

## 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

La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional  
*Libia Arenal Lora*

Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: el caso de Israel y Palestina, ¿estatolatría beligerante o falta de competencia?  
*Juan Carlos Caita Moreno*

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

La responsabilidad de crecer en un conflicto armado  
*Laura Daniela Useche Acevedo*

Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados esencialistas en la Corte Penal Internacional  
*Silvina Sánchez Mera*

El interés de la justicia en el Estatuto de Roma: un análisis a partir de las decisiones en la situación de Afganistán  
*Alejandro Sánchez Frías*

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

¿Un Derecho penal «de» la comunidad?  
*Wendy Pena González*

Bases para una justicia restaurativa-transicional en Colombia: problemas sobre la implementación de lo "restaurativo" en la jep  
*Joel Ramírez-Mendoza*

¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de personas mediante una acción civil *in forma pauperis*?  
*Daniela Sodini*

Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de vigilancia: una reflexión sobre nuestros patrones de juicio ético y su disfuncionalidad  
*Oswaldo R. Burgos*



Universidad del  
**Rosario**



Tirant lo blanch



PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Bogotá, Colombia - Número 9

ISSNe: 2346-3120

Doi: [doi.org/10.12804/anidip](https://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: [doi.org/10.12804/anidip](https://doi.org/10.12804/anidip)

### **DIRECTOR**

Olasolo Alonso, Héctor (España)  
Profesor Titular de Carrera, Universidad del Rosario (Colombia)  
Presidente, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz,  
los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda)

### **EDITOR**

Urueña Sánchez, Mario (Colombia)  
Profesor de Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia)

### **SECRETARÍA**

Sánchez Sarmiento, Andrés (Colombia)  
Joven investigador, Universidad del Rosario (Colombia)

---

Las opiniones de los artículos solo comprometen a los autores y en ningún caso al Comité Editorial o a la Universidad del Rosario. Se prohíbe la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta revista, salvo autorización previa de los autores.  
Visítenos en la página: <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip>

## COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

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

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

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Países Bajos)

### **Mateus Rugeles, Andrea (Colombia)**

Magistrada auxiliar, Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

### **Pansters, Wil (Países Bajos)**

Catedrático de Estudios Latinoamericanos, universidades de Utrecht y Groningen (Países Bajos)

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

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

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

Profesora de Derechos Humanos, Universidad de Chile (Chile)

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **Abrão, Paulo (Brasil)**

Secretario Ejecutivo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington D.C.)

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

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Trento (Italia)

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

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

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

Catedrático de Derecho Internacional y Director del Instituto para la Paz y Seguridad, Universidad de Colonia (Alemania)

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

Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide (España)

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

Catedrático de Derecho Internacional Penal y Director del Centro Grotius sobre Estudios Jurídicos Internacionales, Universidad de Leiden (Países Bajos)

### **Vervaele, John (Países Bajos)**

Catedrático de Derecho Penal Europeo, Universidad de Utrecht (Países Bajos)  
Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

## COMITÉ HONORARIO

### **Blattmann, René (Bolivia)**

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

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

Magistrada (2015-2016) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

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

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

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

### **Universidad del Rosario**

Rector

Juan Alejandro Cheyne

Vicerrector

Sergio Andrés Pulgarín Molina

Síndico

Juan Manuel Ospina Sanmiguel

Secretario general

Germán Villegas González

Decano Facultad de Jurisprudencia

José Alberto Gaitán Martínez

Vicedecana Facultad de

Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Preparación editorial

Tatiana Morales Perdomo

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Laura Rodríguez-Mejía

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

Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Piet Willems

## **Contenido**

Doi del número: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/anidip.v9i9>

### **Editorial**

Héctor Olasolo Alonso y Mario Urueña Sánchez

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

### **La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional**

Libia Arenal Lora

### **Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: el caso de Israel y Palestina, ¿estatolatría beligerante o falta de competencia?**

Juan Carlos Caita Moreno

#### **SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS**

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

### **La responsabilidad de crecer en un conflicto armado**

Laura Daniela Useche Acevedo

### **Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados esencialistas en la Corte Penal Internacional**

Silvina Sánchez Mera

### **El interés de la justicia en el Estatuto de Roma: un análisis a partir de las decisiones en la situación de Afganistán**

Alejandro Sánchez Frías

**SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS**  
en la V Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

**¿Un Derecho penal «de» la comunidad?**

Wendy Pena González

**Bases para una justicia restaurativa-transicional en Colombia:  
problemas sobre la implementación de lo “restaurativo” en la JEP**

Joel Ramírez-Mendoza

**¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de personas  
mediante una acción civil *in forma pauperis*?**

Daniela Sodini

**Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de vigilancia:  
una reflexión sobre nuestros patrones de juicio ético y su  
disfuncionalidad**

Oswaldo R. Burgos

## Editorial

Nos complace dar la bienvenida al noveno volumen (2021) 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 el presente volumen se siguen combinando los artículos de investigación (sección I), los ensayos de investigación seleccionados a través de los certámenes Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre justicia internacional penal (sección II) y los estudios críticos sobre justicia (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 mencionados certámenes y de investigadores interesados en dar a conocer su trabajo desde las áreas objeto de estudio del ANIDIP.

En cuanto al contenido sustantivo de este volumen, la sección de artículos de investigación recoge los trabajos de Libia Arenal, titulado “La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en derecho internacional: oportunidades y obstáculos técnicos del ecocidio como un crimen internacional”, en el que la autora realizó un análisis de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre los daños contra el medio ambiente como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y de Juan Carlos Caita Moreno: “Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: El caso de Israel y Palestina, ¿estatolatría beligerante o falta de competencia?”, en el cual el autor se planteó como interrogantes: ¿qué consecuencias tiene para Israel el hecho de que Palestina sea el Estado miembro 123 en reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI)? Acaso, ¿no fueron los mismos principios de Núremberg los que inspiraron los juicios contra los criminales nazis que exterminaron el pueblo judío? Como Estado parte del Estatuto de Roma, ¿logrará Palestina trasladar su histórico conflicto con Israel a La Haya? Y, a su vez, ¿la presión internacional obligará a Israel a ratificar el Estatuto de Roma?

Tres ensayos de investigación fueron seleccionados por el jurado internacional de la X Edición (2021) del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner para su publicación en el volumen IX del ANIDIP. Se trata del ensayo ganador del certamen, titulado “La responsabilidad de crecer en un conflicto”, escrito por Laura Daniela Useche Acevedo, con el cual la autora planteó los problemas a los que deberá enfrentarse la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) colombiana en un escenario de conciliación de argumentos contradictorios para hacer un uso efectivo de sus características únicas con el fin de lograr verdadera justicia para todas las víctimas del conflicto colombiano, en particular los menores reclutados. El segundo lugar lo ocupó el ensayo: “Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados esencialistas en la Corte Penal Internacional”, en el cual su autora, Silvina Sánchez Mera, empleó una metodología feminista para mostrar la construcción del civil como débil, pasivo, sumiso y femenino, y cómo esta se manifiesta y naturaliza en la práctica de la CPI. Finalmente, de este certamen fue escogido en tercer lugar el ensayo titulado “¿Qué es la justicia para la Corte Penal Internacional? Análisis a partir del asunto de Afganistán”, de Alejandro Sánchez Frías. En este, su autor analizó los elementos jurídicos y económicos presentes en la interpretación expansiva del concepto “interés de la justicia” para determinar las luces y sombras a la hora de tomar una decisión de tal calado como la de determinar qué constituye esta noción.

Cuatro ensayos de investigación fueron seleccionados por el jurado internacional del IV Certamen (2021) de Estudios Críticos sobre la Justicia para su publicación en el Volumen IX del ANIDIP. En primer lugar, el estudio ganador escrito por Wendy Pena González: “¿Un derecho penal «de» la comunidad?”. Este ensayo presenta el análisis de la legitimidad de la influencia de la filosofía comunitarista en el derecho penal, mediante el estudio de la configuración de un derecho penal articulado en la defensa de los valores éticos comunitarios. En segundo lugar, el trabajo de Joel Ramírez-Mendoza: “Bases para una justicia restaurativa-transicional en Colombia: problemas sobre la implementación de lo “restaurativo” en la JEP”, en el cual el autor buscó responder a la pregunta: ¿qué tanto puede entenderse la JEP como un modelo de justicia restaurativa? En tercer lugar, fue seleccionado el ensayo: “¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de personas mediante una acción civil *in forma pauperis*?” de Daniela Sodini quien indagó por la posibilidad de que el Estado argentino otorgue un acceso integral a la justicia, sin someter a la víctima a exigencias procesales para alcanzar la reparación económica que signifiquen una nueva victimización o impidan la satisfacción de sus derechos. Por último, el ensayo escrito por Osvaldo Burgos: “Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de vigilancia. Una reflexión sobre nuestros patrones de juicio”, defiende

la noción de existencia de una retroalimentación y continuidad del sistema excluyente: más capitalismo de vigilancia supone más certeza en las conductas futuras y, consecuentemente, más descarte, más exclusión.

Para finalizar, queremos agradecer una vez más a la Editorial 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, queremos dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este volumen del ANIDIP, en especial a Andrés Sánchez Sarmiento (secretario de ANIDIP).

Llegados a este punto, nos permitimos invitar al lector a que, con ese espíritu crítico que le caracteriza, se adentre en las páginas de este nuevo volumen.

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2021

Héctor Olásolo Alonso  
*Director, ANIDIP*

Mario Urueña-Sánchez  
*Editor, ANIDIP*

# SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

## Desde el Derecho Internacional Penal

La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional

*Libia Arenal Lora*

Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: el caso de Israel y Palestina, ¿estatalatría beligerante o falta de competencia?

*Juan Carlos Caíta Moreno*

# La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional

The Legal Regulation of Crimes against Environment in International Law: Challenges to Define Ecocide as an International Crime

A regulamentação legal dos crimes contra o meio ambiente no Direito internacional: desafios para a definição do ecocídio como crime internacional

Libia Arenal Lora\*

Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 24 de junio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11044>

**Para citar este artículo:** Arenal Lora, L. (2022). La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional. *ANIDIP*, 9, 1-29. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11044>

## Resumen

La criminalización de los graves daños contra el medio ambiente no es un problema nuevo para el derecho penal internacional (DPI). La Comisión de Derecho Internacional (CDI) resolvió esta cuestión tipificando ciertas conductas como crímenes de guerra. Sin embargo, en las últimas décadas, con motivo de la acelerada destrucción del medio ambiente como consecuencia de las actividades humanas y la amenaza que supone para la seguridad de la humanidad y del planeta, se ha intensificado el desarrollo de propuestas normativas para la tipificación del *ecocidio* como un crimen internacional. Este artículo pretende realizar un análisis de los trabajos de

\* Doctora en derecho por la Universidad de Sevilla. Profesora asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla. Profesora colaboradora de la Universidad Oberta de Catalunya (uoc). Miembro del Grupo de Investigación SEJ55 "Nuevos sujetos, nuevos derechos, nuevas responsabilidades: derecho humanos en la sociedad global". Directora Ejecutiva de la Fundación APY.

la CDI sobre los daños contra el medio ambiente como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, analizar las aportaciones doctrinales para la construcción del crimen internacional de ecodidio cometido en tiempos de paz y, por último, analizar las dificultades técnicas que supone la definición del crimen de ecodidio en el DPI.

**Palabras clave:** graves daños contra el medio ambiente; ecodidio; crímenes internacionales.

### **Abstract**

Criminalize serious damages to the environment is not a new issue for international criminal law. In fact, the International Law Commission (ILC) tackled this question proposing that some conducts causing serious damages to the environment in war time amounted to international crimes. However, in recent decades, due to the accelerated destruction of the environment by human agency and the threat that this poses to humankind and the planet's security, some normative proposals to criminalize ecocide as an international crime have taken place. This article aims to carry out an analysis of the ILC's works to include serious damages to the environment in the category of crimes against peace and security of humankind; furthermore, it intends to analyze recent doctrinal contributions to define ecocide crime as a genuine international crime committed in peace time. Finally, it explores legal obstacles found in these recent doctrinal contributions to define ecocide in international criminal law.

**Keywords:** Serious damages to environment; ecocide; international crimes.

### **Resumo**

A criminalização de graves danos ao meio ambiente não é um problema novo para o Direito Internacional Penal (DIP). A Comissão de Direito Internacional (CDI) resolveu essa questão classificando certas condutas como crimes de guerra. No entanto, nas últimas décadas, devido à destruição acelerada do meio ambiente em decorrência das atividades humanas, e à ameaça que representa para a segurança da humanidade e do planeta, tem-se intensificado o desenvolvimento de propostas normativas para a classificação do ecodídio como crime internacional. Este artigo tem como objetivo realizar uma análise da atuação da CDI sobre os danos ao meio ambiente como crime contra a paz e a segurança da humanidade; analisar as contribuições doutrinárias para a construção do crime internacional de ecodídio cometido em tempos de paz; e, por fim, analisar as dificuldades técnicas envolvidas na definição do crime de ecodídio no DIP.

**Palavras-chave:** graves danos ao meio ambiente; ecodídio; crimes internacionais.

## Introducción

La humanidad se enfrenta, de una forma incontestable, a un reto sin precedentes para salvaguardar su existencia: la protección de su medio ambiente natural. La complejidad de la crisis sanitaria, económica y social provocada por la COVID-19 no puede entenderse sin ponerla en relación con la crisis ambiental y climática que nuestro planeta experimenta de manera acelerada, especialmente en las últimas décadas.

Los graves daños contra el medio ambiente han sido objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional, por tanto, el derecho internacional ha dado respuesta a esta cuestión mediante la prohibición de las conductas que se llevan a cabo contra el medio ambiente en el ámbito de los crímenes de guerra. Sin embargo, las mayores amenazas contra el medio ambiente provienen, hoy en día, de la actividad humana en los llamados “procesos modernos de las sociedades industrializadas”, lo que David Quammen (citado por Ramonet, 2020) califica como “comportamientos ecodepredadores”, que saquean la naturaleza y modifican el clima (Shah, 2020) y complican la tarea de distinguir entre comportamientos criminales y consecuencias estrictamente ilegales de otros actos legales (Mégret, 2010). Los casos de contaminación del medio ambiente natural de amplios territorios, provocada por proyectos extractivos, que han tenido además un enorme impacto negativo sobre las condiciones y las expectativas de una vida saludable y formas de vida sostenible para las generaciones presentes y futuras —como es el caso de la Texaco en la Amazonía ecuatoriana, ampliamente documentado (Lambert, 2017; Arenal Lora, 2017)— o las emisiones de CO<sup>2</sup> a la atmósfera, que sobrepasan con creces los límites establecidos en los acuerdos internacionales para la mitigación del cambio climático (Organización de las Naciones Unidas, 1992) son claras expresiones de esta circunstancia.

