros a participar, en condiciones de libertad e igualdad, en la creación de las instituciones de los estados en los que viven y desenvolverse en un marco político que les permita tener un control permanente sobre sus propios destinos (Anaya, 2008).

En la práctica, el principio de libre determinación abarca tanto el reconocimiento de este derecho por parte del Estado como la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones (Comité DDHH, 1999 párr. 19).

Para Shelton (2011), el derecho a la libre determinación ha sido entendido desde un enfoque sensacionalista, considerándose que su ejercicio implicaría obligatoriamente la conformación de nuevos estados; este planteamiento desvirtúa la esencia de este derecho, cuando se debe establecer que no es sino la facultad que tiene todos los pueblos, no únicamente los pueblos indígenas, para controlar su propio destino en condiciones de libertad e igualdad.

De esta manera, este derecho tiene una doble dimensión, ya que puede ser aplicado individualmente y de forma colectiva, por lo que este planteamiento rompe con el estatus conferido a los indígenas, reconociendo la facultad y la capacidad de ejercer en condiciones de igualdad y libertad el ejercicio de sus propias instituciones, como es el caso de impartir justicia (Convenio No. 169 OIT, 1989, considerando quinto).

En el marco del Convenio No. 169 de la OIT, el derecho de la libre determinación en el ejercicio de la justicia indígena lo encontramos reconocido en los artículos 8 y 9, ya que se debe tener en consideración al aplicarse la ley nacional tanto las costumbres de los pueblos indígenas, como su derecho consuetudinario. De tal manera, que, en virtud de la naturaleza vinculante de este Convenio, los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar costumbres e instituciones propias (Convenio No 169 OIT, artículo 8.2, 1989).

En consecuencia, en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, se deberán respetar los métodos de los pueblos interesados en la represión de los delitos cometidos por sus miembros (artículo 9, Convenio No. 169 OIT, 1989).

De igual manera, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas 5, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a:

[...] conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, considerando también en el artículo 34 de este instrumento, que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas e incluso costumbres y sistemas jurídicos (Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, artículos 5 y 34).

En el marco de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, el artículo XXII, núm. 2, considera que el derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional; no obstante, el derecho de libre determinación no se agota en el ejercicio de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, sino que va más allá, en virtud de los derechos colectivos, esto implica un derecho que permite la consecución del libre desarrollo económico, social y cultural (Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas).

Al respecto, en el marco constitucional latinoamericano, el ejercicio de la justicia indígena se encuentra reconocido en las constituciones de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, por el cual reconocen la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia, el sistema jurisdiccional indígena y el ámbito territorial de aplicación (Constitución Política de la República Colombiana, 1991, artículo 246; Constitución Política de la República de Perú, 1993, artículo 149; Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 171; Constitución Política del Estado Plurinacional Boliviano, 2009, artículo 190).

En este aspecto es cuando se entiende que los derechos indígenas son *sui generis*, es decir, únicos; desde esta perspectiva, se puede empezar a construir un modelo de Estado plurinacional, comprendiendo que la denominación de pueblos indígenas, aunque tiene connotaciones históricas que vulneraron los derechos de estos pueblos, en el modelo del derecho actual implica una serie de garantías, permitiendo aprender un poco más del otro y evitando la demonización de la justicia indígena, que en los últimos años ha sido objeto de interés de los distintos medios de comunicación y que ha sido calificada como un acto de discriminación (Santos, 2012).¹⁷

5. La justicia indígena en el marco del derecho a la propiedad comunal de la tierra

Los sistemas jurisdiccionales indígenas tienen un ámbito territorial de aplicación, por lo que es importante analizar qué relación tiene el territorio en el marco del ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en la administración de justicia. Al igual que el derecho a la libre determinación, el derecho a la propiedad comunal de la tierra es de naturaleza *sui generis*, lo que permite el reconocimiento de los territorios indígenas, como unidades territoriales identificables, que

17 Este principio en el caso de los pueblos indígenas es fundamental para el pleno ejercicio de sus derechos, e incluso forjó el punto de partida sobre la creación de los distintos instrumentos internacionales de protección de los pueblos indígenas, que está contemplado en el Derecho Internacional consuetudinario, en el cual los Estados se ven obligados a no promover o tolerar la discriminación racial sistemática (Lillinch, 1984).

en el ejercicio de sus tradiciones, creencias y costumbres, desarrollan su forma de vida, su cultura y su espiritualidad (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005; Corte IDH; Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, 1999).

Cabe resaltar que la base de este derecho tiene una relación cultural y religiosa, pues pertenece al mundo espiritual de los pueblos y comunidades indígenas que han prevalecido en el tiempo, por lo tanto, la relación que sostienen ciertos pueblos indígenas con la tierra implica un alto grado de integración o forma de vida (Agrado, 2006). Para el primer relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen (2003) la relación que tienen ciertos pueblos con la tierra implica su existencia misma como comunidades territoriales identificables. De esta manera, la pérdida de las tierras ancestrales por parte de las poblaciones indígenas trae consigo la desintegración cultural (Swepson, 1990).¹⁸

Por lo tanto, para los pueblos indígenas, la etnia y la cultura son los puntos clave de la lucha por la tierra, por lo que la protección del ambiente es un binomio indisoluble de la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Thornberry, 1999).¹⁹ Este derecho implica no solo el disfrute del territorio, sino de los recursos que se encuentran dentro de él (Convenio No. 169 de la OIT, 1989, artículo 15, apartado 1). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que "la propiedad comunal del territorio no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicional de las tierras y recursos" (CIDH, 2007, párr. 231).

De acuerdo con distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto la relación omnicompreensiva que mantienen ciertos pueblos indígenas con sus tierras tradicionales (no todos), como su concepto de propiedad comunal con respecto al territorio bastan para obtener el reconocimiento estatal de propiedad (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007; Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2005; Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, 1999), por lo que el derecho de propiedad comunal no se condiciona al reconocimiento expreso por el Estado, ya que no

18 En este sentido, podemos empezar a comprender que los derechos de los pueblos indígenas van más allá del campo material del derecho, ya que tienen un elemento espiritual que en realidad es el nexo que les permite obtener jurídicamente la titularidad colectiva de sus territorios.

19 Por lo que en el marco de los pueblos y comunidades indígenas no solo existe la muerte física, sino la muerte cultural, en este punto es claro que la pérdida de territorios, ya sea por distintos proyectos de desarrollo o terceros que no pertenezcan a la comunidad, afectan directamente a la justicia indígena, ya que el principio base dentro de un modelo de estado plurinacional es el respeto a la existencia de otras nacionalidades y culturas que, a las que se les vulneraría todo el conjunto de garantías reconocidas al impedirseles el ejercicio de su espiritualidad, lo que provocaría un retroceso al modelo liberal, por no respetar la propiedad comunal como se respeta la propiedad privada tradicional.

representa un requisito el título formal de propiedad, para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006). Siendo así, la existencia o no de un título formal de propiedad por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficial, más no es constitutivo de derechos (Chiriboga & Donoso, 2013, p. 48).

No obstante, continuando en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es importante destacar que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas tampoco se ha limitado al ejercicio de los derechos territoriales, pues en el marco de la transversalidad tanto de los derechos individuales como de los colectivos se reconocen principios como la identidad cultural y el derecho de los pueblos indígenas a vivir libres de toda forma de discriminación (Corte IDH, Caso Norin Catriman y otros vs. Chile, 2014).

En la actualidad, uno de los principales problemas que enfrentan ciertos pueblos indígenas se relaciona con la riqueza de recursos naturales que poseen sus territorios, esto ha dado paso a lo que se denomina como acumulación por despojo, el cual es un proceso que “implica entre otras cosas, la privatización de los recursos comunales, el desplazamiento de comunidades campesinas o indígenas y cambios radicales en el modo de vivir de las poblaciones afectadas” (Middeldor, 2017, p. 375). Por otra parte, no se puede dejar a un lado la crítica existente sobre las negociaciones realizadas que suelen beneficiar más a las compañías que, al país en sí, debido a que el beneficio económico se enfrenta a problemas de corrupción y captación de rentas, dentro de lo que conocemos como la paradoja de la abundancia o la maldición de los recursos naturales (Morales, 2012).²⁰

De acuerdo con el FIMI (2012), esto se debe a una suerte de racismo ambiental hacia los pueblos indígenas, por el uso desproporcionado de sus territorios para distintos fines de la industria extractiva que ocasionan el desplazamiento forzado, la degradación del medio ambiente y el aumento de la escases de recursos, además de generar efectos graves en la salud.

Este fenómeno afecta directa e indirectamente a las poblaciones y comunidades indígenas, impidiéndoles el libre ejercicio del derecho a la tierra como también a la propiedad comunal que poseen sobre ella, por lo que las actividades extractivas en territorio indígena pueden impedir el ejercicio de la posesión tradicional de los

20 En este modelo de ‘la paradoja de la abundancia’, los casos tanto de Bolivia como de Ecuador están dotados de una particular peculiaridad, ya que el discurso de algunos de sus mandatarios se caracterizó como antimperialistas, sin embargo, las distintas políticas extractivistas parecen contradecir el espíritu de sus constituciones y la corriente tan promulgada del *sumak kawsay*, como del *suma qamaña*.

territorios e incluso condicionar la supervivencia física y cultural de estos pueblos (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007).²¹

Paralelamente, se ha podido percibir la criminalización de la protesta social e incluso ha implicado el asesinato de 116 defensores y defensoras del territorio y el medio ambiente en 2014; de acuerdo con la organización Global Witness, esta cifra incrementó un 59 % en 2016 (Global Witness, 2014; 2015). Por su parte, la Cepal señaló que de los 122 casos registrados en Latinoamérica en 2015, 45 eran víctimas de procedencia indígena. Según la Corte Interamericana (2007) “estos actos traen consigo la desmembración y el daño a la integridad de la colectividad indígena”²² (Corte IDH. Caso Escué Zapata vs. Colombia, párr. 54).

De esta manera, luego de realizar concesiones lejanas a los estándares establecidos en el marco del Derecho Internacional y del derecho nacional, los pueblos y comunidades indígenas acuden a la justicia ordinaria para establecer medidas cautelares que impidan la prospección de sus territorios, pero es aquí donde los pueblos indígenas representan un obstáculo al desarrollo.²³

21 En efecto, desde los años noventa, la industria extractiva en Latinoamérica ha visto un aumento significativo en la inversión extranjera, lo que ha generado una fuerte presión sobre frágiles ecosistemas y poblaciones vulnerables cuyas tierras compiten con los recursos minerales y energéticos. En 2009 fue revelado que el porcentaje de cáncer entre las comunidades indígenas que viven en zonas petroleras es treinta veces mayor que la media nacional en Ecuador (ONU, 2009).

22 Este contexto permite reflexionar sobre el papel del Estado como agente de protección en contextos extractivos, ya que, si bien actualmente se continúa luchando por un tratado vinculante en el marco de la responsabilidad de las empresas sobre los derechos humanos, no se puede dejar a un lado la responsabilidad de los Estados por la vulneración de derechos humanos ocasionados por estos agentes dentro de su jurisdicción (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1, apartado 1) ni la la debida investigación en los casos de desaparición o asesinato.

23 En este aspecto, no es lo mismo entender el concepto de desarrollo occidental, que el concepto de desarrollo que aún mantienen ciertos pueblos indígenas y que poco a poco están perdiendo por el enfrentamiento de intereses existente. De esta manera, la resistencia indígena representa el inicio de la lucha de un modelo de estado plurinacional, anticolonial, e incluso antimarxista. De acuerdo con distintos autores, el Marxismo ha representado uno de los principales obstáculos para el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, ya que prosperó la invisibilidad social y política, e incluso fomentó mediante el factor de clase social una actitud racista y colonialista, que en ocasiones se traducía, como se mencionó antes, en tutela paternalista.

Además, el derecho a la resistencia evidencia que el estatus conferido en la colonización trascendió las barreras del tiempo y las que había entre los distintos modelos de Estado, y continua en el modelo actual, ya que esta incapacidad ha influido directamente en el marco socioeconómico de estas poblaciones como lo demuestran estudios que afirman que ser indígena equivale ser pobre (CELAC, 2014.). De acuerdo con Naciones Unidas (como se citó en Corpus, 2015) el 33 % del total de las personas que viven en situación de pobreza extrema de todo el mundo proceden de comunidades indígenas, este nivel de pobreza implica una violación a los derechos humanos de estos pueblos y comunidades.