Esta experiencia que afecta a la sociedad internacional en su conjunto debe ser utilizada para pensar en reformular la respuesta que el ordenamiento jurídico internacional,<sup>1</sup> en particular la que el derecho penal internacional (DPI), ha ofrecido a los problemas ambientales y climáticos globales que afectan el bienestar, la paz y la seguridad de la humanidad.<sup>2</sup> Con esto se quiere señalar que más que nunca es

1 La primera evaluación mundial sobre el estado del derecho ambiental que la Organización de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente publicó en 2019 no es muy positiva. Uno de sus informes destaca que la mayoría de los acuerdos ambientales alcanzados en los últimos cincuenta años no se cumplen (United Nations Environmental Programme [UNEP], 2019).

2 Nos referimos al bienestar, a la paz y a la seguridad de la humanidad como bienes jurídicos objeto de protección internacional mediante la tipificación de los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional —CPI— (Organización de las Naciones Unidas, 1998). El Preámbulo señala que “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”.

impostergable la regulación de la prohibición de los atentados que se llevan a cabo contra el medio ambiente más allá del marco de los conflictos armados y criminalizar los graves daños que resultan en este en tiempos de paz como consecuencia de un contexto donde numerosas actividades económicas se basan en la destrucción de los recursos naturales (Mégret, 2010; Neyret, 2017; Arenal, 2019; 2017).<sup>3</sup>

Este trabajo tiene como propósito analizar la evolución y el desarrollo de la expresión jurídica del ecocidio, así como la perspectiva de su tipificación como un crimen internacional. Para contribuir a esta labor se analizarán las propuestas desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para incluir los graves daños contra el medio ambiente entre los crímenes que formaron parte del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Asimismo, se delimitarán los elementos de las propuestas doctrinales contemporáneas para la tipificación de un crimen de ecocidio, en tanto crimen internacional contra el medio ambiente, distinguiéndolas de la propuesta de la CDI, al reajustar no solo los valores antropocéntricos propios de la respuesta penal a la problemática medioambiental, sino también los elementos objetivos y subjetivos que los configuran. Finalmente, se abordarán las dificultades y las limitaciones prácticas de la definición de un crimen internacional contra el medio ambiente y sus posibilidades de aplicación en el DPI a partir de las cuales se aportará una nueva definición y las conclusiones.

## **1. Los graves daños contra el medio ambiente como crimen internacional: la labor de codificación y desarrollo progresivo de la CDI**

La Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), por su Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, le encargó a la CDI preparar un proyecto de código en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, no fue hasta 1981, una vez superados los problemas ligados a la definición de agresión,<sup>4</sup> que la AGNU invitó a la CDI a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de código. En este marco de codificación y de desarrollo progresivo

3 El profesor Laurent Neyret se refiere a ellas como ecocrímenes, cuya definición coincide sustancialmente con los llamados crímenes transnacionales de derecho internacional y señala no solo el desarrollo de estas actividades en las últimas décadas sino su “rentabilidad”. Se calcula que estas actividades generan entre 30 y 130 billones de dólares al año en beneficios, lo que las hace situarse en cuarto puesto del escalafón mundial de rentabilidad de actividades ilícitas, detrás del tráfico de drogas, del tráfico de personas y de la falsificación (Neyret, 2017).

4 La AGNU, basándose en la recomendación de la Comisión Especial, aprobó por consenso la definición de agresión mediante Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

de normas internacionales tuvieron lugar los trabajos de elaboración de varias propuestas de tipificación de los graves e intencionados daños contra el medio ambiente como un crimen internacional.

El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad reprodujo fielmente, hasta el año 1986, las tres categorías de delitos sobre los que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TN) tuvo jurisdicción —los crímenes contra la paz, los de guerra y contra la humanidad—. Ahora bien, el relator especial para este proyecto código, el señor Doudou Thiam, propuso en su cuarto informe completar la lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborada en 1954, con una disposición en virtud de la cual el “incumplimiento de obligaciones internacionales de protección del medio ambiente constituiría un acto punible” (CDI, 1986, p. 89).

Para justificar la incorporación de esta disposición específica de protección y salvaguarda del medio ambiente natural, Thiam señaló que en los trabajos de la CDI, relativos a la elaboración del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, ya se consideraba un crimen internacional “una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”,<sup>5</sup> y que, en este sentido, la necesidad de protegerlo y salvaguardarlo justificaría la inclusión de una disposición en el proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (CDI, 1986, párrs. 66-67).

Los crímenes contra el medio ambiente quedaron así recogidos en el punto 4 del artículo 12 del proyecto de código que tipificaba los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad, con una definición que reproducía casi literalmente la contenida en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado (CDI, 1986, p. 86). No obstante, la materialización de la inclusión de los daños medioambientales graves entre los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad fue experimentando cambios sustanciales hasta que el proyecto de código de 1991, aprobado en primera lectura, recogió los daños intencionales y graves contra el

5 Durante el proceso de codificación de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos internacionales el relator especial, Roberto Ago, incluyó en su quinto informe, de 1976, un régimen agravado de responsabilidad previsto para los crímenes internacionales, lo que fue aceptado por la CDI en su proyecto de artículos, al recogerlos en el artículo 19, particularmente, el artículo 19. 3. que se refería a un crimen internacional como “la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial internacional para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares” (CDI, 1980, pp. 29-ss). No obstante, el término “crimen internacional” fue abandonado por la CDI y sustituido en el proyecto de artículo de 2001 por la expresión “violaciones graves de normas imperativas del derecho internacional general” (CDI, 2001, pp. 120-121).

medio ambiente en el artículo 26 como un crimen nuevo y autónomo de los crímenes contra la humanidad: “El que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados tales daños, será condenado, después de ser reconocido culpable” (CDI, 1991, p. 115).

Este nuevo crimen se aplicaría, tanto en tiempo de guerra como de paz, cuando el acto prohibido se tratase de un “atentando contra el medio ambiente natural”, cuando los daños fueran “extensos, duraderos y graves” y, por último, cuando aquellos se produjeron “intencionalmente”, bebiendo claramente su formulación del artículo 55 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Además, reconocía en este la responsabilidad penal internacional individual de quien intencionalmente causare u ordenase tales daños (CDI, 1991).

El relator especial para el proyecto de código, sin embargo, había expresado sus dudas sobre la tipificación de un crimen contra el medio ambiente como un crimen internacional. Por un lado, manifestó su preocupación sobre la cuestión de ser o no recomendable ir más allá del marco que había sido establecido en Núremberg —ningún cargo relacionado con los daños al medio ambiente había sido presentado ante el tribunal militar— (CDI, 1995, párr.119). Por otro lado, puso de manifiesto la diversidad de opiniones entre los Estados con relación a los elementos del crimen, así como una evidente falta de apoyo a esta cuestión (CDI, 1993, pp. 67-ss). En este orden de cosas, antes de tomar una decisión definitiva, decidió establecer un grupo de trabajo para discutir la posibilidad de incluir en el proyecto de código la cuestión de los daños intencionales y graves al medio ambiente (CDI, 1995, párr. 141).

Con el propósito de facilitar la discusión dentro del grupo de trabajo, se encargó a Christian Tomuschat, miembro de la CDI, la elaboración del *Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente* (CDI, 1996). El documento no solo contenía los antecedentes históricos sobre el proceso de desarrollo normativo y codificación de los crímenes contra el medio ambiente como crímenes de trascendencia internacional, sino que precisaba cuáles eran los elementos legales del crimen de acuerdo con la formulación expresada en el artículo 26 del proyecto de código.

El objeto de este trabajo era, por tanto, conocer si en este crimen contra el medio ambiente podía encontrarse constancia de los caracteres específicos que un acto o una actividad humana debía comprender para quedar incluido en el ámbito del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

El documento de trabajo precisó el contenido y el alcance del artículo 26 al describir el “daño” como una perturbación de los ciclos o ritmos naturales de la vida

que afectara a las perspectivas a largo plazo de supervivencia humana, destacando que estos actos nunca se cometerían con ánimo de lucro (CDI, 1996, párr. 31).

El daño había de ser “grave” y para su caracterización sería aplicable el criterio general de gravedad propio de todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, debiendo ser extensos en cuanto a su intensidad, permanentes en el tiempo y graves en referencia a la afectación geográfica —transnacional, internacional— (CDI, 1996, párr. 32).

El “medio ambiente natural”, objeto del daño causado, comprendería tanto los elementos que sirven de sustento a la vida humana como a la flora y a la fauna; es decir, el agua, el aire —incluidas las diferentes capas de la atmósfera— y el suelo, junto con los ecosistemas dependientes y asociados. Ahora bien, el ámbito de aplicación del artículo 26 se encontraría circunscrito a los casos en los que a través de los graves daños contra el medio ambiente natural se perjudicaran intereses humanos vitales, lo que mantuvo un enfoque antropocéntrico en el proyecto de código en tanto que este estaba comprometido a mantener la paz y la seguridad entre los seres humanos (CDI, 1996, párrs. 29-30).

El carácter intencional de los daños graves contra el medio ambiente fue asimismo precisado. Si bien es de suponer que habría prevalecido un entendimiento tácito de que, por regla general, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad no se pueden cometer por negligencia, sino solo “intencionalmente”, la interpretación de esta expresión podía ser ambigua y requería ser más determinante. Para responder constructivamente al propósito de proteger de ataques graves a los fundamentos mismos de la sociedad humana, la expresión “intencionalmente” debería abarcar no solo la situación en la que el individuo sabe que está llevando a cabo un acto peligroso y prevé y acepta todas las consecuencias nocivas de su acto, sino también aquella en la que el individuo actúa con pleno conocimiento de las consecuencias de su acción, pero sin la intención de causar daños al medio ambiente, que se producen como una consecuencia inevitable de esa acción, cuyo propósito directo era otro diferente (CDI, 1996, párrs. 37-42).

El alcance del ámbito de aplicación personal de esta disposición también fue explicado al señalar que llegaría a los miembros de un mecanismo gubernamental delictivo, a sus funcionarios públicos, pero también a los ciudadanos particulares (CDI, 1996, párr. 43); es importante que la responsabilidad penal individual podía surgir por acciones que, en la medida en que afectan a la base de la sociedad humana, debían considerarse ilícitas *per se* sin que tuvieran que ser prohibidas por normas específicas. En realidad, el derecho ambiental internacional no constituía en el momento de la elaboración del documento —ni tampoco ahora— un cuerpo

exhaustivo que previera todos los actos susceptibles de amenazar o destruir bienes o intereses medioambientales (Nieto, 2012). En consecuencia, supeditar la responsabilidad a la existencia de normas medioambientales específicas crearía el riesgo de dejar enormes lagunas en el ámbito previsto en el proyecto de artículo 26 (CDI, 1996, párr. 35).

El documento subrayaba además el principio de protección del medio ambiente, que había surgido de la mano del “nuevo orden mundial”, que propició la creación de las Naciones Unidas y empezaba a arraigarse en la conciencia de la humanidad al igual que hicieron los principios de que no se puede disponer de una vida humana ni atacar a Estados extranjeros (CDI, 1996, pp. 22-23).

La necesidad de incluir los graves daños contra el medio ambiente en el proyecto de código estaba conectada con el propósito de abordar de forma satisfactoria estos mismos daños cuando formaran parte de una estrategia general de un gobierno o de un grupo privado para ejercer presión sobre la comunidad mundial, situaciones en las que emergía un sentido de responsabilidad para con la humanidad y que no podían afrontarse en el marco de las normas sustantivas y procesales vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales ni a través de los procedimientos de cooperación en materia penal (CDI, 1996, p. 23).

El artículo 26 no enunciaba la violación de obligación alguna que diera lugar al daño contra el medio ambiente,<sup>6</sup> así que para entender qué conductas —prohibidas u objetivamente peligrosas— podrían estar integradas dentro de esta disposición había que mirar como telón de fondo el temor de los Estados, en aquel periodo de la historia, a los comportamientos que constituyeran ataques a los intereses colectivos de la comunidad internacional tales como la utilización de dispositivos nucleares con fines criminales o la realización de ensayos nucleares atmosféricos, cuya prohibición ya ha pasado a formar parte del derecho consuetudinario. Por otro lado, el documento de trabajo aclaró tajantemente qué conductas no formaban parte del ámbito material del proyecto de código, en particular, aquellas que resultaran de las actividades “normales” de las sociedades industriales al considerar que no sería acertado invocar el derecho penal como instrumento para cuestionar el orden generalmente aceptado (CDI, 1996, párr. 45-46).

Muy a pesar del hecho de que el documento subrayara que existían fundamentos de naturaleza política y moral, además de reunir los criterios generales de los crímenes

6 En este sentido el artículo 26 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se diferencia del artículo 19. 3. d. del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de Estado, de 1980, que como se ha señalado anteriormente hacía referencia a “la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial internacional para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”.

contra la paz y la seguridad de la humanidad, para elevar los ataques contra el medio ambiente a la categoría de crímenes contra la humanidad, el Presidente de la CDI, el señor Ahmed Mahiou, en la reunión de 1996, tomó unilateralmente la decisión de eliminar el crimen contra el medio ambiente como un crimen autónomo, suprimiendo el artículo en su totalidad (CDI, Acta 2453ª Sesión, p. 14, párr. 1). Lo que sí se sometió a votación fue la posibilidad de incluir los daños contra el medio ambiente dentro de las categorías de crímenes tipificados en el proyecto de código, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, donde este último es también aplicable en tiempos de paz. El resultado fue que al comité de redacción le fue notificado incluir tan solo una referencia a los daños contra el medio ambiente en el marco de los crímenes de guerra, pero no en el de los crímenes contra la humanidad (CDI, Acta 2453ª Sesión, párr.6).<sup>7</sup>

De acuerdo con estas decisiones, el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 abandonó definitivamente la integración de los crímenes contra el medio ambiente dentro de su competencia material como crimen autónomo o como parte de los injustos subyacentes a los crímenes contra la humanidad, integrándolos en el artículo 20, literal g, relativo a los crímenes de guerra de la siguiente manera:

el uso de métodos o medios de hacer la guerra que no estén justificados por la necesidad militar, con el propósito de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población, cuando sobrevengan tales daños (CDI, 1996).