En Latinoamérica, al igual que en otras latitudes, los pueblos y comunidades indígenas ocupan los escalones socioeconómicos más bajos y, representan el 8 % de la población total; no obstante, son el 14 % de todos los pobres que viven con menos de 4 dólares al día, y más del 17 % viven con menos de 2,50 dólares al día, impidiéndoles así el acceso a la educación, la salud, el trabajo, etc. (Grupo Banco Mundial, 2014; ONU, 2009).

En este sentido, si bien anteriormente se habló de un colonialismo de vieja data que estableció un modelo discriminatorio hacia los pueblos y comunidades indígenas, actualmente el neocolonialismo extractivo no solo ha generado nuevos modelos de discriminación y violencia, sino que se suman a los ya existentes. Estas acciones Estatales abren un interrogante: ¿existe un modelo de estado plurinacional y multicultural que prive a los pueblos indígenas del ejercicio básico de sus derechos? Si bien las distintas actividades de extracción y desarrollo contribuyen a la superación de la pobreza y la desigualdad, y favorecen a los procesos de desarrollo económico, por otro lado generan efectos negativos, que recaen en el medio ambiente y en quienes habitan en él.

De esta manera, en la búsqueda de construcción del pluralismo jurídico se debe partir por analizar el modelo de desarrollo existente y la implicación sobre el territorio de los pueblos y comunidades indígenas, ya que no se puede justificar que el Estado precautele el cumplimiento de proyectos que afecten la vida física y cultural tanto individual como colectiva de los pueblos y comunidades indígenas mediante el empleo de las fuerzas públicas al servicio de la inversión extranjera; este acto cuestiona directamente la soberanía nacional y viola directamente los derechos de los pueblos indígenas, generando efectos como el desplazamiento forzado de estas poblaciones.²⁴

Esta situación evidencia que, aunque existe un avance en la construcción de sociedades multiculturales, no todas tienen las mismas oportunidades, ya que parten de realidades distintas, por lo que el derecho parece continuar como una suerte universal ejercida por un goce de unidades particulares. Por lo tanto, mientras no se combata la pobreza de manera efectiva, no se podrá reivindicar a los pueblos indígenas y por tanto, no se podrá obtener uno de los objetivos del modelo de estado plurinacional y multicultural.

Conclusiones

Este breve estudio de la justicia indígena desde su importancia como base en la reivindicación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en principio, y como una forma contrapuesta al modelo monocultural insertado en las distintas etapas de la historia, nos ha permitido comprender que la justicia indígena, desde una perspectiva multicultural, va más allá de una mera resolución de conflictos,

²⁴ Este problema se agudiza cuando en un territorio se realizan varias actividades extractivas a la vez. En 2013 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que en ocasiones los proyectos o concesiones se superponen casi a la integridad del territorio ancestral y son autorizadas en contravención de la concepción de desarrollo propia de los pueblos y comunidades indígenas y tribales (CIDH. Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador, 149° Período de Sesiones, 2013; CIDH. Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú, 153° Período Ordinario de Sesiones, 2014).

e incluso esta filosofía podría ser cuestionada por parecer una suerte de racismo por la falta de conocimiento, lo que implica que no solo el reconocimiento de estos mecanismos son suficientes o agotan en sí a la justicia indígena.

Por lo que, la misma va más allá de las barreras del tiempo e incluso del entramado judicial, implicando así un análisis sobre el respeto de las distintas formas de gobierno de los pueblos y comunidades indígenas como también, y a su vez abre el debate a las condiciones que enfrentan ante distintos actores, como las empresas, los agentes militares, la pobreza, el desempleo, etc. En el marco de la desigualdad fue importante conocer lo que implica la definición de cultura, ya que si bien se mantiene una idea idílica de los pueblos indígenas, se debe respetar y reivindicar en el marco dinámico histórico de estas poblaciones, pues el origen de su resistencia esta en intentar no morir culturalmente y contraponerse al proceso de asimilación, buscando mantener vivas sus instituciones.

Lo anterior nos permite entender que, al igual que todas las sociedades, las comunidades indígenas son dinámicas y en este dinamismo se han ido adaptando a distintos escenarios, pero eso no significa que no se deban atender sus necesidades de manera integral. En este punto puede afirmarse que la justicia indígena es una necesidad para estos pueblos, pues de hecho es la base para adoptar medidas eficientes en el marco de las distintas violaciones de derechos humanos que puedan sufrir e incluso es una forma de prevenirlas, representando también una alternativa al desarrollo de los distintos países en Latinoamérica. Este factor crucial es el principal problema que actualmente enfrentan distintos países de Latinoamérica, ya que si bien por un lado se han declarado ciertos estados como revolucionarios por constituciones que reivindican el pasado colonial y liberal de estos pueblos, al momento de las concesiones son olvidados sus derechos y se convierten en los enemigos del Estado y del pueblo por oponerse a un “desarrollo” que, si es analizado en el marco de la cosmovisión indígena, se opone incluso a la propia espiritualidad indígena, por lo que, en esta línea surge otro cuestionamiento que no ha sido antes analizado y es el debilitamiento de las instituciones de los pueblos y las comunidades indígenas. Sin duda se ha demostrado que en las últimas décadas los Estados se encuentran condicionados a la venia de las distintas transnacionales, pero en el caso de los pueblos indígenas también estas afectan las distintas formas de autogobierno, y eso se pudo corroborar en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Sarayaku vs. Ecuador, en el cual la empresa petrolera debilitó al pueblo Sarayaku dividiéndolo mediante distintos actos de corrupción y asimilación, todo esto para obtener el consentimiento, el cual no fue realizado por el Estado, sino delegado a la empresa petrolera.

Todos estos indicadores demuestran el debilitamiento de la soberanía nacional, teniendo en cuenta que estos actos en lugar de reducirse cada año incrementan, por lo que la justicia indígena es relegada, desatendida o simplemente ignorada. Desde este punto fue interesante analizar las distintas dimensiones de la justicia indígena en el marco de la transversalidad de los derechos tanto individuales como colectivos de los pueblos indígenas, de tal manera que no se puede hablar de justicia indígena sin el derecho a la propiedad colectiva de la tierra, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas e incluso a derechos como la educación, la salud o el trabajo.

Además, en este texto se realiza una reflexión que permite observar la importancia de entender lo que comprende la justicia indígena y trabajar en ella, ya que está busca eliminar las barreras socioeconómicas que enfrentan los pueblos indígenas en comparación con la brecha existente con la población no indígena, además de que hace visible el marco de la triple discriminación que enfrenta la mujer indígena, ya que la pobreza incuba violencia e impide el desarrollo de estos pueblos afectando a su forma de vida e incluso enfrentándolas a factores hostiles.

Finalmente, la plurinacionalidad es un modelo en construcción emergente que representa una herramienta de reivindicación histórica, pero también de fortalecimiento, pues permite dar un paso más allá y busca dar solución a aquellas necesidades emergentes de los pueblos y comunidades indígenas, para un mejor desarrollo y un respeto integral a la identidad cultural de estos pueblos y a la construcción de un Estado plural.

Referencias

- Abbott, K., & Snidal, B. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International organization*, 54, pp. 421-456.
- Agredo, G. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas, *Revista Luna Azul*, 23, pp. 28-32.
- Declaración de Belem sobre los pueblos indígenas aislados, Alianza para la protección de los pueblos Indígenas aislados, de 11 de noviembre de 2005.
- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Anaya, J. (2008). La Globalización, el Derecho Internacional y los pueblos Indígenas: evolución y perspectivas. En A. Bello, & Aylwin J. (Comps.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas* (pp. 37-47). Temuco: IWGIA.

- Anaya, J. (2010). El Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración. En Charter, C., & Stavenhagen, R. (Eds.), *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (pp. 194-209). Copenhague: IWGIA.
- Aylwin, J. (2002). *El acceso de los indígenas a las tierras en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*. Santiago de Chile: CEPAL
- Bontifil Batalla, G. (1972). El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial, *Anales de Antropología* (Volumen 9), México: CIESAS.
- Burguete, J. (2013). *Diálogo de saberes sobre la violencia contra las mujeres indígenas. Aproximaciones metodológicas a la Investigación Intercultural*. México: FIMI & PATH InterCambios.
- Cabrero, F. (2016). *Los pueblos indígenas*. Barcelona: Editorial UOC.
- Carta de las Naciones Unidas (1945). Recuperado de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf
- CEPAL. (2007). *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago: Naciones Unidas.
- CEPAL. (2014). *Más de 200 Conflictos en tierras indígenas de Latinoamérica*. México: CEPAL.
- CIDH. (2013). *Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador*, 149° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2013.
- CIDH. (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, oea/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007.
- CIDH. (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas*, OEA/Ser. L/V/II, Doc 47/15, 31 de diciembre del 2015.
- CIDH. (2014). *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014.
- Convenio No. 169 de la Organización del Trabajo, sobre pueblo indígenas y tribales (1989). Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Clavero, B., (1994) *Derecho Indígena y la cultura constitucional en América* (Primera edición). México: Editorial Siglo XXI editores.

- Comisión Africana de Derechos Humanos. (2010). Caso Endorois vs. Kenia.
- Comisión Africana de Derechos Humanos. (2001). Caso Ogoni vs Nigeria.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2014) *Anuario estadístico de América latina y el Caribe*. Santiago de Chile: ONU.
- Comisión Económica para América Latina. (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina*. Santiago de Chile: ONU.
- Comité DDHH. (1999). Observaciones del Comité de Derechos Humanos, Mexico, CCPR/C/79/Add.109, 27 de julio de 1999.
- Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional de la republica del Ecuador, 20 de octubre de 2008 de 1998.
- Constitución Política de la República Colombiana, Congreso Nacional de la República de Colombia, 4 de julio de 1991.
- Constitución Política de la República de Perú, Congreso Nacional de la República del Perú, 29 de diciembre de 1993.
- Constitución Política del Estado Plurinacional Boliviano, Congreso Nacional del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero de 2009.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, Artículo IV, aprobada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.
- Corpus, I. V. (2015), Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ONU, A/HRC/30/41, 13 de agosto de 2015.
- Corpus, I. V. (2016), Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ONU, A/HRC/71/229, 29 de julio de 2016.
- Corte IDH. (1999). *Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*.
- Corte IDH. (2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.
- Corte IDH. (2005). *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*.
- Corte IDH. (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.
- Corte IDH. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*.

- Corte IDH. *Caso Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*.
- De Sousa Santos, B, Grijalva Jimenes, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Editorial Abya Yala.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, 117ª sesión plenaria, AG/RES/217ª (III).
- Farris, N. (1992). *La sociedad Maya bajo el dominio colonial, la empresa colectiva de la supervivencia*. Madrid: Alianza Editorial.
- Foro Internacional de Mujeres Indígenas. (2012). *Inequidades: Manifestación de la violencia estructural hacia las mujeres indígenas*. Recuperado de http://www.servindi.org/pdf/Inequidades_Foro_Mujeres_Indigenas.pdf
- Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. (2014). *Notas de Antecedentes, Los pueblos indígenas en sus propias voces: los pueblos indígenas en Asia*, 13º período de sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.
- Gelman, J. (2014). *Conquista y Colonia*. En Yankelevich, P. (Ed.), *Historia mínima Argentina* (pp. 67-142), Colegio de México, México.
- Global Witness. (2015). *¿Cuántos más? El medioambiente mortal de 2014, intimidación y asesinato de activistas ambientales y de la tierra, con Honduras en primer plano*.
- Global Witness. (2016). *En terreno peligroso; el medio ambiente moral de 2015; asesinato y criminalización de defensores de la tierra y el medio ambiente en todo el mundo*.
- Grupo Banco Mundial. (2014). *Los pueblos Indígenas en América Latina. Balance político, económico y social al término del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas en el Mundo., Práctica Global para la Resiliencia Urbana, Rural y Social América Latina y el Caribe*, Nueva York.
- Kymlicka, W. (1995). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W. (2001). *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. New York: Oxford University Press.