Existe poca documentación que permita conocer los motivos de la exclusión de los daños contra el medio ambiente como un crimen contra la humanidad en el ámbito del proyecto de la CDI. Ahora bien, Doudou Thiam, declaró en el décimo tercer informe a la CDI que la eliminación de una figura autónoma de los crímenes contra el medio se debió, como ya se ha mencionado con anterioridad, a la larga oposición de un número importante de Estados (CDI, 1995, p. 37, párr. 7-8). Por su parte, Tomuschat (1996), publicó un artículo en el que afirmó:

No se puede escapar de la impresión de que las armas nucleares desempeñaron un papel decisivo en las opinión de muchos de los que optaron por el texto final, que ahora ha sido emasculado de tal

<sup>7</sup> En el Acta de la 2453ª Sesión se señala: “Por 12 votos contra uno y 4 abstenciones queda aprobada la propuesta del Presidente de remitir al Comité de Redacción la cuestión de los daños intencionales y graves al medio ambiente en el contexto de los crímenes de guerra”.

manera que sus condiciones de aplicabilidad casi nunca se cumplirán, incluso después de que la humanidad desaparezca como consecuencia de los desastres más atroces, obra de la acción de personas que eran completamente conscientes de las consecuencias fatales que conllevarían sus decisiones (p. 243).

El Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), adoptado en 1998, que bebió directamente del proyecto de código de 1996, limitó igualmente su competencia material al crimen de agresión, al crimen de genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra con la consecuencia de que la definición legal del crimen contra el medio ambiente quedó articulada bajo esta última categoría de crímenes en el artículo 8. 2. b. iv) de la siguiente forma:

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.

Solo la Oficina de la Fiscalía de la CPI a través del documento titulado *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (CPI, 2016), que marcaba las consideraciones generales para dirigir el ejercicio de las facultades discrecionales de la fiscalía en la selección y priorización de casos para su investigación y procesamiento, hizo referencia a los daños relativos al medio ambiente como criterio de evaluación de la gravedad de ciertos hechos en contextos no vinculados exclusivamente a crímenes de guerra dentro del ámbito material de aplicación del ER. En este sentido señala el documento:

the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land (párr. 41).

Ahora bien, esto no significa, como ha anunciado el fiscal, que la CPI vaya a perseguir crímenes contra el medio ambiente como un nuevo crimen contra la humanidad o como un nuevo crimen internacional.<sup>8</sup>

8 Un trabajo que realiza un análisis sobre los criterios bajo los cuales la Oficina de la Fiscalía investiga los daños contra el medio ambiente puede verse en la obra de Cusato (2017).

## 2. Las aportaciones doctrinales para la tipificación del ecocidio como un crimen internacional contra el medio ambiente

A pesar de este sonado fracaso de la ONU por tipificar los graves daños contra el medio ambiente como un crimen internacional, varias iniciativas doctrinales han querido poner de manifiesto la necesidad y la urgencia de abordar esta cuestión en el DPI vía el reconocimiento y la definición del crimen de ecocidio, por la acelerada destrucción, en los últimos años, del medio ambiente y la emergencia climática que nos asola, que viene a ser denunciada como consecuencia de un modelo económico y de unas formas de producción y consumo que se han mostrado incompatibles con la vida y, por tanto, que ya no son solo fruto de las amenazas creadas por las armas con un potencial de destrucción masivo que se encontraban en el telón de fondo de las preocupaciones de los Estados detrás del proyecto de la CDI.

Autores como Falk (1973), Teclaff (1994), Gray (1996), Drumbl (1998) y White y Kramer (2015) han realizado importantes aportaciones a la definición del concepto jurídico de ecocidio. De hecho, como señaló Serra Palao (2019a) “de la valentía de Teclaff al ubicar el ecocidio en tiempos de paz, pasando por la alentadora y tan completa teoría de Gray, hasta el planteamiento más práctico de Drumbl, el ecocidio fue adquiriendo una legitimidad cada vez mayor”<sup>9</sup>.

Sin embargo, serán objeto de este estudio, por su contemporaneidad y nivel de concreción, la ley de ecocidio de la reconocida abogada y activista Polly Higgins (2011, pp. 157-170; Higgins *et al.*, 2013, pp. 251-266) y la propuesta de enmienda de reforma al ER para que se incluyese el ecocidio como un crimen internacional en 2010 (Higgins *et al.* 2013 pp. 251-266); la propuesta de la Convención sobre ecocidio de Neyret (2017), elaborada entre 2012-2014, y la propuesta lanzada por el panel de expertos independientes, en el marco de la Stop Ecocide Foundation, encargado de la definición de ecocidio, que lidera el reconocido abogado y jurista Philippe Sands (Stop Ecocide Foundation, s. f.).

Polly Higgins (2011) definió el ecocidio en su libro, *Eradicating Ecocide*:

El ecocidio es el daño grave, la destrucción o la pérdida de ecosistemas de un territorio concreto, ya sea por mediación humana o por otras causas, a un grado tal que el disfrute pacífico de ese territorio por sus habitantes se vea severamente disminuido.

9 Un análisis riguroso sobre las contribuciones doctrinales al desarrollo y evolución de concepto jurídico de ecocidio de los autores arriba mencionados puede verse en la obra de Serra Palao (2019b).

La propuesta de enmienda al ER de la CPI matiza su definición de la siguiente forma:

El delito de ecocidio es [...] cualquier acto u omisión cometido imprudentemente en tiempos de paz o de conflicto por cualquier persona de alto rango en el curso de la actividad del Estado, de una empresa, o de cualquier otra entidad que cause o contribuya a una grave pérdida o daño ecológico, climático o cultural o a la destrucción del ecosistema o ecosistemas de un territorio o territorios determinados, de manera que el disfrute pacífico por parte de los habitantes se haya visto o vaya a verse gravemente menoscabado (Ley de Ecocidio, 2016).

La propuesta de definición contenida en la Convención internacional sobre ecocidio de Neyret (2017) señala, en el artículo 1, que su ámbito de aplicación serán los delitos más graves contra el medio ambiente que, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, afecten a la seguridad del planeta. Además, en la propuesta de convención se define el ecocidio sobre la base a la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, y enumera los actos que pueden dar lugar a un impacto negativo sobre la seguridad del planeta,<sup>10</sup> señalando que además estos han de cometerse intencionalmente y conociendo el carácter generalizado o sistemático de la acción en la que se inscriben (Neyret, 2017, artículo 2, párr. 3). Asimismo, distingue este crimen de la llamada criminalidad ambiental vinculada a los llamados crímenes transnacionales y objeto de la propuesta de Convención contra la criminalidad medioambiental (Neyret, 2017).

La definición de ecocidio del panel de expertos independientes señala que se entenderá por ecocidio: “cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente” (Stop Ecocide Foundation, s. f., artículo 8, párr. 2. a),

10 Convención Internacional contra el Ecocidio, Artículo 2. “Definición de ecocidio”: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá como ecocidio cualquiera de las siguientes conductas intencionadas que se cometan como parte de una acción generalizada o sistemática y que afecten a la seguridad del planeta: a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres; f. Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria”.

donde es extraordinariamente llamativo que al definir el término “arbitrario” acuden a los principios propios del derecho internacional humanitario (DIH), en particular, al principio de “necesidad militar”, y que lo trasladen al campo de los daños ambientales como consecuencia de actividades o proyectos de desarrollo económico, con lo que parece que admite cierta legitimidad del daño siempre que no sea excesivo con “la ventaja social o económica prevista”, lo que en principio sería contrario al sentido último del crimen de ecocidio.

Las diferencias sustantivas entre las propuestas doctrinales son apreciables a primera vista, lo que no significa que sean contrapuestas, y que un análisis riguroso de todas ellas permita caminar hacia una definición del ecocidio más completa y rigurosa (Serra Palao, 2019b). Por ejemplo, en cuanto a las divergencias con relación al elemento objetivo del crimen de ecocidio, si bien Higgins (2011) propone que el ecocidio pueda ser producido por cualquier tipo de conducta, ya fuera ilícita o perfectamente legal, Neyret (2017) formula la necesidad de la existencia de un delito como fundamento del crimen y el panel de expertos introduce un nuevo elemento al enunciar que el ecocidio puede ser el resultado de actos temerarios en el sentido “de hacer caso omiso de unos daños que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja social o económica prevista”. Referente al elemento subjetivo, Higgins (2011) incorpora un elemento más flexible como es el de la vulneración del deber de cuidado, Neyret (2017) se centra en la intencionalidad y en el conocimiento de los actos y, por último, el panel de expertos establece que el crimen puede aparecer cuando se actúa bajo el *dolus eventualis*.

Ahora bien, a pesar de estas discrepancias en la aproximación a la definición del ecocidio, lo que merece la pena destacar de todas las contribuciones doctrinales es que proponen una profunda revisión del concepto de crimen internacional basado en los daños intencionales y graves al medio ambiente elaborado por la CDI en aspectos tan relevantes como son el bien jurídico protegido, el alcance material del crimen, la atribución de la responsabilidad al individuo o la *mens rea*.

En primer lugar, en cuanto al bien jurídico protegido, cabe destacar el cambio de paradigma a la hora de justificar la necesidad de definir un crimen internacional de ecocidio. Si bien la CDI proponía la tipificación de los graves e intencionales daños contra el medio ambiente con el objeto de proteger la paz y la seguridad internacionales, unida a la salvaguardia última del ser humano, en estas nuevas propuestas de definición del crimen de ecocidio el paradigma de la justicia ecológica se ha hecho presente para explicar que la prohibición de los graves daños contra el medio ambiente es un recuso para la protección directa de la naturaleza desde su propio valor (Vicente Giménez, 2016, p. 28). En este sentido, el cambio

hacia una perspectiva ecocéntrica del problema es fundamental y con ello se aspira a “limitar la acción humana y sociopolítica en virtud de los límites del medio natural” (White, 2015) más allá de las consecuencias que los daños contra el medio ambiente provoquen en la salud, la integridad, la vida, la seguridad y la paz de las personas y de los pueblos.

En segundo lugar, a propósito del ámbito material del crimen de ecocidio, el paradigma económico ha emergido para contextualizar la naturaleza de los actos que provocan los daños más graves contra el medio ambiente, colocando en el centro de este problema las actividades humanas que, ligadas a los procesos productivos e industriales del sistema neoliberal, producen sistemáticamente alteraciones y daños sobre valores o bienes jurídicos que son objeto de interés y protección de la comunidad internacional. De hecho, en la actualidad, es mucho más probable que la producción de graves daños contra el medio ambiente surja como consecuencia de las operaciones económicas en grandes sectores estratégicos, que de aquella clase de conflictividad tradicional formulada en las guerras entre actores estatales y otros grupos armados (Mégret, 2010; Cusato, 2017; Rauxloh, 2011). Precisamente, cobran sentido las palabras de Broswimmer (2002) quien adelantaba que la globalización neoliberal y el crecimiento económico sin límites son aquello que han acelerado la degradación ecológica y los daños contra el medio ambiente de manera continuada, poniendo en peligro la sostenibilidad de la propia existencia humana en el planeta (p. 86-88). La formulación de este planteamiento, a la hora de definir y tipificar el ecocidio, es radicalmente contraria a la perspectiva adoptada por la CDI sobre esta materia, que afirmó que no formarían parte del ámbito material del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad las actividades “normales” de las sociedades humanas, practicadas en todo el mundo, por nocivos que pudieran ser sus efectos a largo plazo, para no criticar el sistema establecido (CDI, 1996, párr. 31).

En tercer lugar, el ecocidio, en tanto crimen internacional, haría surgir la responsabilidad penal internacional del individuo, ya se trate de órganos del Estado, funcionarios o particulares que actúen en representación, bajo el control o la dirección del Estado, así como de aquellos particulares que actúan en interés y beneficio propio.<sup>11</sup> De igual modo, estas propuestas doctrinales contemporáneas apuntan a

11 En este sentido, de acuerdo con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI, de 1991, Artículo 21 “Violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos”, comentario 5, que decía lo siguiente: “Importa destacar que el artículo no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado. Si bien es cierto que estos, a causa de su posición oficial, tienen realmente amplia oportunidad de cometer los crímenes penados por el artículo, no es menos cierto que el artículo no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o

una extensión de la responsabilidad penal internacional de las personas jurídicas, distintas de los Estados, lo que forma parte de una tendencia contemporánea que busca vías para exigir la responsabilidad internacional de estas organizaciones por su participación en crímenes internacionales.<sup>12</sup> Asimismo, aunque no forma parte estrictamente de estas propuestas doctrinales, es necesario pensar en la responsabilidad internacional del Estado en materia de ecocidio, en particular, con relación a la violación de lo que podrían ser obligaciones internacionales en materia de prevención y sanción del crimen (ONU, 1948).<sup>13</sup>

En último lugar, la definición del elemento subjetivo para el crimen internacional de ecocidio toma en consideración, además de la intención de cometer graves daños contra el medio ambiente, la imprudencia o la negligencia a partir de la falta de diligencia debida o del deber de cuidado (Higgins, 2011, p. 8), así como la temeridad o el *dolus eventualis* en decisiones enfocadas a maximizar los beneficios (Neyret, 2017). Esto significaría, sobre la base de la doctrina enfocada al riesgo del DPI (Márquez Carrasco, 2008), que el crimen de ecocidio tendría lugar no solo cuando se pretende producir el daño contra el medio ambiente, sino también cuando el autor conoce la existencia de una alta probabilidad de su producción, lo que significaría que cabrían dentro del ámbito material del crimen los daños que son consecuencia o resultado de un determinado comportamiento, que no teniendo la intención de causarlos, los habría producido como corolario inevitable de esa acción.<sup>14</sup>

En este orden de ideas, nos encontramos ante una propuesta de tipificación de un crimen internacional de ecocidio que presenta como elementos nucleares los siguientes: tiene como fundamento la protección de un bien jurídico que está llamado a ser universal: la seguridad del medio ambiente como medio natural (Neyret, 2017); reconoce que las actividades ligadas a las formas de producción y consumo del sistema económico neoliberal hegemónico, que tienen un enorme potencial depredador y destructivo del medio natural, por su carácter además generalizado y sistemático, son las que producen hoy una parte sustancial de los daños graves

---

grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere este artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código”.

12 Sobre este tema existe una amplia bibliografía. A modo de síntesis sobre los avances en este campo véanse las Conclusiones Finales del Coloquio Internacional (Asociación Internacional de Derecho Penal, 2019) y Arenal Lora (2020).

13 Artículo I: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”.

14 Existe una amplia jurisprudencia sobre este enfoque en los tribunales internacionales *ad hoc*. Véase, por ejemplo, en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) el caso del fiscal contra *Blaškić* (IT-95-14-T), sentencia de 2000; caso del fiscal contra *Kunarac et al.* (IT-96-23 & 23/1), sentencia de 2002.

contra el medio que formarían parte del crimen de ecocidio; flexibiliza el elemento subjetivo del ecocidio al tipificarlo como un crimen que puede cometerse con intención y conocimiento de los actos, pero también mediando la imprudencia o la temeridad, como un fallo en el deber de cuidado o en la debida diligencia, y hace surgir la responsabilidad penal internacional del individuo y de las personas jurídicas privadas, además de la responsabilidad internacional del Estado por los actos que constituyen ecocidio.

La definición del crimen de ecocidio, por tanto, pone de manifiesto la particularidad de los nuevos riesgos y desafíos que enfrenta la configuración clásica del orden material de la sociedad internacional contemporánea, lo que exige respuestas adecuadas desde el ordenamiento jurídico internacional que la regula. Como señalaba el profesor Bassiouni (2010):

Presently, the historical evolution of CAH's protected interests has been limited to harm against the person, but only in the nature of direct harm. It does not take into account certain attacks upon other protected interests that may have effects or consequences on the life, health, and welfare of persons. This is particularly true with respect to environmental crimes.

### **3. Las limitaciones técnicas para la definición del ecocidio como un crimen internacional**

A pesar de las importantes contribuciones doctrinales realizadas por Higgins (2011), Neyret (2017) y el panel de expertos para la definición del crimen internacional de ecocidio, estas no ofrecen suficientes respuestas a las implicaciones prácticas que tendría su aplicación en el ámbito del DPI. Nos referimos, en particular, a limitaciones del contexto en el que se pretenden tipificar los crímenes —el campo del derecho internacional—, las limitaciones propias del interés protegido —el medio ambiente— y las limitaciones relacionadas con la naturaleza del derecho penal.

Desde el punto de vista del derecho internacional, poco o nada ha cambiado la estructura de ordenamiento jurídico internacional desde la aprobación, por parte de la CDI, del proyecto de código contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 en el que quedaron excluidos como crímenes internacionales los graves daños contra el medio ambiente. Esto hace pensar que no es posible el reconocimiento de nuevos crímenes internacionales por parte de la comunidad internacional.

En la práctica, el derecho internacional ha contemplado la criminalización de ciertas conductas contra el medio ambiente en algunos sectores de normas como la

emisión o la descarga ilegal de sustancias en el aire, agua o suelo; la contaminación por hidrocarburos; el comercio ilegal de vida silvestre; el tráfico ilegal de sustancias que destruyen la capa de ozono; la pesca ilegal, y el vertido de residuos peligrosos (Nieto, 2012; Mistura, 2018). Sin embargo, estos instrumentos internacionales,<sup>15</sup> pensados para armonizar normas y mejorar la cooperación judicial entre los Estados (Gil Gil & Maculan 2019, pp. 45 y 46) no son suficientes para abordar la gravedad del daño ambiental que implica el ecocidio (Megret, 2010, p. 5). Asimismo, el derecho internacional ha desarrollado un régimen de responsabilidad objetiva del Estado por daños provocados por actividades peligrosas, pero no prohibidas por este. Estos regímenes de normas y de responsabilidad internacional son muy distintos al de los crímenes internacionales, categoría en la que pretende integrarse el ecocidio.<sup>16</sup>

En materia de DPI puede afirmarse que no existe actualmente un proyecto en materia de codificación o desarrollo progresivo de normas de una nueva categoría de crímenes internacionales. El proyecto de convención para la prevención y la sanción de los crímenes contra la humanidad de la CDI, aprobado en segunda lectura, el 22 de mayo de 2019 (CDI, 2019), no ha planteado ninguna ampliación del ámbito material de esta categoría de crímenes, lo que ha frustrado algunas expectativas puestas en el desarrollo de normas relativas a los graves daños contra el medio ambiente como un crimen de lesa humanidad (Manirabona, 2011; Arenal Lora, 2017; Lambert, 2017).

Con relación a las limitaciones que se desprenden del bien protegido, cabe decir que el medio ambiente crea desafíos peculiares para su protección que no son necesariamente los mismos que para otras áreas del DPI. Las conductas degradantes del medio ambiente pueden ser lícitas o ilícitas; resultado de un conjunto de acciones o de sucesiones de actos de varios y diferentes agentes o actores, que pueden transcurrir en diferentes épocas, esto hace difícil determinar dónde se ubica el “daño definitivo” y a quién se le puede atribuir la responsabilidad por los mismos; los daños contra el medio ambiente son difusos en el sentido que no tienen por qué afectar o afectar a los seres humanos de forma inmediata, por lo que existe una enorme incertidumbre sobre sus efectos; además, la existencia del principio de precaución

15 La Convención MARPO, adoptada en 1973; el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, adoptado en 1972; el Convenio CITES, adoptado en 1973; la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación y el Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1992. En el ámbito regional cabe destacar la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal.

16 Sin embargo, existen algunas contribuciones doctrinales a favor del recurso a la responsabilidad objetiva para perseguir y sancionar el crimen de ecocidio (Serra Palao, 2020a)

ante el peligro del daño grave e irreversible rompe una de las características del derecho de daños que dice que este debe ser cierto, efectivo, determinable, evaluable e individualizable (de la Cuesta, 2017).

Todo ello dificulta la aplicación del derecho penal para la protección del medio ambiente. De hecho, la vaguedad y la amplitud de las propuestas en materia de definición jurídica del ecocidio despiertan enormes preocupaciones con relación al **principio de taxatividad** —que pretende que en la norma penal se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas por constituir crímenes— y al principio de legalidad y a la máxima de *nullum crimen sine lege*, o la más propia del DPI *nullum crimen sine iure* (Mègret, 2010).

Es sabido que definir qué es un crimen ambiental constituye un enorme desafío desde la teoría y la práctica jurídica. Cuando hablamos de crímenes ambientales, en el sentido de graves y extensos daños al medio ambiente, estamos hablando de problemas muy diferentes que difícilmente pueden ajustarse a una sola definición universal. De hecho, no existe una definición ni un significado único de lo que los crímenes ambientales son ni en los ordenamientos jurídicos nacionales ni en el derecho internacional. Además, mucho ha sido discutido sobre la cuestión de qué actos u omisiones que causan un daño ambiental deberían ser criminalizados y cómo averiguar qué daños sociales deberían formar parte de esta definición (Gray & Hayman, 2012; Burns & Lynch, 2004; Clifford & Edwards, 2012).

Por esta razón, el ecocidio debe ser considerado un crimen internacional *sui generis* que tiene como *ratio legis* la prohibición de la creación de un daño grave, extenso y duradero contra el medio ambiente, producido no solo por conductas ilícitas, peligrosas o potencialmente dañinas, sobre las que ya existe una amplia aunque heterogénea regulación normativa en el derecho internacional, sino también por el desarrollo de actividades perfectamente lícitas, que son propias de nuestro modelo productivo y de consumo, pero que en su desarrollo cumplen una función acumulativa de peligros en términos destrucción y depredación del medio ambiente natural y de la vida humana.

El desafío práctico más importante a la hora de definir el crimen de ecocidio es alcanzar un consenso o acuerdo general, un Green New Deal, que permita romper con la fragmentación y sectorización del ordenamiento jurídico internacional en la regulación de las conductas que generan daños graves al medio ambiente y alcanzar una formulación general<sup>17</sup> que, al mismo tiempo, consiga acomodarse al

17 Definir todas las conductas que pueden integrarse en el concepto de ecocidio es una labor impracticable, ya que sería de una enorme complejidad para el legislador codificar todo el marco jurídico positivo existente en la materia, además de imaginar todas las conductas que a futuro tuvieran cabida en esta definición.

principio de determinación de la ley penal, con el objeto de que cualquier laguna o ambigüedad no pudiera chocar con el principio *nullum crimen sine iure* (Black, 2008, p. 123).

Desde esta perspectiva, la definición de ecocidio como un crimen internacional consistiría en la creación de un daño grave, extenso y duradero sobre el medio ambiente que se produjera como resultado de una grave violación —generalizada o sistemática— de una obligación que viniera determinada por todo el sistema de fuentes del derecho internacional; es decir, de los tratados, de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho y, por supuesto, de los principios arraigados en el derecho internacional ambiental, en particular, el principio de prevención (Viñuales, 2017) y el principio de precaución.<sup>18</sup>

En este sentido el ecocidio podría definirse en los siguientes términos:

La violación generalizada y sistemática de obligaciones internacionales directas e indirectas relativas al medio ambiente, que se produce mediante el desarrollo de una línea de acciones u omisiones que llevada a cabo intencionalmente, con falta de diligencia o deber de cuidado, provocare un daño extenso, grave y perdurable sobre el medio natural de un territorio, y con ello se afectaren a la seguridad del planeta y a la propia supervivencia de la humanidad, de las generaciones presentes y de las futuras. El crimen de ecocidio hará surgir la responsabilidad internacional del Estado, así como la responsabilidad penal del individuo y de las personas jurídicas.<sup>19</sup>

18 Este principio tiene su origen en el derecho interno de algunos Estados, pero especialmente a partir de los años ochenta se comenzó a plasmar, con distintas formulaciones, en algunos acuerdos internacionales. No existe una definición única de este concepto ni de su alcance, pero la formulación proporcionada por el principio 15 de la Declaración de Río es de utilidad: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Este principio ha experimentado una consolidación progresiva en el derecho internacional del medio ambiente (DIMA) que lo ha convertido en un verdadero principio de derecho internacional de alcance general. De hecho, la Comisión Europea (200), en una comunicación sobre el “Principio de precaución”, expone que “este principio ha experimentado una consolidación progresiva en el derecho internacional del medio ambiente que lo ha convertido en un verdadero principio de derecho internacional de alcance general”.

19 Esta definición, con una ligera modificación, fue presentada por la autora en la comunicación “El Crimen Internacional del Ecocidio: Respuesta Normativa al Problema Global del Cambio Climático” en el I Congreso Italo-Español sobre la lucha en clave judicial contra el cambio climático, Universidad Jaume I, 19 y 20 de noviembre de 2020.

Otra de las cuestiones de naturaleza práctica que surge con relación a la posible tipificación del crimen de ecocidio es la de la elección del instrumento jurídico internacional que lo regule y active los mecanismos institucionales internacionales para su sanción y persecución. A este respecto, consideramos que sería oportuno el desarrollo de un instrumento jurídico convencional para la tipificación internacional del ecocidio que facilite la labor de definir con precisión el crimen; las obligaciones generales, en particular, aquellas que se refieren a las del Estado de no cometer, prevenir y castigar los actos de ecocidio —lo que implica la obligación de criminalizar el ecocidio en los ordenamientos jurídicos internos—; el establecimiento de la responsabilidad internacional de los Estados, la responsabilidad penal internacional de los individuos y de las personas jurídicas privadas, todas formas diferentes pero complementarias de responsabilidad; el establecimiento de la competencia nacional; la cooperación judicial recíproca entre los Estados; los medios para hacer efectivo el derecho a reparación a las víctimas, y un mecanismo para la resolución de controversias, incluyendo, si fuera necesario, un tribunal internacional para perseguir y sancionar a los responsables de ecocidio.<sup>20</sup>

La adopción de una convención internacional sobre el crimen de ecocidio significaría haber alcanzado un consenso entre los Estados a favor de su tipificación como un crimen genuinamente internacional contra el medio ambiente<sup>21</sup> y dar un paso significativo en la prevención de estas aberrantes conductas (de la Cuesta, 2017, Mégret, 2010) y la persecución y sanción de sus responsables (Werle & Burghardt, 2013, pp. 247-261).

Del mismo modo, el hecho de disponer de un tratado internacional sobre la materia contribuiría a impulsar la tipificación del ecocidio en los ordenamientos internos y armonizar las legislaciones, lo que se corresponde con la idea del DPI de que los Estados adapten su derecho y se coloquen en situación de poder perseguir crímenes internacionales (Smith, 2013).

20 Esta es la posición adoptada en la Convención para la prevención y la sanción del genocidio, de 1948, el artículo VI señala que: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

21 Hay que tener en cuenta que aunque actualmente solo once países han incorporado el crimen de ecocidio en los códigos penales de ordenamientos jurídicos nacionales, manteniendo sus definiciones cierta homogeneidad —en el sentido general de una destrucción masiva de la fauna y la flora, así como la contaminación de la atmósfera y de los recursos hídricos— la regulación de los crímenes contra el medio ambiente a nivel nacional sigue siendo heterogénea y falta un consenso sobre la necesidad de criminalizar los graves atentados contra este por razón de los intereses económicos a corto plazo que hay detrás de estas conductas y los importantes costos económicos y políticos que implica desarrollar una política criminal en este sentido.

Asimismo, un instrumento internacional sobre ecocidio contribuiría a incorporar los principios de prevención y de precaución con relación a los graves, extensos y duraderos daños contra el medio ambiente como un elemento de ordenación internacional de las actividades económicas. Igualmente, ayudaría a incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas por la comisión de ecocidio, que el derecho internacional no reconoce; además, contribuiría a establecer la responsabilidad internacional del Estado por no prevenir ni castigar los actos de ecocidio, así como por la comisión de actos que constituyan ecocidio. Esto sería un paso significativo en materia de desarrollo progresivo de normas en el campo del DPI.

De la misma manera, habilitaría mecanismos judiciales internacionales, que ejercerían su competencia de manera complementaria a la de los foros nacionales, para la persecución y sanción de estos crímenes para contribuir a acabar con la impunidad que beneficia a sus responsables del crimen de ecocidio. Asimismo, un tratado de estas características podría contener una cláusula compromisoria de reconocimiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en materia de resolución de controversias sobre la aplicación de la convención y que entendiera sobre la responsabilidad internacional de los Estados. Con relación a esta cuestión, no puede olvidarse definir cuál sería la mejor fórmula para habilitar un órgano judicial internacional con competencia para perseguir a las personas físicas y jurídicas responsables del crimen de ecocidio. Si bien la ampliación de la competencia de la CPI ha estado presente en las propuestas de Higgins (2011) y del panel de expertos, parece más viable la propuesta de Neyret (2017)<sup>22</sup> de establecer una corte sobre el medio ambiente.

En este sentido, cabe señalar que el ejercicio de la competencia de la CPI sobre un posible crimen tipificado de ecocidio tendría enormes dificultades. Desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae*, como bien señala Serra Palao (2020b, p. 21), cualquier modificación al ER exigiría de acuerdo con los artículos 121 y 122 una enmienda, aunque aquella prosperara, solo entraría en vigor para los Estados parte que la hayan ratificado por lo que su ámbito de aplicación quedaría muy limitado.<sup>23</sup> Asimismo, con relación al ejercicio de la competencia *ratione personae*,

22 Article 18. International Criminal Court for the Environment: “State Parties shall cooperate with the aim of establishing an International Criminal Court for the Environment, which shall be complementary to national jurisdictions and shall have jurisdiction over the crime of ecocide.”