- Kymlicka, W. (2011). Derechos humanos e justicia etnocultural. *Meritum*, 6, 13-55.
- Lamus Obregon, M. (2010). *Geografías del teatro en América Latina, un relato histórico* (Primera edición). Bogotá: Editorial Luna Libros.
- Martínez Cobo, J. (1983), Conclusions, Proposals and Recommendations. En *Study of the problem of discrimination against Indigenous populations*. ONU. Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/publications/2014/09/martinez-cobo-study/>
- Middeldor, N. (2017). Industrias extractivas y pueblos indígenas: ¿sacrificando los derechos humanos en el altar del desarrollo?, En Thompson, J., *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina* (pp. 371-390). San José: Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos.
- Morales, J. (2012). *¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos*. Madrid: Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación Universidad Complutense de Madrid, universidad del País Vasco y Universidad de Murcia.
- Möner, M. (1970) *La Corona Española y los foráneos en los pueblos indios de América*, Estocolmo.
- OEA. (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 14 de junio de 2016.
- ONU. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/33/42, 16 de agosto de 2016.
- ONU. (2003). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. R. Stavenhagen, E/CN.4/2004/80/ADD.E., 16 de febrero de 2005.
- ONU. (2009). *State of the worlds indigenous peoples*. Department of Economic and Social Affairs, ST/ESA/328, New York.
- ONU. (1993). Convenio sobre la diversidad biológica, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo "Cumbre Tierra", de 29 de diciembre de 1993.
- ONU. (2006). Declaración sobre los derechos de los pueblos Indígenas, Resolución de la Asamblea General 61/178, 20 de diciembre de 2006.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
- Pujadas, J. (2013). Pueblos Indígenas, Estado-Nación e indigenismo político en América Latina. En, Pigrau, S. (Ed.) *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental, Un estudio de las nuevas Constituciones de Ecuador y Bolivia*, (pp. 29-60). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Shelton, D. (2011). Self-Determination in Regional Human Rights Law: From Kosovo to Cameroon. *Legal Studies Research Paper* (53).
- Stavenhagen, R., Carrasco, T. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José: Instituto Interamericano de Derechos humanos.
- Swepson, L. (1990). A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989, *Oklahoma City University Law Review*, 15(3), 667-716.
- Taylor, C. (1993). *¿El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE.
- Thornberry, P. (1999). The Rights of Minorities and Indigenous Peoples. En E. Torres Ripa, *Los Derechos Humanos en un mundo dividido* (pp. 163-186), Bilbao: Universidad de Deusto.
- Torbisco Casals, N. (2014). Derechos Indígenas reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los Derechos Humanos. En L. L. Hierro (coord.), *Autonomía Individual frente a autonomía colectiva. Derechos en Conflicto*, (pp. 81-127), Madrid: Marcial Pons.
- Trubek, D.(1984). Economic, Social, and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs. T. Meron (Ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (pp. 2005-271). Oxford: Clarendon Press.
- Valdiviezo Remache, C. (2016). *La justicia indígena y su incidencia en la vulneración de los Derechos Humanos, en la comunidad de Cacha, Pattoquia de Yaruquies, Canton Riobamba, Provincia de Chimborazo a partir del 2008*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

- Vásquez Ríos, P. (2012). El pueblo mapuche y sus relaciones fronterizas: de España a Chile, entre resistencia y asimilación *TRIM; Revista de investigación multidisciplinar*, (4), pp. 87-97.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal* (Primera Edición). Guatemala: Fundación Myrna Mack. Recuperado de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_6_ryf_pautas_coordinacion.pdf
- Yrigoyen Fajardo, R. (2004). Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. En *Los desafíos de la interculturalidad* (pp. 537-567). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2005). *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el consitucionalismo Andino*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En *Pueblos indígenas y Derechos humanos* (pp. 17- 45). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2010). *El horizonte del constitucionalismo pluralista del multiculturalismo a la descolonización*, VII Congreso de Relaju, Lima.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2010). Pueblos indígenas. *Constituciones y reformas políticas en Latinoamérica*, IIDS, INESC, ILSA, Lima.

Reflexiones sobre el vínculo entre reformas a la administración de justicia, economía y desarrollo económico

Reflections on the Link between the Reform of the Administration of Justice, Economy and Economic Development

Reflexões sobre o vínculo entre reformas à administração de justiça, economia e desenvolvimento econômico

Arturo Felipe Onfray Vivanco*

Fecha de recepción: 25 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 22 de abril de 2018

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7163>

Para citar este artículo: Onfray, A. F. (2018). Reflexiones sobre el vínculo entre reformas a la administración de justicia, economía y desarrollo económico. *ANIDIP*, 6, 201-224. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.7163>

Resumen

El presente trabajo explora la existencia de una estrecha relación entre las reformas, orgánicas y funcionales, a la Administración Justicia y la Economía, en cuanto ciencia que estudia la toma de decisiones en consideración a la revisión de la relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos,¹ otorgándose, asimismo, una especial atención a cómo el mejoramiento de la Administración de Justicia impacta el desarrollo económico.

* Abogado del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Katholieke Universiteit Leuven. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

1 Tal definición corresponde a la propuesta por Lionel Robbins (1945).

Para dichos efectos se analiza la situación de Chile, país en que se advierte, a partir del retorno a la democracia, la emergencia de varias reformas globales a la Administración de Justicia.

Los vínculos entre las reformas a la Administración de Justicia y la Economía y el desarrollo económico, en Chile, se manifiestan en tres etapas, a saber: (1) en la génesis y diseño de las reformas globales a la Administración de Justicia; (2) en la reconstrucción del mapa de la Administración de Justicia; y (3) en la situación actual de la Administración de Justicia, sus decisiones y reformas pendientes, en especial la Reforma Procesal Civil.

Palabras clave: Administración de justicia, justicia y economía, Reforma Procesal Civil, prevención del conflicto, reformas judiciales.

Abstract

This paper explores the existence of a close relationship between organic and procedural reforms to the Administration of Justice and the Economy, insofar as this science analyses the decision-making processes under the consideration of the link between goals and scarce means,² giving also special attention to how the improvement of the administration of justice fosters economic development. For these effects, the situation of Chile is analyzed. In this country, since the return to democracy, in the early 1990s, several global reforms to the administration of justice have taken place. Links between the reforms of the administration of justice, the economy and the economic development, in Chile, are found in three different stages, namely: (1) in the origin and design of the global reforms to the administration of justice; (2) in the reconstruction of the map of the administration of justice; and (3) in the current situation of the administration of justice, their decisions and pending reforms, mainly the civil justice reform.

Keywords: Administration of justice, Civil Justice Reform, conflict prevention, judicial reforms, law and economics.

Resumo

O presente trabalho explora a existência de uma estreita relação entre as reformas, orgânicas e funcionais, à Administração, Justiça e Economia, como ciência que estuda a tomada de decisões em consideração à revisão da relação entre fins e meios escassos susceptíveis de usos alternativos,³ outorgando-se, igualmente, uma especial atenção para como o melhoramento da Administração de Justiça impacta o desenvolvimento económico. Para ditos efeitos analisa-se a situação do Chile,

2 This definition corresponds to Lionel Robbins (1945) proposal.

3 Tal definição corresponde à proposta por Lionel Robbins (1945).

país em que se adverte, a partir do retorno à democracia, a emergência de árias reformas globais à Administração de Justiça. Os vínculos entre as reformas à Administração de Justiça e a Economia e o desenvolvimento econômico, no Chile, manifestam-se em três etapas, a saber: (1) na gênese e desenho das reformas globais à Administração de Justiça; (2) na reconstrução do mapa da Administração de Justiça; e (3) na situação atual da Administração de Justiça, suas decisões e reformas pendentes, em especial a Reforma Processual Civil.

Palavras-chave: Administração de justiça, justiça e economia, Reforma Processual Civil, prevenção do conflito, reformas judiciais.

“La relación entre Justicia y Economía ha sido objeto de muy reciente y escasa investigación y también de frecuente especulación”,
Carrillo Flórez, *Los retos de la Reforma de la Justicia en América Latina*.

1. Primera etapa (1990-2000)

1.1. Génesis de las reformas globales a la Administración de Justicia

En los últimos años, a partir de la década de los 90, los sistemas judiciales latinoamericanos han experimentado profundas reformas,⁴ cuya característica principal es su globalidad, ya que incluyen un rediseño de la justicia tanto en su dimensión orgánica como funcional, tanto en lo relativo a la organización y atribuciones de los tribunales como en lo que concierne al establecimiento de nuevos procedimientos.

En el caso chileno, en marzo de 1990, los diecisiete años del régimen de Augusto Pinochet llegaron a su fin. Patricio Aylwin, el nuevo presidente de la República, tuvo importantes desafíos que afrontar; ante todo, la transición a la democracia, pero, adicionalmente, la necesidad de modernizar el Estado, de conformidad con los recientes cambios económicos y sociales ocurridos en el mundo y en la región.

Una de las áreas prioritarias del sector público a considerar en el proceso de modernización del Estado fue la Administración de Justicia en atención a las serias dificultades que, en ese entonces, padecía. No en balde, Patricio Aylwin, en abril de 1990, a menos de dos meses de haber asumido la primera investidura del país, en el discurso inaugural del Congreso Nacional de la Asociación Nacional de Magistrados, celebrado en la ciudad de Pucón, denunció que: “nadie puede

⁴ Según Correa, existe un especial consenso en el hecho que “alrededor del mundo, los Sistemas Judiciales están ganando importancia en la vida cotidiana, de una forma que no tiene comparación con la situación de hace 50 o incluso 10 años atrás” (Correa, 1998, p. 97).

objetivamente negar que la Administración de Justicia está experimentando una grave crisis” (Discurso, 1990).

Además de la referida evaluación negativa del presidente de la República, el estado de crisis de la Justicia en Chile era confirmado por sucesivas encuestas de opinión pública, las cuales consideraban niveles de desaprobación del Poder Judicial, que incluso superaban el 80 por ciento (Onfray, 2010).

La percepción de crisis obedecía a diferentes razones, entre ellas una pérdida de legitimidad de la judicatura, básicamente como consecuencia del papel pasivo que desempeñó durante el Gobierno Militar en la protección de los Derechos Humanos (Larkins, 1996, p. 613). Sin embargo, existían numerosos problemas relacionados con la organización del Poder Judicial y los procedimientos, entre ellos su diseño obsoleto y su excesiva duración.

Como una respuesta a la crisis señalada, la Administración de Justicia experimentó importantes reformas globales, las cuales comenzaron a gestarse en los años noventa, luego de los esfuerzos conducidos en el ámbito de la Justicia Transicional, preocupación principal del gobierno de Patricio Aylwin.⁵

La primera de tales reformas globales, en el año 2000, fue la del Sistema Procesal Penal, la cual estaba en armonía con la idea de transformar y modernizar la Administración de Justicia, en concordancia con las directrices de los países democráticos (Duce & Riego, 1995, p. 145). La Reforma Procesal Penal fue calificada por la exministra de Justicia del Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Soledad Alvear, como “la reforma más revolucionaria del siglo” (Alvear, 1997, p. 56). Ella consideró el establecimiento de nuevos tribunales (Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal), de nuevos procedimientos regulados en el Código Procesal Penal, y de distintas instituciones, a saber el Ministerio Público, con la misión de dirigir exclusivamente la investigación de los hechos constitutivos de delitos, y la Defensoría Penal Pública, encargada de proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen simple, delito o falta que carezcan de abogado.

La fase de implementación de esta reforma finalizó en el 2005, y a ella le siguieron otras, también con un carácter global, así como varias reformas específicas, algunas de las cuales fueron muy bien evaluadas por los miembros de la cultura legal interna, como, por ejemplo, la que estableció la Academia Judicial, en el año 1994 (Ley 19.346, de 1994) (Onfray, 2010).

5 Luego del retorno a la democracia, y antes del desarrollo de la Reforma Procesal Penal, una preocupación principal del gobierno de Patricio Aylwin fue enfrentar adecuadamente las violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el Gobierno Militar, a cuyos efectos, en el marco de lo que se denominaría la Justicia Transicional, se estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Ya en los primeros lustros del siglo XXI, se incorporaron las nuevas Justicias de Familia y Laboral. A tales reformas globales se sumaron Sistemas de Justicia especializados, fuera del Poder Judicial, entre ellos el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los Tribunales Tributarios y Aduaneros y los Tribunales Ambientales, así como tribunales especiales de lo contencioso administrativo, tales como el Tribunal de Contratación Administrativa y el Consejo para la Transparencia.

En cuanto a la reforma de la Justicia Civil, si bien en Chile existe un movimiento oficial destinado a favorecer una reforma global de la misma —que en el año 2005 recibió un apoyo por parte del Estado a través del establecimiento del Foro de la Reforma Procesal Civil, el cual derivó más tarde en la presentación de sendos proyectos de reforma al Código Procesal Civil— ella no ha podido aún materializarse, estando paralizada la discusión del último proyecto de nuevo código, a la espera de una decisión en otros ámbitos que inciden directamente en la Justicia Civil, a saber, una reorganización de los tribunales civiles, una propuesta de inclusión de las formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos y un nuevo modelo de ejecución civil.

Las profundas modificaciones legislativas mencionadas reflejan la importancia que hoy se le asigna a la Administración de Justicia en la promoción de la Democracia y del Estado de Derecho, así como en el favorecimiento del desarrollo económico y social de los países. Respecto a este último punto, Gold ha llegado a afirmar incluso que “el principal objetivo de la reforma judicial en América Latina y en el Caribe es promover el desarrollo económico” (1995, p. 115).