23 Desde el punto de la revisión del instrumento, las enmiendas al ER pueden ser propuestas, adoptadas y ratificadas de acuerdo con los artículos 121 y 122 del Estatuto. Si bien cualquier Estado puede proponer una enmienda, esta debe ser adoptada por dos tercios de los votos en la Asamblea de Estados Parte o en una conferencia de revisión del Estatuto. Las enmiendas además entrarán en vigor para todos los Estados Parte 1 año después de ser ratificadas por los 7/8 de los Estados Parte. Sin embargo, las enmiendas que afectan a los artículos 5, 6, 7 y 8 —que se refieren al ámbito de aplicación del Estatuto y a la definición de los crímenes— solo entrarán en vigor para los Estados Parte que han ratificado la enmienda.

el artículo 25 del ER limita la competencia de la CPI a las personas físicas, lo que impediría que las empresas o los Estados puedan ser perseguidos por la comisión del crimen de ecocidio bajo la jurisdicción de este tribunal. A esto hay que añadir el enorme escepticismo y rechazo que la actuación de la CPI ha generado en los últimos tiempos (Olásolo & Galain, 2018, pp. 81-98) y la incertidumbre sobre cuál será su futuro a mediano plazo.

## Conclusiones

La CDI ha señalado que el progreso tecnológico ha ampliado las oportunidades no solo de explotar de forma más racional y económica los recursos naturales, sino también de destruir los soportes vitales de la humanidad (CDI, 1996, p. 23). Con ello se hace referencia al medio ambiente natural. En este orden de ideas, la neoliberalización de la economía constituye la última y más destructiva fase de la globalización y con ella se han ampliado los riesgos y las amenazas para el planeta y la existencia sostenible y pacífica del ser humano en este (Gray, 1996, pp. 222-23).

Los graves atentados contra el medio ambiente, sus efectos y sus repercusiones a largo plazo son perturbadores sobre los fundamentos de la sociedad humana y socavan factores determinantes de las condiciones de existencia de los seres humanos tanto en su dimensión individual, como colectiva (CDI, 1996, párr. 18, p. 22). Además, las crisis ambientales más importantes de los decenios precedentes han puesto de manifiesto el carácter internacional de los efectos de los daños contra el medio ambiente, así como sus repercusiones multidimensionales y han demostrado que las soluciones solamente podrán ser colectivas o solidarias y, por lo tanto, obra del conjunto de la comunidad internacional en su totalidad (ONU, 1997, p. 26). Es por ello que esta debe repudiar enérgicamente las grandes agresiones que se producen contra el medio ambiente y prohibirlas, convirtiéndolas en actos punibles por el DPI en la medida que constituyen una expresión de un agravio contra la humanidad (Cusato, 2017, p. 92, Mégret, 2010, pp. 195-258).<sup>24</sup>

Hasta el día de hoy, los graves daños contra el medio ambiente no han formado parte del ámbito material de los crímenes más graves de trascendencia internacional, salvo algunos ataques que se comenten en el marco de los conflictos armados internacionales y constituye una exigencia de primer orden remediar este vacío tipificando el crimen de ecocidio como un crimen internacional, con entidad propia, que se comete también en tiempos de paz (Mégret, 2010; Falk, 1974; Smith, 2013).

24 Eliana Teresa Cusato (2017) señala, en este sentido, que la naturaleza global de los intereses protegidos y el carácter *erga omnes* de muchas de las obligaciones relativas al medio ambiente son los principales argumentos a favor de la criminalización internacional de ciertos daños contra el medio ambiente.

Como hemos podido comprobar a lo largo de este artículo, existen obstáculos técnicos propios del sistema del DPI para definir legalmente el ecocidio. Sin embargo, recordando la visionaria posición de algunos expertos que abordaron la labor de desarrollar una propuesta de crímenes ambientales en el seno de la CDI, no solo no existen impedimentos legales que no puedan ser superables, sino que existen en la actualidad más que nunca fundamentos de naturaleza política y moral, para elevar los ataques contra el medio ambiente a esta categoría de crímenes. Emerge con más fuerza que nunca un sentido de responsabilidad para con la humanidad, para las generaciones presentes y para las generaciones futuras, para que puedan desarrollar una vida digna y proteger su supervivencia. Pero no solo eso, ya que los graves daños contra el medio ambiente, en sus casos más extremos, no solo afectarían la vida humana y el medio ambiente en sí mismo, sino que podrían constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales (CDI, 1996, pp. 22-23).

Solo bajo normas internacionales de carácter imperativo, de enorme fuerza persuasiva y coercitiva, que pongan de relieve el valor de los bienes jurídicos protegidos con la prohibición de cometer graves daños contra el medio ambiente, crearemos un poderoso cambio legal para interrumpir e invertir la emergencia ambiental, climática, de salud, económica y social que vivimos y hacer de este mundo un lugar seguro para la humanidad.

## Referencias

- Arenal Lora, L. (2017). *Las formas contemporáneas de victimización. Los crímenes económicos contra la humanidad*. APY – Solidaridad en Acción.
- Arenal Lora, L. (2019). *Crímenes económicos en derecho internacional: Propuesta de una nueva categoría de crímenes contra la humanidad*. Editorial Aranzadi.
- Arenal Lora, L. (2020). La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional. *Deusto Journal of Human Rights*, (6), 13-41. <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1872>
- Asociación Internacional de Derecho Penal [AIDP]. (noviembre, 2019). *Twentieth International Congress of Penal Law “Criminal justice and corporate business”*. <http://www.penal.org/en/resolutions-last-congress>
- Bassiouni, M. C. (2010). Crimes against humanity: The case of specialized convention. *Washington University Global Studies Law Review*, 9(4), 575-593. [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_globalstudies/vol9/iss4/2](https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol9/iss4/2)

- Black, C. (abril, 2008). *Crímenes contra el medioambiente en el contexto del derecho penal internacional*. Ponencia presentada en la conferencia Once Lecciones Sobre Justicia Internacional, Zaragoza, España.
- Brosimmer, F. J. (2002). *Ecocide: A short history of the mass extinction of species*. Pluto Press.
- Burns, R., & Lynch, M. (2004). *Environmental crime: A sourcebook*. LFB Scholarly Publishers LLC.
- Clifford, M., & Edwards, T. (2012). *Environmental crime*. Jones & Bartlett Learning.
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1986). Cuarto informe sobre el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial. A/CN.4/398\*. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_398.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_398.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1991). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Parte 2*. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2). [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1991\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1991_v2_p2.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1993). *Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos, Proyecto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*. A/CN.4/448 y Add. 1. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_448.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_448.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1995). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Parte 2*. A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 2). [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1995\\_v2\\_p1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1995_v2_p1.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1995). *Decimotercer informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial*. A/CN.4/466. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_466.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_466.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1996). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Parte 2*. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2). [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1996\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1996). *Documento sobre los crímenes contra el medio ambiente, elaborado por Sr. Christian Tomuschat, miembro de la Comisión*. ILC (XLVIII)/DC/CRD.3. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/ilc\\_xlviii\\_dc\\_crd3.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/ilc_xlviii_dc_crd3.pdf)

- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (1996). *Actas resumidas de las sesiones del 48° período de sesiones*. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/summary\\_records/a\\_cn4\\_sr2453.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/summary_records/a_cn4_sr2453.pdf)
- Comisión de Derecho Internacional [CDI]. (2001). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Segunda Parte*. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2). [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf)
- Comisión Europea. (2000). *Principio de precaución*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l32042&from=ES>
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Informe anual de la Comisión de Derecho Internacional en su 71er período de sesiones*. A/74/10. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/243/96/PDF/G1924396.pdf?OpenElement>
- Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas. (1997). *La realización de los derechos económicos, sociales y culturales*. E/CN.4/Sub.2/1997/8, p. 26. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/129/21/PDF/G9712921.pdf?OpenElement>
- Cusato, E. T. (2017). Beyond symbolism. Problems and prospects with prosecuting environmental destruction before the ICC. *Journal of International Criminal Justice*, 15, 491-507. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqx026>
- de la Cuesta, J. L. (2017). *El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal*. [http://www.penal.org/sites/default/files/Ambiente%20dh%20y%20penal%20Final%20eRIDP\\_0.pdf](http://www.penal.org/sites/default/files/Ambiente%20dh%20y%20penal%20Final%20eRIDP_0.pdf)
- Drumbl, M. A. (1998). Waging war against the world: The need to move from war crimes to environmental crimes. *Fordham International Law Journal*, 22(1), 122-153. <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol22/iss1/3>
- Falk, R. A. (1973). Environmental warfare and ecocide – Facts, appraisal, and proposals. *Bulletin of Peace Proposals*, 4(1), 80- 96. <https://doi.org/10.1177/096701067300400105>
- Gil Gil, A., & Maculan, E. (2019). ¿Qué es el derecho internacional penal? En Autores, *Derecho penal internacional* (pp. 39-52). Editorial Dykinson.
- Gray, M. A. (1996). The international crime of ecocide. *California Western International Law Journal*, 26(2), 215-271. <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1335&context=cwilj>

- Brack, D., Gray, K., & Hayman, G. (2002). *Controlling the international trade in illegally logged timber and wood products*. <https://www.worldtradelaw.net/articles/grayillegaltimber.pdf.download>
- Higgins, P. (2011). *Erradicating Ecocide*. Shephard-Walwyn Publisher Ltd.
- Higgins, P. (2012). *Earth is our business: Changing the rules of the game*. Shephard-Walwyn Publishers Ltd.
- Higgins, P., Short, D., & South, N. (2013). Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law, Social Change*, 59, 251-266. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9413-6>
- Lambert, C. (2017). Environmental destruction in Ecuador: Crimes against humanity under the Rome Statute? *Leiden Journal of International Law*, 30(3), 707-729. <https://doi.org/10.1017/S0922156517000267>
- Manirabona, A. M. (2011). Affaire trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tanto que crimes contre l'humanité. *Revue de Droit International et de droit Compare*, 88(4), 535- 576.
- Márquez Carrasco, C. (2008). Los elementos comunes de los crímenes de lesa la humanidad. *Revista General de Derecho Penal*, 9.
- Mégret, F. (2010). *The challenge of an international environmental criminal law*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1583610>
- Mistura, A. (2018). Is there space for environmental crimes under international criminal law? The impact of the Office of the Prosecutor policy paper on case selection and prioritization on the current legal framework. *Columbia Journal of Environmental Law*, 43(1), 181-226. <https://doi.org/10.7916/cjel.v43i1.3740>
- Muñoz de Morales Romero, M. (Ed.). (2019). Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. *Propuesta de una Convención Internacional sobre Ecocidio y Ecrímenes*. [https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECO-CIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECO-CIDIO_final_PUBLICACION.pdf)
- Neyret, L. (2017). From ecocrimes to ecocide. Protecting the environment through criminal law. *C-EENRG Reports 2017-2*. <https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/system/files/documents/report-002.pdf>

- Nieto Martín, A. (2012). Bases para un futuro derecho internacional penal del medio ambiente. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16.
- Oficina del Fiscal, Corte Penal Internacional [CPI]. (2016). *Policy paper on case selection and prioritization*. [https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915\\_otp-policy\\_case-selection\\_eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf)
- Olasolo, H., & Galain Palermo, P. (2018). *Los desafíos del derecho internacional penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay, Volumen 1*. Tirant lo Blanch.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático*. [https://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. (2016). *Ecocide amendments proposal*. <https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2016/10/ICC-Amendments-Ecocide-ENG-Sept-2016.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, Corte Penal Internacional. (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. A/CONF.183/9. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/234/15/PDF/N9823415.pdf?OpenElement>
- Ramonet, I. (25 de abril de 2020). la pandemia y el sistema mundo. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/ultimas/mundo/2020/04/25/ante-lo-desconocido-la-pandemia-y-el-sistema-mundo-7878.html>
- Rauxloh, R. (2011). The role of international criminal law in environmental protection. En F. N. Botchway (Ed.), *Natural resource investment and Africa's development. New Horizons in Environmental and Energy Law* (pp. 423-461). Cheltenham.
- Serra Palao, P. (2019). Ecocidio: la odisea de un concepto con aspiraciones jurídicas. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 10(2), 1-45. <https://doi.org/10.17345/rcda2662>
- Serra Palao, P. (2020a). Los caracteres básicos del crimen de ecocidio. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102(2), 773-787. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020\\_06\\_Suplemento-102-2-Junio.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_Suplemento-102-2-Junio.pdf)

- Serra Palao, P. (2020b). Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 100, 1-31. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/03/2020\\_04\\_01\\_Serra\\_Impunidad-ambiental-ecocidio.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/03/2020_04_01_Serra_Impunidad-ambiental-ecocidio.pdf)
- Shah, S. (marzo de 2020). ¿De dónde viene el coronavirus? *Le Monde Diplomatique, Edición Chilena*. <https://www.lemondediplomatique.cl/2020/03/de-donde-viene-el-coronavirus.html>
- Smith, T. (2013). Creating a framework for the prosecution of environmental crimes in international criminal law. En W. Schabas, Y. Mcdermott, & N. Hayes (Eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law. Critical Perspectives* (pp. 45-62). Ashgate eBook.
- Stop Ecocide Foudation. (s. f.). *Panel de Expertos Independientes encargado de la definición de ecocidio. Definición y Comentario*. <https://stopecocidio.org/el-panel-de-expertos>
- Teclaff, L. A. (1994). Beyond restoration – The case of ecocide. *Natural Resources Journal*, 34(4), 933-956. <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol34/iss4/6>
- Tomuschat, C. (1996). Crimes against the environment. *Environmental Policy and Law*, 26(6), 242-243. <https://doi.org/10.3233/EPL-1996-26602>
- Unión Europea. (2008). *Legislación de la Unión Europea contra los delitos contra el medio ambiente*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ev0012>
- United Nations Environmental Programme [UNEP]. (2019). *Environmental Rule of Law. First Global Report*. <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>
- Vicente Giménez, T. (2016). El nuevo paradigma de la justicia ecológica y su desarrollo ético-jurídico. En Autor, *Justicia ecológica en la era del Antropoceno* (pp. 11-52). Editorial Trotta.
- Viñuales, J. E. (2017). La protección ambiental en el derecho consuetudinario internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69(2), 71-91. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.1.03>
- Werle, G., & Burghardt. B. (2013). El futuro del derecho penal internacional. *Revista penal*, (31), 247-261.

White, R., & Kramer, R. C. (2015). Critical criminology and the struggle against climate change ecocide. *Critical Criminology*, 23(4), 383-399. <https://doi.org/10.1007/s10612-015-9292-5>

White, R. (2015). Climate change, ecocide and the powerful. En G. Barak (Ed.), *The Routledge book of the crimes of the powerful* (pp. 211-223 ). Routledge.

# Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: el caso de Israel y Palestina, ¿estatolatría beligerante o falta de competencia?\*

Jurisdictional Power of the International Criminal Court: The case of Israel and Palestine, ¿Belligerent Statolatry or Lack of Jurisdiction?

Poder jurisdiccional do Tribunal Penal Internacional: o caso de Israel e da Palestina, estatuto beligerante ou falta de jurisdição?

Juan Carlos Caita-Moreno\*\*

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2021

Fecha de aprobación: 24 de junio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10259>

**Para citar este artículo:** Caita-Moreno, J. C. (2022). Potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional: El caso de Israel y Palestina, ¿estatolatría beligerante o falta de competencia?, *ANIDIP*, 9, 1-23. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10259>

\* Este artículo participó en la Edición 2019 del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal (CEBOS).

\*\* Abogado graduado con Honores por la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la misma casa de estudios. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Università di Bologna (Italia). Máster (Cum Laude) di il livello in Scienze Politiche per la pace e l'Integrazione dei popoli por la Università degli Studi di Salerno (Italia). Magíster en Ciencia Política por la Universidad Católica de Colombia. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Actualmente se encuentra adelantando un Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Università di Bologna (Italia), una Diplomatura en Derechos Humanos en la Universidad Austral (Argentina) y el Título de Experto en Aplicación del Derecho Internacional en Perspectiva Comparada en la Universidad de Mendoza (Argentina) y la Universidad Autónoma de Madrid (España). Ha realizado cursos avanzados en Derechos Humanos, entre los que se destacan: Summer Courses Public International Law and Private International Law, The Hague Academy of International Law (Países Bajos). Correo electrónico: lacrimosajc@hotmail.com

## Resumen

En el año 2015, Palestina suscribió el Estatuto de Roma a pesar de la resistencia férrea y la presión en contrario ejercida por Israel y Estados Unidos, que puso en evidencia la ineficacia de la política exterior y la diplomacia norteamericana en Oriente Medio. Un año antes, en 2014, Palestina se convirtió en “Estado Parte” de la Convención de Viena de 1969 relativa al derecho de los tratados, posiblemente para anticiparse a Israel en la defensa de sus derechos como Estado desde 1948. Una de las principales consecuencias de la pertenencia de Palestina al Estatuto de Roma es, sin duda alguna, la jurisdicción automática de la Corte Penal Internacional (CPI) frente a eventuales crímenes internacionales perpetrados en los territorios controlados por la Autoridad Nacional Palestina (ANP). Frente a estos hechos, se plantearon los siguientes interrogantes: ¿qué consecuencias tiene para Israel el hecho de que Palestina sea el Estado miembro 123 en reconocer la jurisdicción de la CPI? Acaso, ¿no fueron los mismos principios de Núremberg los que inspiraron los juicios contra los criminales nazis que exterminaron el pueblo judío? Como Estado Parte del Estatuto de Roma, ¿logrará Palestina trasladar su histórico conflicto con Israel a La Haya? Y, a su vez, ¿la presión internacional obligará a Israel a ratificar el Estatuto de Roma?

**Palabras claves:** Estatuto de Roma; Israel y Palestina; derecho penal internacional; competencia de la Corte Penal Internacional de La Haya; crímenes de guerra; crímenes internacionales.

## Abstract

In 2015, Palestine signed the Rome Statute, despite the fierce resistance and pressure against it from Israel and the United States, highlighting the ineffectiveness of the latter's foreign policy and diplomacy in the Middle East. A year earlier, in 2014, Palestine became a “State Party” to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, possibly to pre-empt Israel in upholding its rights as a State since 1948. One of the main consequences of the Palestinian membership to the Rome Statute is undoubtedly the automatic jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) over possible international crimes perpetrated in the Palestinian Authority controlled territories. In view of the previous facts, the following questions arise: What are the consequences of Palestine becoming the 123<sup>rd</sup> member State to recognize the jurisdiction of the ICC for Israel? Wasn't it the same Nuremberg principles that inspired the trials of the Nazi criminals who exterminated the

Jewish people? As a “State Party” to the Rome Statute, will Palestine succeed in transferring its historic conflict against Israel to The Hague? And, for that matter, will the international pressure force Israel to ratify the Rome Statute?

**Key words:** Rome Statute; Israel and Palestine; international criminal law; jurisdiction of the International Criminal Court in The Hague; war crimes; international crimes.

## Resumo

Em 2015, a Palestina assinou o Estatuto de Roma, apesar da forte resistência e pressão contrária exercida por Israel e pelos Estados Unidos, destacando a ineficácia da política externa e da diplomacia norte-americana no Oriente Médio. Um ano antes, em 2014, a Palestina se tornou um “Estado Parte” da Convenção de Viena de 1969 sobre a lei dos tratados, possivelmente para antecipar a Israel na defesa de seus direitos como Estado desde 1948. Uma das principais consequências da adesão da Palestina ao Estatuto de Roma é, sem dúvida, a jurisdição automática do Tribunal Penal Internacional (TPI) em face de eventuais crimes internacionais perpetrados nos territórios controlados pela Autoridade Nacional Palestina. Diante desses fatos, surgem as seguintes questões: Quais são as consequências para Israel o fato de a Palestina ser o 123 estado membro a reconhecer a jurisdição do TPI? Talvez, não foram os mesmos princípios de Nuremberg que inspiraram os julgamentos contra os criminosos nazistas que exterminaram o povo judeu? Como Estado Parte do Estatuto de Roma, a Palestina conseguirá transferir seu conflito histórico com Israel para Haia? E, por sua vez, a pressão internacional forçará Israel a ratificar o Estatuto de Roma?

**Palavras-chave:** Estatuto de Roma; Israel e Palestina; Direito Penal Internacional; Jurisdição do Tribunal Penal Internacional de Haia; Crimes de Guerra; Crimes Internacionais.

## Introducción

La Corte Penal Internacional (CPI) es un tribunal permanente y estable. Es, en esencia, la primera jurisdicción internacional con misión y aspiración de universalidad y tiene la facultad de enjuiciar a personas físicas y, en circunstancias particulares, eliminar la responsabilidad penal internacional individual por los crímenes con mayor gravedad y trascendencia en la comunidad internacional. Según lo estipulado en el artículo 5 de su Estatuto, la CPI está facultada para juzgar crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de agresión (Estatuto de Roma, 1998).

En el año 2015, Palestina suscribió el Estatuto de Roma.<sup>1</sup> Una de las principales consecuencias de la pertenencia de Palestina a este es, sin duda alguna, la jurisdicción automática de la CPI frente a posibles crímenes internacionales perpetrados en los territorios controlados por la Autoridad Nacional Palestina (ANP), a propósito de las más recientes incursiones del ejército de Israel en la Franja de Gaza y Cisjordania.<sup>2</sup>

Frente a este hecho, Israel ha mostrado una cierta preocupación, aunque posiblemente no tenga la intención de cooperar con las investigaciones que eventualmente puedan adelantar los fiscales de la CPI, dada su nefasta experiencia con las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que le han condenado en varias ocasiones por su política de construcción de asentamientos en territorios declarados como ocupados (Consejo de Seguridad, 2016).

La postura de Israel en este sentido podría girar en torno al alegato de falta de competencia de la CPI a la hora de investigar a sus soldados y agentes estatales, dado que Israel no es miembro del Estatuto de Roma. Además, dichas acciones pueden interpretarse como una agresión contra Israel, agravando las relaciones con la ANP y agudizando aún más el conflicto sin contar con el malestar que esto generaría en el coloso del norte que, a propósito, tampoco ha ratificado el Estatuto de Roma.

1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998; 12 de julio de 1999; 8 de mayo de 2000; 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Fecha de entrada en vigor: 1º de julio de 2002, Documento A/CONF. 183/9.

2 En su informe a la Asamblea General en 1947, el Comité Especial de las Naciones Unidas sobre la Cuestión de Palestina (UNSCOP) recomendó que los países árabes incluyeran “Galilea occidental, Samaria y las montañas judías, excluyendo la ciudad de Jerusalén y la llanura costera de Estudar a la frontera egipcia”. Pero la división del territorio fue determinada por la línea del armisticio en 1949, que se estableció después de la fundación de Israel y la primera guerra árabe-israelí. Los dos territorios palestinos son Cisjordania (incluida Jerusalén Oriental) y la Franja de Gaza, que están aproximadamente a 45 kilómetros de distancia. Sus áreas son 5970 kilómetros cuadrados y 365 kilómetros cuadrados, respectivamente. Cisjordania se encuentra entre Jerusalén, que tanto palestinos como israelíes afirman es su capital, y Jordania en el este, mientras que Gaza es una franja de 41 kilómetros de largo y 6.12 kilómetros de ancho. Gaza tiene una frontera de 51 kilómetros con Israel, una frontera de 7 kilómetros con Egipto y una costa de 40 kilómetros a lo largo del Mar Mediterráneo.

Por lo expuesto, consideramos que el gran reto que se le plantea a la CPI es el de enfrentar una disyuntiva importante: lograr que la investigación adelantada por los fiscales sea integral e imparcial, para garantizar que los enjuiciados sean de ambas partes, esto es, israelíes y palestinos que hayan cometido crímenes internacionales, dado que ocuparse únicamente de Israel enviaría un mensaje de persecución polarizada, y lograr una investigación autónoma e independiente a pesar de la contraposición política que sugiere desafiar a Estados Unidos.

Así pues, debemos analizar ciertos argumentos esgrimidos por Estados Unidos<sup>3</sup> según los cuales Palestina no tiene calidad plena como Estado, por lo que estaría impedida para suscribir tratados internacionales, particularmente el que le permite pertenecer a la CPI, no obstante haber sido reconocida en 2012 como “Estado Observador No Miembro” por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta circunstancia lo faculta plenamente para celebrar tratados y otros instrumentos internacionales. Así como a analizar la vehemente reacción de Israel ante el más reciente anuncio hecho por la fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, referente a la apertura de una investigación en los territorios controlados por Palestina, esto es, Cisjordania, Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza (Oficina del Fiscal, 2019). Luego de haber realizado un examen preliminar en 2015, la fiscalía estimó que los jueces de la CPI deberían arrogarse la competencia para conocer acerca de presuntos crímenes de guerra cometidos por Israel en el marco de la denominada “marcha del retorno”<sup>4</sup> de 2018 y otros enfrentamientos entre árabes e israelíes, tras lo cual el Primer Ministro Benjamín Netanyahu expresó que la jurisdicción de la CPI no es aplicable a los territorios ocupados, dado que aún se cuestiona la existencia de Palestina como Estado soberano (CNN en español, 2015).

3 Se toman en cuenta, por ejemplo, las expresiones del consejero de Seguridad Nacional de la Casa Blanca, John Bolton, quien ha resucitado argumentos del 2002 —primer mandato del presidente George W. Bush, momento en que Estados Unidos no ratificó el Estatuto de Roma que en ese año creó la CPI— expresando que el Tribunal de La Haya es “*superfluo*” y “*viola la soberanía nacional de los EE. UU.*”. Además, declaró que la indefinición de los delitos que persiguen los “*burócratas de La Haya*” puede constituir un pretexto para investigaciones con motivaciones políticas. A lo que agregó: “¿Entregarían ustedes el destino de los ciudadanos estadounidenses a un comité de otras naciones, incluidas Venezuela y la República Democrática del Congo, o a entidades que ni siquiera son Estados, como la Autoridad Palestina?” (Guimón, 2018).

4 La denominada “Marcha del Retorno”, producida más recientemente en el año 2018, fue iniciada por los palestinos —en sus palabras— para llamar la atención respecto a la lucha de cientos de miles de ellos que han sido expulsados de sus hogares en lo que hoy es Israel. Para Israel, fue una peligrosa provocación que puso en riesgo muchas vidas. La manifestación inició el 30 de marzo de ese año, es decir, en el “día de la Tierra”, en el que los palestinos conmemoran la muerte de seis manifestantes en manos de las fuerzas de seguridad israelíes durante las protestas que se llevaron a cabo ese mismo día en 1976 por la confiscación de sus tierras. La marcha duró hasta diciembre de 2018 y dejó, según la ONU, 189 muertos y 6 100 heridos, entre ellos niños, periodistas y personal de salud.

Además de los argumentos esbozados por el primer ministro israelí, el fiscal general Avijai Mandelblit también cuestionó la decisión de la fiscal Bensouda, en tanto Israel no es parte de la CPI y cualquier solución a la disputa territorial considera que debería hacerse por la vía de la negociación bilateral entre ambas partes (Y net español, 2019; La Vanguardia, 2019).

Una comisión independiente del Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas investigó los sucesos y aseguró tener motivos razonables para creer que los soldados israelíes cometieron violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicó el Informe de la Comisión mencionada anteriormente el 25 de febrero de 2019, que fue debatido en el cuadragésimo periodo de sesiones del CDH (Human Rights Council, 2019). En el citado informe, el CDH consideró que había motivos razonables para creer que los soldados israelíes habían violado el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos durante las manifestaciones de la gran Marcha del Retorno. En las conclusiones del documento se destaca fundamentalmente: el pleno derecho de la población palestina a la libertad de expresión y manifestación, no teniendo Israel derecho a atacar niños, niñas, mujeres, paramédicos, periodistas, discapacitados ni minusválidos; que Israel cometió lo que puede equivaler a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; que las manifestaciones fueron totalmente pacíficas, y se pide, además, a los Altos Comisionados que remitan el caso a la CPI, ya que consideraron que las investigaciones israelíes no fueron serias. Finalmente, el reporte fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU con veintitrés votos a favor.