No resulta extraña la importancia asignada a la reforma judicial en la región en orden a favorecer la promoción del desarrollo económico en América Latina, ya que este se revela esencial, considerando que amplios sectores de la población viven en condiciones de pobreza o carencia, en el marco de un sistema con desigualdades significativas. Se trata de una forma de violencia, quizás menos visible que aquella que resulta, por ejemplo, del aumento de los delitos violentos, pero no por eso es menos importante.

La relación existente entre la Administración de Justicia y el desarrollo económico es significativa, puesto que los Sistemas Judiciales influyen en el ámbito de lo macro, por ejemplo, en los procesos de toma de decisiones de los diversos agentes económicos. Así, a modo ilustrativo, para un desarrollo eficaz y eficiente de las inversiones cobran importancia, entre otros elementos, el adecuado respeto de la propiedad, las buenas prácticas contractuales, la confiabilidad de las políticas públicas, la pronta ejecución de las deudas, la justa y oportuna resolución de las disputas con los órganos de la administración del Estado y el control de la actividad criminal, en particular de la corrupción (Sherwood, 1998, p. 34).

Ciertamente, además de influir en la inversión y en el desarrollo del país, las decisiones de los tribunales tienen, en el ámbito de lo micro, consecuencias económicas importantes para las personas naturales y jurídicas, las cuales van desde asegurar el respeto a los derechos de los consumidores, hasta reparar los daños que un ilícito supuso en el logro de un legítimo proyecto de vida o de una actividad comercial.

Varios especialistas en el Sector Justicia, entre ellos Alberto Alesina⁶ y Shahid Javed Burki,⁷ han concluido que la calidad de los Sistemas Judiciales puede afectar seriamente el desarrollo económico, como ha sido sostenido por el expresidente de la Corte Suprema chilena, Marcos Aburto, quien afirmó que “cuando la Administración de Justicia es tarda, costosa e ineficiente, resulta estéril el reconocimiento que el orden constitucional dispense a los derechos o garantías individuales, la inseguridad se encargará de desalentar toda inversión, empobreciendo a la vez, el patrimonio social como reduciendo a la nada el amparo a las personas”⁸ (1995, p. VII).

Así, la reforma a la Administración de Justicia se consideró como un elemento esencial para el desarrollo de América Latina, en cuanto ella contribuye significativamente a la estabilización de la democracia en la región y al desarrollo económico en el contexto de un mundo global.⁹

No es de extrañar, entonces, que un importante grupo de instituciones vinculadas con el desarrollo económico, político y social de los países haya desarrollado, en el curso de los años noventa, época de la génesis de las reformas globales a la Administración de Justicia, “un claro compromiso con la reforma judicial en América Latina”¹⁰ (Thome, 1998, p. 13).

6 En palabras de Alberto Alesina: “Bureaucratic inefficiency and corruption in the Judicial System are correlated with low investment and growth.” (Traducción del autor: La ineficiencia burocrática y la corrupción en el Sistema Judicial están relacionados con la baja inversión y el crecimiento) (Alesina, 1998, p. 71).

7 Señala Shahid Javed Burki: “Judicial reform benefits all users. It benefits the private sector by making business transactions more predictable, and it benefits the public sector by establishing better regulation and accountability. Finally, it benefits the people by increasing access to legal aid programmes and services.” (Traducción del autor: La reforma judicial beneficia a todos sus usuarios. Beneficia al sector privado haciendo las transacciones comerciales más predecibles, y beneficio al sector público estableciendo una mejor regulación y responsabilidad. Finalmente, beneficia a las personas a través del incremento del acceso a los programas y servicios de asistencia legal) (Javed, 1995, pp. 11-12).

8 Más allá de la calidad de los Sistemas Judiciales, existen otros elementos que los empresarios consideran como obstáculos relevantes para el desarrollo de los negocios, como es el caso, por ejemplo, de la corrupción, del tipo de cambio, del crédito, de la inflación, de la infraestructura, del crimen organizado, de la estabilidad política, de las regulaciones y de los impuestos. Ver Galindo (2003).

9 De hecho, la Comisión Kissinger caracterizó al Sector Justicia como el ‘weak pillar’ de la democracia latinoamericana. Ver Hammergren (1988).

10 Señala Linn Hammergren: “Internationally based human rights activists, private foundations, and economic assistance agencies have given political support to domestic efforts and in the case of the latter two, provided funding as well.” (Traducción del autor: Los activistas internacionales de derechos humanos, las fundaciones privadas y las agencias de asistencia económica han brindado apoyo político a los esfuerzos nacionales y, en el caso de las dos últimas, también han proporcionado fondos) (Hammergren, 1988b, p. 8).

Entre ellas, destacan los casos del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, quienes, preliminarmente, constataron la existencia de una estrecha relación entre las reformas judiciales y el desarrollo económico. Dicho aserto era armónico con los fundamentos del movimiento conocido como Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*), disciplina fundada en 1937 por el abogado, economista y profesor de la Universidad de Chicago Ronald Coase, que, aplicada al funcionamiento de las instituciones judiciales, permite revisar aspectos como los costos de la Justicia, el diseño procedimental, la extensión de la oferta judicial y su impacto en la duración de los juicios (Pastor, 2016). A lo anterior, y concordante con ello, se agregaron los aportes de la disciplina Derecho y Desarrollo (*Law and Development*), la cual reunió a profesores de las Universidades de Harvard, Stanford, Wisconsin, Yale y otras importantes Facultades de Derecho norteamericanas. Ella, más allá de las imperfecciones en su consolidación definitiva, supo revelar la importancia de la vinculación entre Justicia y Economía, a la cual debe agregarse tanto el desarrollo político como el social.¹¹

El Banco Mundial desempeñó un papel muy relevante en el desarrollo y la implementación de propuestas para la reforma judicial en América Latina. Maria Dakolias, quizás uno de las funcionarias más importantes del referido Banco comprometidas con los programas de reforma legal latinoamericanos, identificó, en los años noventa, “la reforma judicial como el componente clave para alcanzar los objetivos estructurales de consolidar la democracia y promover el desarrollo económico” (Thome, 1998, p. 15). Dakolias señaló que la reforma judicial en América Latina debía enfocarse en las siguientes áreas: acceso a la justicia, Administración de Justicia, capacitación

11 Richard Messick señala: “In the 1960s the USAID and American private donors underwrote an ambitious effort to reform the Judicial Systems and substantive laws of countries in Asia, Africa, and Latin America. This “law and development” movement engaged American professors from Harvard, Yale, Stanford, Wisconsin, and other leading law schools, and, within a few years, had generated hundreds of reports on the contribution of law reform to economic development. Yet, after little more than a decade, both key participant and a principal founder declared the program a failure and support soon evaporated [...] perhaps the most significant reason why the law and development movement failed was its naive belief that the American legal system and the American legal culture generally, what Trubek and Galanter, call ‘liberal legalism’, could be easily transplanted to developing countries” (Messick, 1998, pp. 14-16). En la década de los años sesenta, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional y donantes privados estadounidenses suscribieron un ambicioso esfuerzo para reformar los Sistemas Judiciales y las leyes sustantivas de países de Asia, África y América Latina. Este movimiento –“Derecho y Desarrollo”– involucró a profesores estadounidenses de Harvard, Yale, Stanford, Wisconsin y otras facultades de derecho líderes y, en unos pocos años, generó cientos de ensayos sobre la contribución de la reforma legal al desarrollo económico. Sin embargo, después de poco más de una década, tanto el participante clave como el fundador principal declararon el programa como un fracaso y su apoyo se evaporó pronto (...) quizás la razón más importante por la cual el movimiento “Derecho y Desarrollo” falló fue su ingenua creencia en orden a que el sistema legal y la cultura legal estadounidenses, los que Trubek y Galanter llaman “legalismo liberal”, podrían ser trasplantados fácilmente a los países en desarrollo (Traducción del autor).

legal, códigos de procedimiento y cuestiones de género y educación (Thome, 1998). En el caso de la Administración de Justicia se estimó importante favorecer el establecimiento de un Poder Judicial independiente y de procesos legales modernos y oportunos. En dichos ámbitos, el Banco Mundial financió el desarrollo de programas especiales destinados a investigar, diseñar e implementar mecanismos para superar las deficiencias de los Sistemas de Justicia de América Latina.

Entre los estudios auspiciados por el Banco Mundial que confirman la estrecha vinculación entre las reformas a la Administración de Justicia y el desarrollo económico, destacó uno realizado por Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio López de Silanes y Andrei Shleifer, el cual ofreció evidencia empírica internacional relevante para comprender cómo funciona la Justicia Civil y Comercial, y así confirmar su directa relación con el desarrollo económico. El estudio, titulado *Tribunales: el proyecto Lex Mundi*, comparó 109 países y midió la efectividad de los Sistemas Judiciales para resolver problemas legales comunes, como es el caso del desalojo de un inquilino que no paga la renta de arrendamiento y el del cobro de un cheque protestado. La investigación trató de especificar la complejidad de los procesos mediante el establecimiento de una “escala de formalidad”, con un rango de 1 a 7, la cual incluía elementos tales como la asistencia de un abogado, la naturaleza escrita u oral del proceso, las limitaciones de la prueba y la existencia de la opción de recurrir a una apelación. Las conclusiones del trabajo indicaron que “el formalismo judicial es sistemáticamente mayor en los países del *Civil Law* [...] que en los países de *Common Law*” y que “la duración esperada de la resolución de disputas suele ser extraordinariamente alta en los países con procedimientos más formalizados, con independencia de su nivel de desarrollo” (Djankov, La Porta, López-de-Silanes & Shleifer, 2002, p. 36), todo lo cual afecta el orden económico de los países (García, 2006, p. 580).

El Banco Interamericano de Desarrollo,¹² por las mismas razones que el Banco Mundial, favoreció la ejecución de programas similares en la región, lo que hasta hoy subsiste. De hecho, indica Richard Messick que, en los años en que se generaron las reformas globales a la Administración de Justicia (1993-1998), “el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo aprobaron o iniciaron préstamos por un total de más de 300 millones de dólares para proyectos de reforma judicial en más de 25 países” (1998, p. 1).

12 Para mayores detalles en la estrategia del Banco Interamericano de Desarrollo en el ámbito de las reformas judiciales en la región, ver los estudios de los casos de Argentina, Colombia, Honduras y Uruguay, ver Faúndez y Angell (2005).

Además de los Bancos señalados, cabe destacar el rol de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, que contribuyó significativamente a la reforma judicial en América Latina, optando por proporcionar a los países latinoamericanos una amplia gama de herramientas y relevantes grados de discrecionalidad en la implementación de sus reformas, todo orientado a la promoción del Estado de Derecho.¹³ Los programas e intervenciones más frecuentemente propuestos por la señalada Agencia estuvieron asociados a la capacitación de jueces, a las modificaciones legales y a los cambios administrativos, incluyendo aspectos relacionados con los presupuestos, los sistemas informáticos, la introducción de los Consejos Judiciales y el perfeccionamiento de los sistemas de selección, de supervisión de personal y de administración de tribunales (Hammergren, 1998a, pp. 4-24). En la década de los noventa, la Agencia gastó aproximadamente 200 millones de dólares en programas de reforma judicial.¹⁴

Las señaladas instituciones contribuyeron significativamente al proceso de reformas globales a la Justicia chilena, ejercicio sostenido, en parte relevante, por la constatación de un eje pivotal entre reformas a las Administración de Justicia y al desarrollo económico, político y social.

Con el paso de los años, las referidas contribuciones se redujeron significativamente, ya alcanzado el objetivo primero de poner en marcha el proceso de reformas y logrados sus propósitos iniciales satisfactoriamente, además de la mejoría de la situación económica de Chile en el contexto regional.

13 El National Center for State Courts, de Estados Unidos, ha conducido también numerosos proyectos sobre el Estado de Derecho en América Latina, principalmente en relación con la independencia del Poder Judicial y la promoción de un trabajo de los tribunales más eficaz y eficiente (Hall, Stromsen & Hoffman, 2003, p. 8).

14 Señala Richard Messick: "The USAID funds judicial reform as part of its larger effort to strengthen the newly emerging democracies around the globe. Originally carried out under the rubric Administration of Justice and now part of its Rule of Law programmes, AID's projects originated with the recognition in the early 1980s that the then fragile democratic government in El Salvador was unlikely to survive if the judiciary could not bring individuals accused of human rights abuses to justice. A small program was initiated to train judges and law enforcement personnel in investigative techniques, and it was subsequently expanded and then extended, first to the rest of Latin America and later to the nations of Central and Eastern Europe and the newly independent states." (Traducción del autor: La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional financia la reforma judicial como parte de un esfuerzo mayor para fortalecer las democracias emergentes en todo el mundo. Originalmente llevados a cabo bajo la rúbrica Administración de Justicia, y ahora parte de sus programas de Estado de Derecho, los proyectos de la Agencia se originaron con el reconocimiento, a principios de la década de los ochenta, de que el entonces frágil gobierno democrático de El Salvador difícilmente sobreviviría si la judicatura no podía llevar a los individuos acusados de violaciones contra los derechos humanos a la Justicia. Se inició así un pequeño programa para capacitar a los jueces y al personal de las fuerzas del orden en técnicas de investigación, lo que posteriormente se amplió y extendió, primero al resto de América Latina y luego a las naciones de Europa Central y Oriental y a Estados recientemente independizados) (Messick, 1998, pp. 3-4).

2. Segunda etapa (2000-2012)

2.1. Diseño de las reformas globales a la Administración de Justicia

En la reconstrucción del mapa de la Administración de Justicia que se inició en Chile se incorporaron, o al menos se discutieron, una serie de institutos destinados a regular el uso adecuado de los recursos del Poder Judicial, desde un punto de vista económico, reconociéndose así que existe una vinculación entre un adecuado diseño y utilización de los recursos de la Administración de Justicia y sus resultados.

En dicho contexto, se consideraron mecanismos destinados a controlar el acceso al Sistema Judicial, a saber, el desarrollo de soluciones alternativas a los conflictos legales, y a excluir de su competencia el conocimiento de determinados asuntos.

En cuanto al desarrollo de soluciones alternativas a los conflictos legales, existen resultados preliminares derivados de las experiencias de mediación implementadas en Chile en el ámbito de la salud (Ley 19.966, de 2004) y familiar (Ley 19.968, de 2004). Hasta ahora, estos esfuerzos han sido evaluados positivamente por los usuarios, a pesar de la existencia de una serie de limitaciones, fundamentalmente a nivel de la promoción y la implementación de los mecanismos de mediación (Casas, Duce, Marín, Riego & Vargas, 2006).

Si bien no es el único argumento, ni quizás tampoco el principal, en favor de la mediación, es ineludible, como lo destaca Stephan Parmentier, sostener que ella se da en el contexto de un Poder Judicial con altas demandas, lo que resulta en una creciente reclamación de oportunidad en la decisión de los asuntos, la cual ha sido “el principal motor para el desarrollo de formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos, los cuales serán resueltos oportunamente permitiendo así a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos” (Parmentier, 1999, p. 3). Además de tal razón, especialmente relevante desde la perspectiva de la economía procesal, Parmentier destaca la importancia involucrar a las partes en la decisión de sus propios conflictos en una suerte de “Justicia negociada”, en oposición a la “Justicia impuesta” usando la terminología de Michel Van de Kerchove (Tulkens & Van de Kerchove, 1996, pp. 455-494). A lo anterior, se agrega la necesidad de que la pronta resolución de los conflictos se dé por una instancia especializada (Parmentier, 1999, p. 4).

En cuanto a quitar de la competencia del Sistema Judicial el conocimiento de determinados asuntos, existen experiencias de exclusión del conocimiento de determinados asuntos de los Tribunales Civiles —como la “posesión efectiva” que debe seguirse después del fallecimiento de una persona para acreditar su condición hereditaria, actualmente transferida a las oficinas del Servicio de Registro Civil— las que a pesar de algunas dificultades se evalúan positivamente.

El conocimiento y resolución de las llamadas “posesiones efectivas” distraía a los jueces de sus tareas propiamente jurisdiccionales, por lo cual la Ley 19.903, de 2003 eliminó dicho procedimiento, el cual representaba un porcentaje que superaba en promedio el 36 por ciento de los ingresos voluntarios¹⁵ de la competencia de los tribunales, salvo en el caso de las herencias testadas.

A su vez, este desplazamiento de la competencia de los tribunales civiles ha sido un estímulo para evaluar dicho desarrollo en otros asuntos, como la cobranza judicial de deudas o los procesos de ejecución, lo cual, en el ámbito laboral, ha resultado en la creación de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional (Ley 20.022, de 2005).

Fueron revisados, además, otros mecanismos como la privación de instancias o de recursos determinados, así como el desaliento del uso de determinados procedimientos al resolver conflictos legales civiles. El primer aspecto ha sido considerado por los códigos procesales civiles de vanguardia en América Latina, entre ellos el peruano y el uruguayo, que reconocen la posibilidad de la no aceptación *in limine litis* de ciertas demandas civiles.¹⁶ El segundo aspecto también se ha incorporado en varios países de América Latina bajo el concepto de tasas judiciales, como es el caso, entre otros, de Argentina, Brasil, Perú y Uruguay. Dichos institutos tuvieron escaso éxito en Chile (Universidad Diego Portales, 2012, p. 3).

En orden a favorecer un uso adecuado de los recursos del Poder Judicial se mejoraron aspectos orgánicos y funcionales de la Administración de Justicia.

En lo organizativo, tanto en el ámbito de la Justicia Penal (Ley 19.696, de 2000), Laboral (Ley 22.022, de 2005) y de Familia (Ley 19.968, de 2005), se ha adoptado una nueva forma de organización de los tribunales ubicados en la base del Poder Judicial, siendo reemplazados los antiguos tribunales unipersonales por los nuevos tribunales unipersonales de composición múltiple, en los cuales varios jueces que actúan individualmente se adscriben a un mismo tribunal, con una administrador profesional común y con diversas unidades técnicas de apoyo, todo ello destinado a favorecer la economía de recursos y, en definitiva, la eficiencia y eficacia de la labor jurisdiccional.

En lo funcional, también en el ámbito de la Justicia Penal (Ley 19.696, de 2000), Laboral (Ley 20.087, de 2009) y de Familia (Ley 19.968, de 2005), se han sustituido los antiguos procedimientos escritos por procedimientos orales o por audiencias, los cuales, en términos de Mauro Cappelletti, favorecen la concentración, la inmediación, la oportunidad y la publicidad, principios procedimentales que no

15 Ver Estadísticas del Poder Judicial, preparadas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, contenidas en http://www.justicia.cl/proyecto_3/ingresos.html

16 Ver los artículos 427 del Código Procesal Civil peruano y 119.1 del Código General del Proceso uruguayo.

solamente hablan de garantizar el debido proceso en términos sustantivos, sino, también, un uso adecuado, desde el punto de vista económico, de los recursos jurisdiccionales, en tanto se asegura el respeto a la transitoriedad de la serie consecucional (Véscovi, 1984, p. 58).

Si bien la reforma procesal civil no se ha materializado aún, las conclusiones del Foro para la Reforma Procesal Civil¹⁷ son coincidentes con los diseños de las reformas a los procesos de familia, laborales y penales. Así, con respecto a la estructura de los futuros tribunales civiles, el Foro propuso seguir un modelo que supone establecer una clara división entre las tareas administrativas y jurisdiccionales para los jueces. En relación con los procedimientos, se sugirió una simplificación de los procedimientos civiles, los que hoy son demasiados, en el sentido de limitarlos a cuatro, siendo el más importante el procedimiento ordinario. Este procedimiento se planteó sea oral y concordante con la estructura considerada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado en las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en 1988, en Brasil, el cual ha influido directamente en las reformas de la Justicia Civil de Perú, Uruguay y de algunas provincias de Argentina, en Latinoamérica, así como en España, donde se promulgó una Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000.¹⁸

Adicionalmente, se ha producido la adecuación de importantes normas internas a estándares fijados por organismos internacionales. Lo anterior es particularmente claro en el combate de fenómenos transnacionales, como la corrupción. Un ejemplo de ello es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción, las cuales han instado, entre otros puntos, por el establecimiento de mecanismos destinados a favorecer el acceso a la información pública y a asegurar la igualdad de oportunidades en las licitaciones públicas, en respuesta a lo cual se han creado, en Chile, el Tribunal de Contratación Pública (Ley 19.886, de 2003) y el Consejo para la Transparencia (Ley 20.285, de 2008). Otro ejemplo es la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos contra el Soborno Transnacional, la cual supuso como requisito para que Chile pudiese ingresar a dicha organización, cumplir con una

17 El referido Foro, patrocinado por el Ministerio de Justicia, fue establecido en mayo de 2005. Estaba constituido básicamente por profesores de Derecho Procesal. Su principal objetivo fue proponer un nuevo Código Procesal Civil para Chile con el fin de reemplazar el actual Código de Procedimiento Civil, que data del año 1903.

18 Las ideas del Foro se materializaron en un Anteproyecto de Código Procesal Civil, el que, luego de un proceso de revisión crítica por diferentes actores, del mundo académico, político y social, fue finalmente remitido al Congreso Nacional a través del Mensaje Presidencial N° 004-360, de 12 de marzo de 2012, dando así inicio al análisis y discusión parlamentaria del Proyecto de Ley que estable un nuevo Código Procesal Civil.

serie de estándares que develan el vínculo entre el sistema legal y de Administración de Justicia y el desarrollo económico, en este caso a través de la inversión extranjera. El país debió adecuar su legislación a los estándares de la señalada convención, modificando incluso instituciones largamente asentadas en la tradición jurídica nacional, como lo fue el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ley 20.393, de 2009). Asimismo, las instituciones, incluidos los diferentes organismos que integran el Subsistema de la Administración de Justicia, fueron sometidas a una detallada evaluación de su eficacia y eficiencia por parte de dicho organismo.

En el ámbito de los negocios, la Administración de Justicia nacional ha sido testigo también de la emergencia de formas de justicia especializadas en el ámbito económico, paralelas al Poder Judicial, como, por ejemplo, acontece con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción), el cual considera en sus decisiones incluso la posibilidad de, preventivamente, implementar prácticas antimonopólicas;¹⁹ con el establecimiento de una jurisdicción tributaria y aduanera, independiente de la Administración del Estado (Ley 20.322, de 2009); y con la creación, en el año 2012, de los tribunales ambientales, los que favorecen el establecimiento de un punto medio entre ambientalistas y empresarios (Ley 20.600, de 2012).²⁰

Así mismo, se ha desarrollado en América Latina una Justicia Transnacional de los negocios, aún incipiente en Chile, la que, en parte, ha erosionado el rol de los Poderes Judiciales nacionales en el control de la legalidad y cumplimiento de los contratos, papel que ha sido asumido por árbitros internacionales (Ley 19.971, de 2004) (Dezalay, 1996),²¹ sin perjuicio de lo cual el rol de los señalados Poderes no ha decrecido en su conjunto, en particular por la emergencia de nuevas demandas ciudadanas, al punto que hoy, en términos de Antoine Garapon, los jueces son los guardianes de las promesas incumplidas de nuestras democracias (Garapon, 1996).

19 El artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, señala que “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

20 Para mayores detalles, ver <http://radio.uchile.cl/2016/01/14/tribunales-medioambientales-el-punto-medio-entre-los-empresarios-y-ambientalistas/>

21 Ver sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de noviembre de 2017, pronunciada en los autos rol 82.442-2016.

3. Tercera etapa (2012 en adelante)

3.1. Situación actual de la Administración de Justicia y sus reformas pendientes

Con el objetivo de fortalecer el Estado de Derecho y la Democracia, la reforma judicial ha buscado ayudar al desarrollo económico y social de los países de la Región. Al respecto, Richard Messick indica que “una de las principales razones para apoyar la reforma judicial es la creencia de que el adecuado funcionamiento del Sistema Judicial favorece el crecimiento económico” (1998, p. 1). Agrega que “la historia de cada una de las avanzadas economías de mercado está marcada por el desarrollo de un fuerte e independiente Poder Judicial, cuyo Sistema de Tribunales funcione adecuadamente. En cada uno de ellos, el reciente respeto del Estado de Derecho indica el desarrollo de estas instituciones acompañadas de la mejoría en los estándares de vida, la responsabilidad gubernamental y el respeto por los Derechos Humanos. La agenda de desarrollo ha así abrazado programas que fortalecen a los poderes judiciales y mejoran la operación de los tribunales en las economías en desarrollo y en transición” (Messick, 1998, p. 1).

Chile, como ya se ha señalado, ha dado respuestas a una serie de desafíos específicos que el adecuado funcionamiento del sistema económico demanda de la Administración de Justicia, algunas de las cuales tienen relación con el establecimiento de varios tribunales especiales, ya mencionados, para dar soluciones prontas e idóneas, entre otras, a cuestiones relativas a la probidad y transparencia de la Administración del Estado, a conflictos aduaneros o tributarios, y a discusiones sobre la pertinencia ambiental de los proyectos empresariales.