## 1. La cuestión de la autodeterminación

La libre determinación es uno de los derechos más relevantes y significativos que le corresponden a todo pueblo.<sup>5</sup> La Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 1960, como los pactos internacionales de derechos humanos, estableció que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”. En virtud de este derecho, y conforme a la citada resolución, los pueblos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico,

5 La CIJ, en su opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, afirmó que este es un derecho colectivo cuya titularidad corresponde a los pueblos. En esa oportunidad, la CIJ expresó con suma claridad que el derecho a la autodeterminación corresponde a las “poblaciones”. En consecuencia, no corresponde ese derecho a los dirigentes o gobernantes, sino propiamente a sus poblaciones, esto es, al conjunto de sus habitantes originarios. Solo el conjunto de estos individuos, y no una parte de estos, es titular del derecho y puede disponer de este (CIJ, 1975).

social y cultural. Además, según se establece en su sexto párrafo: “todo intento encaminado a quebrar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Una década después, en una etapa superior de evolución de este principio, la Resolución 2625 (XXV), reguladora de los principios de amistad y cooperación entre los pueblos, afirmó el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el deber de todos los Estados de respetar dicho derecho. Dicho deber incluye la obligación de abstenerse de todo recurso a la fuerza tendiente a privar a los pueblos del ejercicio de su derecho de autodeterminación. Consecuentemente, los pueblos que encuentren resistencias por parte de terceros al ejercicio de este derecho podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Esta resolución consagra, además, el “principio de la no intervención” y el “principio de cooperación pacífica entre los Estados”.

En el conflicto bajo análisis, cualquier posición internacional o proceso de negociación que se haya puesto en marcha en el mismo ha partido siempre de la afirmación de que el pueblo palestino es un “pueblo” en el sentido que le otorga el ordenamiento jurídico internacional y, como tal, tiene o goza del derecho a su libre autodeterminación. En relación con este punto, la afirmación de la subjetividad internacional y el ejercicio del derecho a la autodeterminación del pueblo palestino van de la mano, dado que lo que realmente define la existencia de un pueblo es la titularidad de derechos y obligaciones internacionales, así lo dispuso la CIJ en su opinión consultiva del 9 de julio de 2004. En igual sentido, lo han reconocido en múltiples resoluciones la Asamblea General de la ONU (1971;1974), así como otros organismos de esta. Esto, a su vez, ha sido expresado reiteradamente por la gran mayoría de Estados que conforman la comunidad internacional. La última resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU en marzo de 2019, con 41 votos a favor, 3 en contra y 2 abstenciones expresa principalmente que se afirma el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y deplora la situación de millones de refugiados y desplazados palestinos que han sido desarraigados de sus hogares. Afirma además la aplicabilidad del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales a la situación palestina como componente integral del derecho a la libre determinación y considera que este derecho sigue siendo vulnerado por Israel con la existencia y continua expansión de los asentamientos en el territorio palestino ocupado por lo que exhorta a Israel, potencia ocupante, a poner fin de inmediato a dicha ocupación del territorio palestino, incluida Jerusalén Oriental.

Tal como ya se ha señalado en este trabajo, recientemente se ha manifestado públicamente la decisión de la CPI de indagar respecto de los crímenes denunciados por el gobierno palestino ante esta. La fiscal del caso, Fatou Bensouda, ha dictaminado que existen suficientes motivos para investigar a todas las partes con respecto a los crímenes de guerra cometidos durante la “Operación Margen Protector”, al “crimen de los asentamientos” y los incidentes de disparos a lo largo de la valla de Gaza.

No obstante, a inicios del 2021, la fiscal Bensouda debió esperar la confirmación de si la CPI tiene jurisdicción sobre el caso y, además, cuál sería el alcance de dicha jurisdicción bajo el Estatuto de Roma. Por lo que en marzo pasado, la CPI anunció la apertura de una investigación sobre “crímenes de guerra” cometidos en los territorios palestinos ocupados.

Por su parte, la posición legal del Estado de Israel, conforme la respuesta dada a través del fiscal general es, en primer lugar, que este no es parte de la CPI, por lo tanto, esta no tiene jurisdicción en relación con Israel, y, en segundo lugar, cualquier acción palestina con respecto a la CPI es inválida, ya que solo los “Estados soberanos” pueden delegar su jurisdicción penal en ella. Para Israel, la ANP claramente no cumple con el criterio de un Estado bajo el derecho internacional ni el Estatuto de Roma (Vacas Fernández, 2015).

Comenzaremos a analizar el segundo argumento dado por Israel, con el objetivo de llegar a esta instancia con una mejor evaluación de la situación desde un punto de vista tanto político como jurídico. Para ello, recordemos que Palestina aceptó la competencia de la CPI en enero de 2009 con respecto a los crímenes cometidos en su territorio desde el primero de julio de 2002.<sup>6</sup> No obstante, ese reconocimiento de jurisdicción no surtió los efectos pretendidos.<sup>7</sup> Esto determinó el inicio de un

6 Tal como ya hemos analizado en este trabajo, el 21 de enero de 2009, la ANP emitió una declaración reconociendo la jurisdicción de la CPI de conformidad con el artículo 12, párrafo 3 del Estatuto de Roma, por una duración indeterminada cuyos efectos se fijaban a partir del primero de julio de 2002. Posibilidad prevista en el artículo mencionado, por consiguiente, cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma podrá reconocer la jurisdicción de la CPI, sin que se establezca ningún límite temporal para el reconocimiento de dicha jurisdicción, por lo que quedará a la voluntad del Estado que en ejercicio de su soberanía realice tal reconocimiento el establecer desde cuándo surtirá efectos, con el límite general a la competencia temporal de la CPI, que deriva del principio de irretroactividad penal, que se establece en el artículo 11. 1. de su Estatuto: “La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

7 La ANP no tenía reconocido, como hemos visto, el estatus de “Estado” ni por la Asamblea General de la ONU ni por la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto de Roma. En consecuencia, la declaración de 2009, al haber sido emitida por una entidad no estatal carecía de validez en los términos requeridos por el artículo 12. 3. del Estatuto de Roma. La ausencia de validez de origen, sostiene Vacas Fernández (2015), que no se ha visto afectada por el posterior cambio de Estado de Palestina ante la ONU a raíz de la aprobación de la Resolución 67/19 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 2012, por la que pasó a ser “Estado Observador No Miembro”, ya que carece de efectos retroactivos.

proceso de acercamiento de Palestina a la CPI, que tuvo su continuación casi seis años después, el 31 de diciembre de 2014, con una nueva declaración de reconocimiento de su jurisdicción por parte del “Estado de Palestina”, esta vez desde la perspectiva de la ONU. Este acercamiento culminó el 2 enero de 2015, con el depósito de los instrumentos de adhesión al Estatuto de Roma y al Acuerdo sobre Privilegios e Inmidades de la Corte (ONU, 2002) que marcó el inicio de una nueva etapa en esta relación (Vacas Fernández, 2015).

Desde el punto de vista jurídico, la condición de Palestina como Estado resulta, sin duda, esencial. El Estatuto de Roma exige, tanto en su artículo 12. 3. —en relación con la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte—, como en el artículo 125. 3. —por lo que a la adhesión al Estatuto mismo se refiere—, que una y otra sean realizadas por un Estado.

El reconocimiento de Palestina como Estado, tal como hemos podido apreciar, no se limita al último lustro, más bien, se remonta a décadas atrás, siendo hoy reconocida por 135 países de los 193 que conforman la comunidad internacional institucionalizada. Dicho reconocimiento, aunque relevante, no resulta decisivo por la naturaleza discrecional, política y no constitutiva del mismo. No obstante, uno de los elementos para rechazar la estatalidad de Palestina fue precisamente que no había sido reconocida como un Estado por instituciones internacionales claves, siendo esta —se sostenía— una indicación adicional de que la comunidad internacional no reconoce a Palestina como Estado (Ash, 2009). Concretamente, lo que permitió el cambio de estatus reconocido por la comunidad internacional fue la aprobación de la Resolución 67/19 de noviembre de 2012.

Sin perjuicio de los derechos ya adquiridos por la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), Palestina en las Naciones Unidas pasó de ser entidad no miembro a Estado no miembro. Cabe resaltar que la resolución fue aprobada por el grueso de la Asamblea, a pesar de haber sido radicalmente rechazada por Israel, protagonista en el conflicto árabe-israelí. A partir de esa fecha, el reconocimiento de Palestina como Estado es incuestionable y le abrió la posibilidad de otorgar su consentimiento para obligarse en virtud de tratados internacionales multilaterales amplios, como lo hizo al ser reconocido como miembro de pleno derecho de la Unesco y otros tratados en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Por lo anterior, cabe ahora analizar el tema de la jurisdicción de la CPI. Para ello, desde una perspectiva jurídica, es necesario apelar a las normas vigentes que surgen principalmente del Estatuto de Roma, aclarando que, en relación con los exámenes preliminares, el procedimiento aplicado por la Fiscalía está determinado por el *Documento de política general sobre exámenes preliminares* (CPI, 2019).

Para comenzar, es imperioso abordar la cuestión de la competencia personal, temporal y material de la CPI en relación con el caso que nos ocupa, estableciendo los parámetros generales y particulares a partir de los cuales la CPI posee competencia en este caso y en virtud del cual desplegará toda su actividad, primero, a través de la Fiscalía, en relación con el examen preliminar y, eventualmente, con la apertura de una investigación al respecto que conduzca al resultado final —el procesamiento, en su caso, de determinadas personas—.

Sostiene Olásolo Alonso (2009), en este sentido, que los Estados parte han atribuido a la CPI el poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual derivada del Estatuto de Roma, lo que conforma la llamada “dimensión penal de la potestad jurisdiccional de la Corte” en un “Estado latente”, refiriéndose el citado autor a este fenómeno con la expresión “jurisdicción abstracta de la Corte”. Pero al mismo tiempo, los Estados Parte han establecido los siguientes presupuestos para la activación de esta dimensión penal de la potestad jurisdiccional con respecto a una determinada situación de crisis: a) la inclusión de los parámetros personales, temporales y territoriales que definen la situación de que se trate dentro del ámbito personal, temporal y territorial de la jurisdicción abstracta de la CPI; b) la existencia de un fundamento razonable para creer que en la situación de que se trate se han cometido delitos previstos en el Estatuto de Roma; c) la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los delitos presuntamente cometidos en situación de que se trate (admisibilidad de la situación); d) la ausencia de una solicitud del Consejo de Seguridad, conforme al artículo 16 del Estatuto de Roma, para que la jurisdicción abstracta de la CPI no sea activada con respecto a la situación de que se trate; e) la suficiente gravedad de los delitos presuntamente cometidos en la situación de que se trate, y f) la inexistencia de motivos substanciales para creer que, a pesar de la gravedad de los delitos y de los intereses de las víctimas, la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI sobre la situación de que se trate no redundaría en interés de la justicia. A lo que Olásolo Alonso (2009) agrega:

Solo una vez que la jurisdicción abstracta de la Corte haya sido activada con respecto a una determinada situación mediante la decisión de iniciar, o de autorizar su investigación, la Corte podrá ejercitar su poder para investigar, enjuiciar, declarar y realizar la responsabilidad penal individual que, conforme al Estatuto, haya surgido dentro de los parámetros personales, territoriales y temporales que definan dicha situación (p. 35).

La dimensión de la activación de la potestad jurisdiccional de la CPI puede ejercerse de este modo, a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad como consecuencia de la remisión de una situación o a solicitud de la Fiscalía tras la recepción por esta última de una denuncia. Además, los artículos 15, 18 y 53 del Estatuto de Roma establecen un conjunto ordenado de actuaciones a través de las cuales la CPI ejerce su poder para declarar la concurrencia o no de los presupuestos de activación para, en su caso, activar su jurisdicción abstracta sobre la situación de que se trate. Luego la Fiscalía, bajo la supervisión de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), llevará a cabo la investigación de los delitos previstos en el citado estatuto que se hayan podido cometer en la situación concreta. En esta fase de investigación, que sigue al proceso de activación y precede al proceso penal propiamente dicho, que tiene una naturaleza “preprocesal” en palabras de Olásolo Alonso (2009), la Fiscalía es el órgano responsable de la práctica de aquellas diligencias de investigación que sean necesarias para el descubrimiento de los delitos y la identificación de los presuntos responsables.

Tal como hemos enunciado, el alcance de la potestad jurisdiccional de la CPI está definido por sus ámbitos material, personal, temporal y territorial. De acuerdo con su ámbito material, la jurisdicción abstracta de la CPI se extiende al delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los delitos contra la administración de justicia de la CPI. Por su parte, el artículo 5 (1) del Estatuto de Roma incluye también el “delito de agresión”.

Desde el punto de vista de la competencia personal, queda establecido en el propio estatuto que la competencia de la CPI es en general sobre las personas físicas, sin que su cargo suponga una limitación a ellas. El único límite viene establecido por el artículo 26 del Estatuto de Roma, que excluye de modo general la competencia de la CPI sobre los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen. Aquí es importante tener en cuenta que tanto la Fiscalía de la CPI, como la Sala de Cuestiones Preliminares han señalado repetidamente que la CPI solo va a ejercer su jurisdicción personal en relación con aquellos líderes políticos y militares que tengan mayor responsabilidad por las campañas de delitos previstos en el Estatuto de Roma, presuntamente cometidos en las situaciones de crisis objeto de investigación (Olásolo Alonso, 2009).

En relación con la competencia temporal, el 2 de enero de 2015, Palestina depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma. Conforme a lo establecido en el artículo 126. 2. de dicho estatuto, el mismo ha entrado en vigor para Palestina el primero de abril de 2015. Esto tiene relevancia a fin de determinar la competencia de la CPI *rationae temporis* de acuerdo con el principio de irretroactividad penal

consagrado en el artículo 11. 2.<sup>8</sup> del Estatuto de Roma. Por lo tanto, en principio, será esa fecha a partir de la cual la CPI será competente. No obstante, es importante señalar en este punto que la competencia temporal de la CPI en este caso se ve ampliada en casi un año por efecto de la *Declaración de aceptación de la jurisdicción* de 31 de diciembre de 2014. Mientras la entrada en vigor del estatuto viene regulada por su artículo 126. 2, de acuerdo con la excepción establecida en el artículo 11. 2. *in fine*, en el caso de una declaración del artículo 12. 3, el Estado tiene libertad para determinar el momento a partir del cual consiente “que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate” —con el único límite general de la propia entrada en vigor del Estatuto—. Esto es lo que hizo Palestina, indicando expresamente en su declaración la fecha del 13 de junio de 2014 como el momento a partir del cual reconoce la jurisdicción de la CPI, que coincide con el inicio de la última operación militar de Israel en la Franja de Gaza denominada “Margen Protector”<sup>9</sup> por Israel, que va a resultar decisiva en relación con la competencia material de la CPI, acaecida entre el 8 de julio y el 26 de agosto de 2014.

La Corte afirmó que

entre las resoluciones redactadas de manera similar, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 67/19 [reafirmó] el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y a la independencia en su Estado de Palestina en el territorio palestino ocupado desde 1967.