En el caso específico del Poder Judicial es posible advertir hoy el impacto económico de ciertas decisiones de la Justicia, vinculadas con las reformas judiciales globales, en especial la penal y la laboral. Así, a modo de ejemplo, en la primera se han desarrollado importantes procesos públicos, de naturaleza oral, en contra de autores de delitos que afectan el orden público económico, ya se trate de ilícitos funcionarios o, en general, de figuras que han tenido relación con actos de corrupción, un gran freno para el desarrollo económico, político y social. En la segunda, se ha perfeccionado la protección oportuna de las garantías de los trabajadores, a través de la tutela laboral, la cual actualmente la Corte Suprema estima aplicable incluso a los funcionarios públicos.

Dichos derroteros reflejan que una sociedad justa y considerada de los derechos fundamentales aspira a que los negocios no utilicen vías contrarias al derecho, las cuales, finalmente, corrompen los basamentos sociales. Sin perjuicio de ello,

los caminos de la Administración de Justicia deben ser respetuosos de los derechos y garantías tanto de las personas naturales como de las empresas, para así no impactar negativamente la legítima iniciativa y posterior materialización de los negocios.

El Poder Judicial, cabe agregar, ha procurado incorporar, en algunos ámbitos, una racionalidad económica en la toma de sus decisiones jurisdiccionales con la inclusión de instrumentos auxiliares específicos, como acontece con el establecimiento de los baremos jurisprudenciales para facilitar la fijación de las indemnizaciones por concepto de daño moral derivado de muertes o de lesiones.

Hoy subsisten una serie de problemas en la Administración de Justicia, en particular en relación con la Justicia Civil, aún pendiente de reforma, entre los cuales destacan la existencia de un incremento significativo y constante en el número de litigios que ingresan a los tribunales desde inicios de los años setenta en adelante y su impacto en la duración de los procedimientos, el excesivo número de juicios ejecutivos conocidos por los tribunales de primera instancia (Castro & García, 2005, p. 29) y la existencia de procesos escritos, largos y complejos.

De entre tales dificultades, el incremento significativo y constante en el número de casos civiles da cuenta de un alto grado de litigiosidad en Chile, en comparación con otros países de la región.²² El acrecentamiento en el número de asuntos aumenta la carga de trabajo de los jueces, lo cual, a su vez, amenaza las garantías procesales, entre ellas la de la oportunidad de los procesos, en cuya virtud estos deben ser resueltos dentro de un plazo razonable.

El excesivo número de juicios ejecutivos civiles impacta negativamente la carga de trabajo de los tribunales, ya que dichas causas tienen relación con procedimientos “no decisionales”, razón por la cual se han formulado proposiciones en orden de excluir los referidos procesos de la esfera judicial o al menos separar las funciones de instrucción de las de ejecución, lo cual ha sido implementado en el ámbito laboral por medio del establecimiento de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

Una dificultad adicional es la relacionada con la estructura de los procedimientos civiles, cuya naturaleza escrita resulta en una serie de consecuencias negativas, las cuales incluyen una falta de intermediación entre el juez, las partes y los hechos de los procedimientos, lo que, a su vez, resulta en niveles importantes de delegación de funciones. A ello se agrega una falta de concentración de las diferentes partes de los procesos, hecho que implica procedimientos más largos y complejos. Finalmente, la escrituración afecta la publicidad, la cual influye en la transparencia

22 Report on Judicial Systems in the Americas 2006-2007, Justice Studies Center of the Americas (<http://www.cejamerica.org/reporte/index.php?idioma=ingles>).

del Sistema Judicial, cuya ausencia perturba la credibilidad y legitimidad del juez civil desde la perspectiva de la comunidad.

A tales deficiencias de los procesos civiles, se agrega la existencia de dificultades en el acceso a la Justicia,²³ la falta de regulación del sistema de abogados,²⁴ y la ausencia de una jurisprudencia uniforme.²⁵

A modo de hipótesis, en relación a la pendencia de la Reforma Procesal Civil, es posible sugerir que su prioridad ha sido pospuesta en favor de otras reformas —Reforma Procesal Penal, Reforma Procesal de Familia y Reforma Procesal Laboral, además del establecimiento de numerosos tribunales especiales—, porque existe la percepción de que la Justicia Civil no constituye un bien público. Así lo sugieren autores nacionales, entre los cuales destacan Jorge Correa, Carlos Peña y Juan Enrique Vargas (2000); Rafael Mery (2006); y Raúl Núñez y Nicolás Carrasco (2015), lo que los lleva a proponer, por ejemplo, el establecimiento de tasas judiciales a fin de regular la oferta de la Justicia.

Más allá de lo cierto o no de tal aserto, la Justicia Civil cumple un rol relevante no solamente en el ámbito de lo privado, a través de la solución de conflictos jurídicos merced al ejercicio del juicio jurisdiccional, sino también en el ámbito de lo público, como ya lo advertía, por lo demás, Eduardo Couture en sus *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (1968). Dicha dimensión pública de la jurisdicción civil se vincula con el resguardo del Estado de Derecho, de la democracia y del desarrollo económico y social.

La indicada justicia trata de problemas que no solamente corresponden, en forma mayoritaria, a las ejecuciones de los bancos y de las casas comerciales,²⁶ lo cual, por lo demás, no resta de una dimensión pública a tales procesos, ya que sus resultados, junto con incidir en los costos del mercado del crédito, amenazan la posibilidad de perder los bienes de toda una vida de trabajo a numerosas personas

23 Afirma Bryant Garth, “la legitimidad en el exigir a la gente común que obedezca la ley presupone que las instituciones legales operan en un nivel al que tienen acceso” (Garth, 1995, p. 88).

24 Se requiere, de parte de los abogados, un uso responsable de los recursos del sector judicial, racionalizando la litigación, sancionando la mala utilización del Sistema de Administración de Justicia. Para mayores detalles, ver Artana, Cristini y Urbiztondo (1994); Barros y Correa (1993); Correa, Peña y Vargas (2000); y Vergara (2000).

25 Sin perjuicio que la Ley 19.374, de 1995, estableció salas especializadas en la Corte Suprema, aún subsisten decisiones contradictorias en casos similares en diversos temas, como por ejemplo, en los alcances de la prescripción, en los límites de la responsabilidad del Estado y en los requisitos para la constitución judicial de servidumbres mineras.

26 Debe destacarse que los juicios ejecutivos, a pesar de su relevancia cuantitativa, la cual se aproxima al 80 por ciento de los ingresos judiciales civiles, no siempre son cualitativamente tan importantes, al punto que muchos de tales procesos no son continuados más allá del ejercicio de la acción judicial inicial. Existe actualmente una tendencia en favor de la desjudicialización de la ejecución civil (Vargas, 2013).

naturales que por múltiples circunstancias no han podido pagar sus deudas, lo que exige una máxima atención a tales causas.

La Administración de Justicia Civil interesa también a los sectores pobres de la población. Frecuentes casos civiles, en tal grupo, dicen relación con arrendatarios que no pagan, con ocupantes que no quieren irse de las propiedades que ocupan irregularmente, con engaños derivados de la comercialización de ciertos productos, con préstamos no devueltos y con peleas sobre los bienes comunes. De los casos registrados solamente un pequeño porcentaje termina en los tribunales de justicia (Correa, Peña & Vargas, 1999, p. 11).

En los últimos años, a su vez, los juicios civiles en los cuales se persigue la responsabilidad contractual y extracontractual han aumentado, así como las causas en contra del Estado, ámbito en el cual se han reconocido nuevas acciones para reclamar de las ilegalidades de los actos de la Administración, cual es el caso de la nulidad de derecho público, sin perjuicio de la maximización que se ha producido de la falta de servicio como criterio básico de la responsabilidad estatal.

A lo anterior se suman más recientemente, los múltiples desafíos que derivan de los nuevos derechos de los consumidores, cuyos conflictos afectan múltiples áreas, entre ellas, la educación, la salud, el transporte y la provisión de consumos básicos.

Como se advierte de dichos ejemplos, los casos que constituyen la competencia de los tribunales civiles tienen un impacto público y reflejan una relevante conexión entre la Administración de Justicia y el desarrollo económico, tal como lo han reconocido autores destacados del movimiento Análisis Económico del Derecho, destacando entre ellos Richard Posner, de la Universidad de Chicago, y Guido Calabresi, de la Universidad de Yale, ambos, además de profesores, jueces (Posner, 2013; Calabresi, 1970). La ausencia de la actualización de la Justicia Civil —incluida la Administrativa, la cual para un número relevante de autores debe ser objeto de una reforma específica (Pantoja, 2005)— y la Comercial impacta negativamente en sus resultados. Ella constituye la principal reforma global pendiente a la Administración de Justicia en Chile.

Un defecto adicional que se advierte en el panorama actual de las reformas judiciales implementadas y en discusión dice relación con que ellas se han centrado principalmente en el proceso más que en el conflicto en sí mismo.

Para alcanzar el éxito en los cambios a la Administración de Justicia y, en particular, de la actual Reforma Procesal Civil pendiente, es necesario fomentar un cambio de perspectiva con respecto a los estudios procesales, desde el proceso judicial al conflicto. Ello requiere un análisis del desarrollo de mecanismos destinados a evitar la aparición de conflictos jurídicos.

En tal contexto emerge la necesidad de desarrollar formas de prevención del conflicto jurídico, particularmente primarias, las cuales, en parte relevante, consideran aspectos económicos.

Los principales avances en este ámbito se vinculan con la prevención del delito. No obstante, no existe ninguna política oficial y formal, reglamentada en forma orgánica, para prevenir el surgimiento del conflicto jurídico civil. En tal sentido, se sugiere considerar la importancia de aspectos como la promoción de los valores, la eliminación de las deficiencias de la regulación, la facilitación del acceso a la información, la incorporación de estímulos en el sistema y el desarrollo de controles preventivos.²⁷

Más allá de las reformas de los tribunales y de los procedimientos, es central para una eficaz y eficiente Administración de Justicia el elemento humano: los jueces y los abogados. La selección de los jueces y su formación en las virtudes judiciales, en la evolución reciente de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación, y en la importancia del rol de la judicatura en la sociedad, se revelan esenciales. En efecto, la “capacitación judicial constituye un elemento central de la correcta Administración de Justicia y, en particular, del debido proceso, razón por la cual deben conducirse los mejores esfuerzos en orden de perfeccionar los modelos de capacitación judicial actualmente existentes, ya que ello constituye un deber ético fundamental en las sociedades democráticas contemporáneas” (Onfray, 2012, p. 9). Los abogados, verdaderos colaboradores de la Administración de Justicia, según el Código Orgánico de Tribunales,²⁸ deben poseer, además de sólidos conocimientos y criterio, una formación ética que los distinga, en especial en una época que es

27 En un trabajo reciente destaco que “resulta necesario construir una nueva sociedad, en que se respeten los valores ciudadanos —la empatía, la tolerancia, el rechazo al consumismo excesivo, el reconocimiento de los compromisos, el respeto a los derechos de propiedad, el sentido del honor, la solidaridad, etc. — todos los cuales están muy relacionados con los conflictos civiles; es necesario mejorar la calidad de las leyes elaboradas por los legisladores y de los contratos suscritos por las partes con el fin de prevenir la aparición de conflictos de interpretación, a través de reglas claras, transparentes y coherentes; cabe valorar la importancia de la información jurídica, reconocido su acceso, en los años noventa, como la reforma más importante para mejorar la Administración de Justicia de acuerdo a sectores pobres de la población, a cuyos efectos debe destacarse el rol de orientación jurídica a cumplir por organismos especializados, el papel de las publicaciones de los servicios de orientación jurídica y el desarrollo de programas para los monitores de formación ciudadana y los derechos civiles; [...] se debe instar por el establecimiento de un asesoramiento jurídico gratuito que favorezca la prevención de los conflictos civiles así como la diversificación de las opciones para la gestión de casos legales; corresponde estimular el reconocimiento de quienes han favorecido la implementación de políticas primarias de prevención de los conflictos civiles; cabe destacar la relevancia de los controles preventivos, los cuales pueden estar dirigidos a verificar hechos simples, como, por ejemplo, que los caminos y carreteras están en buenas condiciones; o a verificar hechos más complejos, asegurando, entre otras cosas, el cumplimiento de las normas sanitarias en hospitales, las normas de seguridad en los aeropuertos y el cumplimiento de la reglamentación laboral por las empresas, entre otros puntos” (Onfray, 2017).

28 Ver artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales.

testimonio de un significativo incremento del número de tales profesionales, lo cual favorezca un racional y justo uso del Sistema de Justicia.

Por último, no es posible olvidar, aun cuando no ha sido indicado como un tópico explícito en el presente análisis, que la relación entre las reformas a la Administración de Justicia y la Economía debe considerar una reflexión sobre la variable costo-beneficio, la cual es actualmente atendida por el Derecho Procesal al estimar que la judicatura es un recurso escaso, razón por la cual se procura la concentración en lo realmente condigno.

Dicha perspectiva ha estado presente en las reformas procesales desarrolladas en Chile, en particular la Reforma Procesal Penal, en cuyos prolegómenos algunos análisis sobre el costo-beneficio de la misma se desarrollaron, al punto de afirmarse, a mediados de los años noventa, en estudios preliminares desarrollados por la Corporación de Promoción Universitaria, la Fundación Paz Ciudadana y el Ministerio de Justicia, que la señalada reforma incorporaría un sistema 53 por ciento más barato para el erario fiscal (ahorros del sistema judicial y de Gendarmería) en comparación con la entonces vigente Justicia del Crimen si en ambos se investigaran el mismo número de delitos en forma adecuada.

Algunos años más tarde, ya pasada una década desde la implementación de la Reforma Procesal Penal, el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas realizó un análisis retrospectivo de la reforma, el cual, entre otros puntos, concluyó que si bien el sistema ha demostrado tener la capacidad para manejar los flujos de casos, es necesario “avanzar hacia estudios y evaluaciones cualitativas del sistema que permitan analizar qué tan satisfactorias son las salidas que el sistema produce. La asociación entre salidas judiciales y salidas de calidad no se corresponde necesariamente con la satisfacción de las partes ni la verdadera solución de los conflictos” (Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, 2017, p. 10).

La mencionada perspectiva costo-beneficio también se ha incorporado, aun cuando de forma limitada, en las reflexiones sobre la Reforma Procesal Civil en estudio. Así, por ejemplo, a propósito de las tasas judiciales se ha señalado que su fijación para la interposición de recursos de revisión en estamentos superiores permitiría disuadir “la presentación de recursos irrelevantes y temerarios que retarden la conclusión de los conflictos jurídicos, una vez realizado por el litigante el análisis vinculado al costo beneficio que dicha dilación le reportaría” (Panel de Expertos, 2013, p. 31).

Parece relevante desarrollar nuevos estudios específicos sobre el costo-beneficio de la Reforma Procesal Civil y en tal contexto debe considerarse la necesidad de explorar formas de prevención primarias del conflicto civil, de considerar mecanismos

alternativos de solución de los conflictos jurídicos y de fortalecer las externalidades de las decisiones judiciales. La ausencia de tales factores, especialmente en el contexto del establecimiento de procesos por audiencias, incidirá notablemente en el costo de la justicia.

Palabras finales

Fernando Carrillo, en *Los retos de la Reforma de la Justicia en América Latina*, dice que “la relación entre Justicia y Economía ha sido objeto de muy reciente y escasa investigación y también de frecuente especulación” (Carrillo, 2002).

En el presente ensayo se ha advertido la existencia de una estrecha relación entre las reformas a la Administración de Justicia y la Economía, así como el desarrollo económico; esta se manifiesta, en Chile en numerosas contribuciones por parte de importantes instituciones económicas, en favor de las reformas judiciales, así como en el posterior diseño e implementación de las mismas, que incluyen elementos de racionalidad económica, a saber, el desarrollo de soluciones alternativas a los conflictos legales, el establecimiento de controles para el uso adecuado del Sistema de Administración de Justicia, el rediseño de la organización de los tribunales y de los procedimientos y la creación de tribunales especiales y arbitrales especializados, a lo cual se agrega la adecuación de relevantes normas internas a estándares fijados por organismos internacionales.

Tal advertencia, junto con reafirmar la conveniencia de fortalecer la adecuada selección y capacitación de los jueces, reitera la exigencia de abordar importantes desafíos pendientes, entre ellos, en el caso de Chile, la consideración de formas de prevención de los conflictos y la Reforma Procesal Civil, la cual aparece como prioritaria dado el impacto de las decisiones civiles en el ámbito de lo económico y de lo social, y atendidas las numerosas dificultades de la actual Justicia Civil, entre ellas el incremento significativo en el número de los litigios, la demora excesiva de los procedimientos, la composición de la carga de trabajo de los tribunales y la obsoleta estructura de los diseños procesales.

Referencias

- Discurso Inaugural del XVII Congreso Nacional de la Asociación Nacional de Magistrados (1990). *Diario La Tercera* (8 de abril de 1990).
- Discurso de Inauguración del Año Judicial 1995 (1995). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XCII(1), pp. I-XV.

- Alesina, A. (1998). Governability and Economic Performance. En E. Jarquín, & F. Carrillo (Eds.), *Justice Delayed - Judicial Reform in Latin America* (pp. 69-71). Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Alvear, S. (1997). Vital aporte de la comunidad jurídica en la modernización de la Justicia Chilena. En *La abogacía y sus opciones profesionales. Manuales Jurídicos 108* (pp. 55-66), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Artana, D., Cristini M., & Urbiztondo S. (1994). *Un análisis económico del Poder Judicial en La Argentina*. Recuperado de <http://www.aaep.org.ar/anales/works/works1995/Artana-Cristini-Urbiztondo.pdf>
- Barros, L., & Correa J. (1993). *Justicia y Marginalidad: percepción de los pobres*. Santiago de Chile: Corporación de Promoción Universitaria.
- Calabresi, G. (1970). *The Cost of Accidents, A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Carrillo Flórez, F. (2002). *Los retos de la Reforma de la Justicia en América Latina*. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti2.htm>
- Casas, L., Duce, M., Marín, F., Riego, C., & Vargas M. (2006). *El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria*. Santiago de Chile: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- Castro, R., & García J. F. (2005). *Estado de la Justicia en Chile año 2004: Indicadores para el Sector. Serie Informe Social*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.
- Centro de Estudios de la Justicia de las Américas. (2017). *Resumen Ejecutivo: Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. Recuperado de https://www.cejamericas.org/Documentos/2017/RPPChileResumenEjecutivo_CEJA.pdf
- Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
- Correa, J. (1998). Modernization, Democratization and Judicial Systems. En E. Jarquín, & F. Carrillo (Eds.), *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America* (pp. 97-107), Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Correa, J., Peña, C., & Vargas, J. E. (1999). Poder Judicial y Mercado: ¿Quién debe pagar por la justicia? *Informes de investigación del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales*, (2).

- Correa, J., Peña, C., & Vargas J. E. (2000). ¿Es la justicia un bien público? *Perspectivas*, 3(2), 389-409.
- Couture, E. (1968). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Dezalay, Y. (1996). Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order”, Chicago: University of Chicago Press.
- Djankov, S., La Porta, R., López-de-Silanes F., & Shleifer A. (2002). *Courts: The Lex Mundi Project*, Recuperado de <http://www.nber.org/papers/w8890>
- Duce, M., & Riego C. (1995). La Reforma Procesal Penal en Chile. Informe acerca del Proceso de Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal Chileno. En N. Losing, & H. Schonbohm (Eds.), *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania*, (pp. 145-189). Caracas: Corporación de Promoción Universitaria.
- Faúndez, J., & Angell, A. (2005). *Reforma Judicial en América Latina: El rol del Banco Interamericano de Desarrollo*. Buenos Aires: Centro de Estudios de la Justicia para las Américas.
- Galanter, M. (1984), Reading the Landscape of Disputes: What we know and don't know (And think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, 4, 4-71.
- Galindo, P. (2003). *Estudios, Calificaciones de Riesgo y Encuestas de Percepción Pública de los Sistemas de Justicia. Resultados recientes para las Américas*. Recuperado de http://www.cejamericas.org/doc/documentos/REV_6_INDI_SUBJ.pdf
- Garapon, A. (1996). *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. París: Editions Odile Jacob.
- García, J. F. (2006). La Reforma a la Justicia Civil y Comercial en el Derecho Comparado: Buenas prácticas, instituciones exitosas y el rol de las familias legales. En Silva, J. P., García, J. F., & Leturia, F. J. (Eds.), *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (pp. 557-598), Santiago de Chile: Instituto Libertad y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Autónoma de Madrid.
- Garth, B. (1995). Access to Justice. En Rowat, M., Malik, W. H., & Dakolias, M. (Eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean* (pp. 88-91). Washington D.C.: World Bank.

- Gold, N. (1995). Legal Education in Changing Societies. En Malcolm Rowat, M., Malik, W. H., & Dakolias, M. (Eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, (pp.113-124), Washington D.C.: World Bank.
- Hall, D. J., Stromsen, J. M., & Hoffman, R. (2003). Professional Court Administration: The Key to Judicial Independence. Buenos Aires: Centro de Estudios de la Justicia para las Américas.
- Hammergren, L. (1998a). La asesoría técnica internacional en las reformas al poder judicial en América Latina. En *Reforma Judicial. Motivaciones, proyectos, caminos recorridos, caminos por recorrer*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- Hammergren, L. (1998b). *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America. The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Colorado: Westview Press.
- Javed Burki, S. (1995). Economic Development and Judicial Reform. En Rowat, M., Malik, W. H., & Dakolias, M. (Eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, (pp. 11-12), Washington D.C.: World Bank.
- Larkins, C. (1996). Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis. *The American Journal of Comparative Law*, 44, 605-626.
- Mery, R. (2006). *Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile*. Recuperado de http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/1
- Messick, R. (1998), Judicial Reform: a Survey of the Issues. En *Reforma Judicial. Motivaciones, proyectos, caminos recorridos, caminos por recorrer*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- Núñez, R., & Carrasco, N. (2015). Análisis económico de la Administración de Justicia: ¿La justicia como bien público o privado? *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 595-613.
- Onfray, A. (2010). *Civil Justice Reform in Chile: Context, Precedents and Contributions from a Conflict Perspective* (tesis Doctoral), Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, Bélgica.
- Onfray, A. (2012). Ética Judicial y Capacitación de los Jueces. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, (27), 9-32.
- Onfray, A. (2017). *Algunas reflexiones sobre la prevención primaria del conflicto civil*. Documento de Trabajo.

- Panel de Expertos. (2013). *Tasas Judiciales: Informe Final*. Recuperado de <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/07/Informe-Final-Tasas-Judiciales.pdf>
- Pantoja, R. (2005). La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, (13), 27-69.
- Parmentier, S. (1999). *Le juge doit-il résoudre tous les conflits?* Bruselas : Fondation Roi Baudouin.
- Pastor, S. (2016). *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Posner, R. (2013). *El análisis económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Robbins, L. (1945). *Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Londres: Macmillan & Co., Limited.
- Sherwood, R. (1998). Judicial Systems and National Economic Performance. En E. Jarquín, & F. Carrillo (Eds.), *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America*, Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Thome, J. (1998). Searching for Democracy: The Rule of Law and Legal Reform in Latin America. En *Reforma Judicial. Motivaciones, proyectos, caminos recorridos, caminos por recorrer*. Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- Tulkens, F., & Van de Kerchove, M. (1996). La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée. *Revue de droit pénal*, (76), 445-494.
- Universidad Diego Portales. (2012). *Tasas Judiciales en la Experiencia Comparada: Resumen Ejecutivo*. Recuperado de <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Resumen-Ejecutivo-de-Tasas-Judiciales.pdf>
- Vargas, J. E. (Ed.). (2007). *Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Vargas, M. (2013). Hacia la desjudicialización de la ejecución civil. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 135-156.
- Vergara, J. P. (2000). La mercantilización del daño moral. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, (1), 70-77.
- Véscovi, E. (1984). *Teoría general del proceso*, Bogotá: Editorial Temis Librería.

SECCIÓN DE REPORTE DE DOCTRINA

Claus Kreß & Stefan Barriga (Eds.) (2017)
The Crime of Aggression: A Commentary.
Cambridge: Cambridge University Press
Lucía Cárcano Fernández

Reseña Bibliográfica

Claus Kreß & Stefan Barriga (Eds.) (2017). *The Crime of Aggression: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press

Lucía Cárcano Fernández*

Fecha de recepción: 15 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 9 de abril de 2018

En la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional (CPI) que se llevó a cabo en diciembre de 2017, los Estados partes de la CPI acordaron que a partir del 1 de julio de 2018 esta podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión, tal y como fue definido en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI (ECPI), celebrada en Kampala (Uganda) en 2010. Esta decisión genera, sin embargo, un ambiente de inseguridad jurídica que no existía en el Derecho Internacional Penal (DIP) desde los años noventa. Así, la definición adoptada en la Conferencia de Kampala ha sido criticada por ser vaga y una mera copia de la Resolución 3314 (1974) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, generando más preguntas que respuestas (Carvajal, 2012).

En este contexto, adquiere particular relevancia el texto editado por los profesores Claus Kreß y Stefan Barriga, titulado *The Crime of Aggression: a Commentary*. Este texto, dividido en cinco secciones y dos tomos, ofrece una visión comprehensiva y panorámica de las generalidades y las especificidades de la definición del delito de agresión adoptada en Kampala y de los mecanismos para que la CPI pueda ejercitar su jurisdicción sobre el mismo, todo ello desde una doble perspectiva de Derecho Internacional y Derecho comparado.

La primera sección se encuentra dedicada al recuento histórico de la conformación de los crímenes contra la paz y la posterior definición del crimen de agresión. Autoras como Carrie Mcdougall y Kristen Sellars realizan un estudio de los precedentes de los Tribunales Militares de los Aliados, en particular de los votos disidentes

* Joven investigadora del grupo de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). La presente reseña forma parte del proyecto de investigación *Principios de armonización entre la función y alcance de la Justicia Internacional y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición (2017-2018)*, financiado por el Centro de Gestión del Conocimiento y la Innovación de la Universidad del Rosario y adscrito a la línea de investigación *Crítica al Derecho Internacional desde fundamentos filosóficos* del mencionado grupo de investigación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia).

de los Jueces Roling y Pal en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (TIMLO), y cómo sus cuestionamientos hace setenta años siguen estando vigentes a la hora de la determinación de la definición del crimen de agresión. Su influencia ha sido particularmente notoria frente a los problemas de las inmunidades por actos de Estado y frente a la legalidad o ilegalidad de las guerras de liberación, problemáticas que siguen existiendo en la actualidad. Un ejemplo claro de la dificultad de judicializar Jefes de Estado se encuentra en el caso contra Omar Al Bashir en el marco de la CPI, donde, a pesar de las múltiples órdenes de arresto emitidas en su contra, los Estados, sobre todo los africanos, se han negado a entregar el acusado a la CPI. Esto, al considerar que prima la inmunidad de *Bashir* por encima de la jurisdicción de la CPI.¹ Por otro lado, un ejemplo de la falta de claridad sobre la legalidad de las guerras de liberación se ve en la situación del conflicto de la península de Crimea, problemática sobre la que la Fiscalía de la CPI ya ha presentado una aproximación, y sobre la que la CPI tendrá que entrar a analizar si decide hacer una apertura formal de la situación de Ucrania.²

Adicionalmente, en este primer volumen, Thomas Bruha, Nicolaus Strapatsas, Dado Akande, Antonios Tzanakopoulos y James Crawford estudian las definiciones del crimen de agresión aprobadas por distintos órganos de la Organización de las Naciones Unidas, incluyendo la Corte Internacional de Justicia, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.

Las secciones segunda y tercera, denominadas respectivamente *Teoría y Crimen de Agresión bajo el actual Derecho Internacional*, pretenden realizar un barrido doctrinal respecto de la dogmática del crimen, haciendo especial énfasis en las cuestiones relativas al autor calificado y la conducta estatal, así como en la relación entre el Derecho Internacional Penal y otras ramas del Derecho. Frente al primer elemento, se estudia la problemática de la exigencia de que el crimen de agresión tenga que ser llevado a cabo por un miembro con capacidad de movilizar las tropas de un Estado, aspecto que limita la aplicación de este crimen a actores no estatales como Al Qaeda o DAESH, quienes, eventualmente, cometen actos que cumplen con el *actus reus* de este crimen.

1 Para más información, ver: <https://www.foreignaffairs.com/articles/sudan/2016-07-13/arrest-bashir>

2 En 2014, la Fiscal de la CPI abrió una investigación preliminar sobre los supuestos crímenes cometidos en la Península de Crimea a partir de noviembre de 2013, que incluyen actuaciones por parte del Ejército Ruso. Si bien la CPI no tendrá competencia retroactiva sobre este crimen, los límites temporales de esta situación no se han establecido, por lo que cualquier actuación por parte del ejército Ruso en Crimea a partir de este año podría ser considerada como Agresión. Para más información: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2017-PE-rep/2017-otp-rep-PE_ENG.pdf

Con respecto al elemento de la conducta estatal, cabe resaltar el detallado análisis realizado por el profesor Krefß en su capítulo. En primer lugar, hace un estudio de cada una de las modalidades del crimen y su relación con los estándares del Derecho Internacional vigentes, para así dar paso, en segundo lugar, a un estudio de las situaciones en que el uso de la fuerza armada no es contraria a derecho. Aquí, se estudian las figuras de seguridad colectiva, legítima defensa y la responsabilidad para proteger, resaltando que su presencia conllevaría a la ausencia del elemento de tipicidad de la acción. Por último, este capítulo se centra en el análisis del umbral de gravedad introducido en el artículo 8(bis) del ECPI y las implicaciones prácticas que se derivan de este.

El aporte de Pal Wrange resalta así mismo las dificultades que presenta el elemento de la conducta estatal frente a la investigación y enjuiciamiento del crimen de agresión con base en el principio de jurisdicción universal. Esto a la luz de la inmunidad de los Estados frente a jurisdicciones nacionales extranjeras, sobre todo considerando la interpretación que de la misma ha sido realizada en el caso Oro Monetario,³ lo que se traduce en la imposibilidad de adjudicar responsabilidad a un Estado sin su consentimiento. Esta problemática es reiterada nuevamente por el autor en un capítulo posterior, al mencionar cómo este principio dificulta la judicialización de la agresión por las jurisdicciones nacionales, debido a que hacerlo implicaría automáticamente judicializar la actuación de un Estado.

Las secciones sobre *Teoría y Crimen de Agresión bajo el actual Derecho Internacional* recogen también un interesante estudio de William Schabas sobre la relación existente entre la prohibición del uso de la fuerza y el derecho humano a la paz. Contienen también el detallado trabajo de Erin Pobjie sobre quiénes pueden ser considerados víctimas del crimen de agresión. Esta pregunta se formula a partir del entendimiento del nacimiento de este crimen como una respuesta a las acciones del Tercer Reich alemán contra la soberanía y la integridad de los Estados Europeos (situación que análogamente se dio con el Imperio Japonés y el Sudeste Asiático); esto deriva en que el titular del bien jurídico objeto de protección sea, en principio, el Estado atacado. Esta aproximación, si bien no necesariamente contradice el *ius standi* de las víctimas en el procedimiento ante la CPI (la regla 85 de las Reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de la CPI permite que las víctimas sean tanto

3 Dentro del caso Oro Monetario de la Corte Internacional de Justicia (Italia contra Francia, Reino Unido y Estados Unidos) surge el problema jurídico de si la Corte es competente para conocer de una situación que afecte el interés legal de un tercer Estado, que no hace parte del pleito inicial. La Corte concluye que no podría fallar sobre un caso donde se afecte el interés legal de un tercer Estado, si este no ha dado su consentimiento.

personas naturales como personas jurídicas), crearía un nuevo escenario de acción para los Estados quienes tienden a tener un rol limitado dentro del procedimiento ante la CPI.

Las secciones cuarta y quinta, que abarcan gran parte del segundo volumen del comentario, realizan una revisión comprehensiva de las aproximaciones de distintos Estados a la definición del crimen de agresión. Aquí es donde el libro especialmente se destaca, pues se otorga una voz a diversos actores de la sociedad internacional, incluyendo a Irán, Israel, Rusia, el Mundo Árabe y la Sociedad Civil, entre otros. Al finalizar la lectura de los diferentes capítulos y entender la posición de los distintos actores surge la pregunta relativa a ¿cuáles son los Estados que realmente tienen afinidad con la definición del crimen de agresión aprobada en Kampala?

Por ejemplo, Svetlana Glotova nos demuestra cómo Rusia es un precursor en la tipificación a nivel interno de este crimen, al haberlo añadido a su código penal desde antes de la Conferencia de Kampala (Uganda). La autora también nos muestra que Rusia no se ha limitado a la tipificación del mismo, por el contrario, ya existe un precedente en su aplicación. Así, durante la Guerra de Osetia del Sur, el ente investigador ruso abrió una investigación a miembros del gobierno de Georgia al encontrar que habían cometido una serie de crímenes en el norte de Osetia, incluyendo agresión. Este caso no derivó en el enjuiciamiento de los acusados porque no se encontraban en territorio ruso y Georgia no procedió a su extradición. La experiencia rusa ejemplifica uno de los mayores desafíos que enfrenta la CPI frente a la cooperación estatal en los casos en que se imputan cargos a altos funcionarios de los Estados. Este problema ya se ha planteado en las situaciones de Kenia y Sudan ante la CPI y, seguramente, tendremos nuevos casos con la judicialización del crimen de agresión.

Los capítulos de Irán y los Estados Árabes, escritos por Djamchid Momtaz, junto con Esmaeil Baghaei Hamaneh y Mohamed M. El Zeidy respectivamente, resaltan el compromiso histórico de estos Estados con la tipificación del crimen de agresión. En su opinión, este compromiso se evidencia al haber participado activamente en la definición inicial de los actos de agresión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974 y, posteriormente, en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998. Los autores evocan las ideas de los jueces Roling y Pal en sus votos particulares a la sentencia del TMILO, al cuestionarla interpretación que los distintos órganos de las Naciones Unidas, especialmente el Consejo de Seguridad, realizan para determinar qué casos pueden ser considerados como actos de agresión. Adicionalmente, los autores critican fuertemente la figura de la intervención humanitaria unilateral, debido a que generalmente no se les aplica la definición de los actos de agresión contenida en la resolución 3314.

Irónicamente, esta última crítica es compartida en el aporte de Roy S. Schöndorf y Daniel Geron sobre Israel. Estos autores plantean cómo la posición de Israel es crítica frente a la implementación del artículo 8bis porque su falta de precisión implicaría que la CPI debería tomar posturas frente a áreas grises del Derecho Internacional Público, como la legítima defensa y la Responsabilidad para Proteger

La cuarta sección del libro termina con un capítulo dedicado al rol de la sociedad civil frente a la tipificación del crimen de agresión. Este capítulo presenta una crítica frente a la figura neutra que tuvo la sociedad civil en la Conferencia de Kampala, en comparación con la figura activa que tuvo en la conferencia de Roma de 1998. En esta última, organizaciones civiles como *Coalition for the International Criminal Court* jugaron un rol esencial para la concretización del Tratado, lo que no sucedió en el 2010.

En su quinta y última sección, el libro recoge la instructiva reflexión de Frédéric Mégret sobre cuál es el bien jurídico protegido en el crimen de agresión, concluyendo que lo que busca proteger la prohibición de este acto es el orden internacional actual, toda vez que, a diferencia de los otros crímenes internacionales, en este se ataca la integridad territorial y la soberanía de un estado. El comentario finaliza con un epílogo de Benjamin B. Ferencz en el que cuenta su experiencia, abogando por la tipificación del crimen de agresión. Ferencz comienza contando su experiencia personal como Fiscal en el juicio contra los *Einsatzgruppen*. Luego explica cómo, en su opinión, la única forma para que se convierta en realidad el principal mensaje de los juicios de Núremberg —consistente en que los crímenes internacionales son cometidos por individuos, y no por entidades abstractas, y en consecuencia son los primeros quienes han de responder por los mismos—, es a través de un doble proceso: primero, la conformación de una Corte Penal Internacional, lucha que logró ganar en el 2002 y, segundo, la tipificación del crimen de agresión.

En conclusión, la obra comentada destaca por la abundancia de temas y la multiplicidad de voces, creando así un importante debate frente a qué es el crimen de agresión y cómo se ha venido implementando, cuestiones que se tornan esenciales a la hora de determinar el alcance de la competencia complementaria de la CPI. Además, la diversidad de los autores permite profundizar en el tema desde diversas perspectivas, lo que lleva al lector comprender en términos jurídicos y políticos la importancia de la definición de este crimen, las discrepancias sobre su aplicación y las formas de llenar los vacíos jurídicos que existen al respecto. Si bien muchos de estos problemas no tienen una respuesta clara, en los próximos años la CPI, y en particular, su Fiscalía, deberán tomar postura frente a los mismos; el texto que aquí comentamos será, sin duda, de gran utilidad a lo largo de dicho proceso.

Referencias

Carvajal, F. (2012). *El crimen de agresión en derecho penal internacional: responsabilidad del individuo por acto de estado*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.