Por lo cual, la mayoría, conformada por el magistrado Marc Perrin de Brichambaut y por la magistrada Reine Adélaïde Sophie Alapini-Gansou concluyeron que la jurisdicción territorial de la CPI en la situación en Palestina se extiende a los territorios ocupados por Israel desde 1967: Gaza, Cisjordania y Jerusalén Oriental.

8 Estatuto de Roma, artículo 11. 2: “Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12”.

9 Entre el 8 de julio y el 26 de agosto de 2014 Israel ejecutó esta operación militar contra Hamás con fuego de aviación y artillería naval y terrestre en respuesta al asesinato de tres jóvenes israelíes que fueron secuestrados cuando hacían *autostop* en la Cisjordania ocupada y al lanzamiento de cohetes por parte de la milicia. La incursión se saldó, según datos de la ONU, con la muerte de 2251 palestinos —1462 civiles, 551 de ellos niños— y 73 israelíes —67 eran militares y 6 civiles— (La Vanguardia, 2016). Además, se produjeron unos 500000 desplazados internos —sobre un total de 1800000 habitantes de la Franja de Gaza, lo que significa el 27.78% del total—, de los cuales la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA) refugió en sus escuelas-refugio a 292959 personas: 1 de cada 6 gazatíes. La ofensiva militar israelí supuso, además, la destrucción de 17200 viviendas y que más de 100000 personas quedasen sin hogar. A todo ello hay que añadir que diversos centros de la UNRWA, colegios-refugios, fueron atacados, al parecer de forma deliberada —pues el gobierno de Israel conocía su emplazamiento— y sin aviso previo, por el ejército de Israel durante la ofensiva militar, lo que causó decenas de fallecimientos. También fueron atacados hospitales y ambulancias, así como médicos y personal sanitario (Human Rights Council, 2020).

## 2. Competencia de la CPI en el caso de Palestina

Recordemos que la Fiscalía aparece como la institución clave o principal, dado que es ella, de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma, quien puede iniciar la investigación, sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la CPI. En los casos de inicio a instancia de un Estado parte o de oficio por el fiscal, de acuerdo con el artículo 12. 2, debe concurrir alguno de los supuestos mencionados en el artículo para el ejercicio de la competencia de la CPI; es decir, el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave o bien el Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

En el caso concreto de Palestina, por un lado, se cumple dicha condición de competencia tras la declaración de aceptación de la competencia de la CPI de 31 de diciembre de 2014, a contar desde el 13 de junio de 2014. Por otro, la vía que está siendo utilizada es la de la Fiscalía porque, de acuerdo con el artículo 15 del estatuto, el fiscal puede iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la CPI. En este sentido, surge del mencionado *Documento de política general sobre exámenes preliminares*: “Incumbe a la Fiscalía determinar si se cumplen los criterios estatutarios para la iniciación de investigaciones, con sujeción, cuando corresponda, a la autorización judicial”.

El objetivo del examen preliminar es, conforme al artículo 53 del Estatuto, que la Fiscalía evalúe la información de que disponga y, en relación con la misma, decida si iniciará una investigación, a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al estatuto. Para ello, el fiscal tendrá en cuenta si:

- a) la información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) la causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;
- c) existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia.

Según explica Vacas Fernández (2015), se trata de determinar, en primer lugar, si la CPI posee jurisdicción sobre los supuestos crímenes que se recogen en las informaciones que le han llegado al fiscal; en segundo, de establecer que, teniendo competencia la CPI, la situación es admisible de acuerdo con lo establecido en el

artículo 17.<sup>10</sup> Ello implica, en primer término, aplicar el “principio de complementariedad”, según lo establecido en los párrafos a), b) y c) del mencionado artículo; luego, valorar su gravedad de acuerdo con el párrafo d), y, en tercer lugar, sopesar el interés de la justicia en el caso.<sup>11</sup> La relación entre la CPI y los Estados se rige por el llamado “principio de complementariedad” previsto en los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma, cuyo fundamento es un sistema de soberanía compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales que constituye una nueva manifestación del fenómeno de las jurisdicciones concurrentes. Conforme a este principio, la CPI constituye una jurisdicción de *última ratio* que solo puede activarse y posteriormente ejecutarse ante la inacción, la falta de disposición o la incapacidad de las jurisdicciones nacionales. De esta manera se consagra el principio de “primacía formal” de las jurisdicciones nacionales (Olásolo Alonso, 2009).

10 Estatuto de Roma, artículo 17. “1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”.

11 Esta secuencia marca las fases en que se desarrollará la tarea de la fiscalía. Así, en la Fase 1 se realiza un primer análisis de la información recibida, con el objetivo de analizar si los crímenes son de competencia de la CPI o no. De este modo, todas las informaciones que llegan a la Fiscalía se incluirán en alguna de las siguientes categorías: a) las que están manifiestamente fuera de la competencia de la CPI; b) las que se refieren a una situación que ya está bajo examen preliminar; c) las que se refieren a una situación que ya se está investigando o forma la base de un asunto que está siendo enjuiciado por la CPI, y d) las que no están manifiestamente fuera de la competencia de la CPI ni forman parte de una situación bajo examen preliminar o que ya se está investigando o enjuiciando. Las primeras serán desechadas, las segundas y terceras se añadirán al asunto correspondiente en la fase en que se encuentre y solo las del cuarto grupo pasarán a la Fase 2. En esta, se abre de manera formal el examen preliminar sobre la situación correspondiente y se centra en determinar la competencia de la CPI. La Fase 2 culmina con la presentación del fiscal de un informe sobre el artículo 5 del Estatuto de Roma —como señala el *Documento de política general sobre exámenes preliminares*—. En el caso o situación de Palestina, la Fiscalía estableció positivamente la competencia de la CPI, tanto por cumplirse en el caso, a diferencia de lo ocurrido en el 2009, las condiciones establecidas en el artículo 12, como por existir “fundamento razonable” para creer que los supuestos crímenes son competencia de la CPI. La CPI estableció las bases jurisprudenciales para definir el “fundamento razonable”. En la situación *República de Kenia*, expresó que “fundamento razonable” es el umbral probatorio más bajo que establece el estatuto de la CPI, precisamente porque no se ha iniciado la averiguación que provea los elementos para determinar con un grado mayor de contundencia la comprobación de los criterios establecidos en el artículo 53 de Estatuto (CPI, 2012). Respecto de la competencia, interpretó que para que exista “fundamento razonable” se requiere una justificación sensata o razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de competencia de la CPI. Una vez establecida la competencia de la CPI, se pasa a la Fase 3, que se centra en la admisibilidad en términos de complementariedad y gravedad y que culmina con la elaboración de un informe sobre el párrafo 1 del artículo 53, que sirve de base para que el fiscal determine si iniciará una investigación con arreglo al párrafo 1 del artículo 53 (CPI, 2009, pp. 82-83).

En el caso que nos ocupa, sabemos que son dos los Estados implicados: Palestina e Israel. Respecto de Palestina, la declaración de reconocimiento de la jurisdicción de la CPI conlleva en sí misma una asunción de la imposibilidad de establecer por su parte responsabilidad penal en este caso. Por lo que, en relación con los presuntos autores palestinos de crímenes competencia de la CPI —que no hayan sido procesados por Israel—, la respuesta desde el análisis del principio de complementariedad que dé la Fiscalía en este caso debe ser necesariamente positiva.

La cuestión de la complementariedad, de este modo, estará centrada en Israel, Estado con un sistema judicial penal bien establecido, en funcionamiento y efectivo; por lo que no cabe hablar en su caso de incapacidad. En consecuencia, lo que la Fiscalía deberá valorar para determinar la admisibilidad o no de la Situación de Palestina de acuerdo con el principio de complementariedad es la voluntad o disposición del Estado de Israel, siguiendo los parámetros indicados. Es decir, como bien explica Olásolo Alonso (2009), lo primero que hay que determinar es si el Estado ha desarrollado o está desarrollando algún tipo de actuación en relación con los crímenes de competencia de la CPI, de tal modo que el supuesto de ausencia de procedimiento nacional —“inactividad interna”—, es suficiente para que el caso sea admisible. En caso de que el Estado en cuestión haya desarrollado investigaciones o procedimientos penales al respecto, la Fiscalía deberá proceder a analizar si tales actuaciones son “genuinas” —en el sentido de que van realmente dirigidas a establecer la responsabilidad penal sobre quienes cometieron los crímenes— o si, por el contrario, están “viciadas” —por no existir verdadera voluntad o capacidad para hacerlo—. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 17 del Estatuto de Roma, esta no existirá o estará viciada cuando, por ejemplo, el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la CPI, según lo dispuesto en el artículo 5, o que haya habido una demora injustificada en el juicio o que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Respecto a la determinación de la “incapacidad para investigar o enjuiciar”, hay que atenerse a lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo. En este caso, la CPI examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

En este punto nos parece importante destacar la noción de “complementariedad positiva”, que es fijada por la Fiscalía de la CPI como objetivo intermedio o instrumental de su actuación, al indicar que, con el fin de luchar contra la impunidad —fin último de la CPI— tratará de fomentar procedimientos nacionales genuinos, alentando a los Estados para que cumplan con su responsabilidad primordial de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales. El carácter complementario de la CPI requiere que las autoridades judiciales nacionales y la CPI funcionen conjuntamente. En palabras de Olásolo Alonso (2009):

el examen se erige así en un instrumento para que se promueva el fortalecimiento del estado de derecho y de los organismos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que pueden ser estos últimos los que desarrollen las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de competencia de la CPI cometidos en su territorio o por sus nacionales (p. 91).

### **2.1. La CPI y la “Situación de Palestina”. La decisión de la Fiscal de iniciar la investigación del 20 de diciembre de 2019**

El viernes 20 de diciembre de 2019, la fiscal de la CPI anunció su decisión de iniciar una investigación sobre la “Situación de Palestina”. La decisión hace referencia a todas las acciones tomadas en Cisjordania, Jerusalén del Este y la Franja de Gaza desde el 13 de junio de 2014, sosteniendo que hay una base razonable para creer que crímenes de guerra fueron cometidos por las Fuerzas de Defensa israelíes, así como por Hamás y otros grupos armados palestinos (Urgente24, 2020; Aurora, s. f.).

Este anuncio marcó el fin del examen preliminar que comenzó en enero de 2015. Sin embargo, junto con su fallo, la fiscal solicitó que la *división de cuestiones preliminares* dictaminase sobre el alcance de la jurisdicción territorial en este caso. Al respecto, la fiscal observó que, aunque no existe un requisito para que la División de Cuestiones Preliminares autorice el inicio de una investigación, dado que se realizó un examen de conformidad con una referencia explícita de un Estado involucrado (Palestina), solicita la opinión de la cámara frente al alcance de la jurisdicción territorial de la CPI en la situación en Palestina. Específicamente, busca la confirmación de que el “territorio” sobre el cual la CPI puede ejercer su jurisdicción comprende el “Territorio Palestino Ocupado”: Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental, y la Franja de Gaza.

Son importantes los argumentos que da la fiscal por los que cree que Palestina puede ser vista como un Estado a los efectos de la jurisdicción de la CPI. Primero, afirma que la aceptación de la Asamblea General de la ONU de Palestina como

“Estado Observador No Miembro” es suficiente para ese fin. Más allá de este argumento formal, ofrece una revisión detallada de la afirmación alternativa de que Palestina también cumple con las condiciones sustantivas requeridas para la condición de Estado según el derecho internacional. Argumenta, que a pesar de que Palestina no ejerce control total sobre todo el territorio de Cisjordania y Jerusalén del Este —que está bajo control israelí— y la Franja de Gaza —que está bajo el gobierno de Hamás—, debe ser reconocido como un Estado en la totalidad del territorio por tres motivos: primero, dado el reconocido del derecho del pueblo palestino a la libre autodeterminación en el “Territorio Palestino Ocupado”; segundo, dado el impacto perjudicial de las continuas violaciones de Israel del derecho internacional en la construcción de los asentamientos y la valla de seguridad, que impiden la realización de este derecho a la autodeterminación, y tercero, dado que 135 Estados han reconocido al Estado de Palestina.

La fiscal subraya, además, que tratar a Palestina como un Estado es coherente con el objeto y el propósito del Estatuto de Roma de evitar que los criminales de guerra escapen de la justicia, ya que Israel considera que los asentamientos son legales, y que la Corte Suprema, a pesar de su reconocida independencia, dictaminó el asunto “no justiciable”. La fiscal afirma que las limitaciones a la jurisdicción penal de la ANP, según lo establecido en el Acuerdo Provisional, no afectan la posible jurisdicción de la CPI para discutir todos y cada uno de los delitos cometidos en el territorio de Palestina. Además, la falta de control de la ANP sobre Gaza y la incertidumbre con respecto a las fronteras finales de Palestina, no afectan la jurisdicción para discutir crímenes en el territorio que se considera pertenecen a este Estado, incluso si finalmente hay cambios en la frontera como resultado del intercambio de territorios con Israel.

En relación con los posibles crímenes de guerra durante la “Operación Margen Protector” (julio-agosto 2014), la fiscal, quien destacó la independencia de los tribunales israelíes, dejó una apertura para la aceptación del argumento de que, bajo el ya mencionado “principio de complementariedad”, estos incidentes no están dentro de la jurisdicción de la CPI si Israel conduce investigaciones genuinas sobre el asunto, probando que tiene una justicia militar confiable. Es decir, y tal como hemos visto anteriormente, la CPI solo puede tomar acción como último recurso en instancias en las que no hay un sistema de justicia creíble que pueda hacerse cargo de las acusaciones relativas a crímenes de guerra.

En otra parte de la argumentación, se apunta a que Israel podría estar cometiendo un crimen de guerra al promover la construcción de asentamientos en Cisjordania; esto, en virtud de que para el Estatuto de Roma (artículo 8), es un crimen de guerra

[el] traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de este territorio.

Dado que Israel y sus cortes no los ven como un delito de ese tipo, será difícil para Israel argumentar que su sistema legal puede investigar el asunto, por lo que en este punto sí puede intervenir la CPI.

## Conclusiones

De lo expuesto a lo largo de estas páginas, no cabe duda alguna de que Palestina es un pueblo con derecho a que se respete su libre autodeterminación y, a su vez, con determinación a través de la historia para forjar su identidad nacional pese a la ocupación y a los proyectos extranjeros. Dicha determinación en los últimos años le valió el reconocimiento como Estado de la mayor parte de la comunidad internacional.

Palestina, además, ha mostrado reafirmar la búsqueda de la paz como opción estratégica, lo que se tradujo en la realización de negociaciones con Israel —desde ya, infructuosas— a fin de alcanzar ese objetivo, de acuerdo con los principios y fundamentos de la legitimidad internacional, exigiendo básicamente, la retirada total de Israel de todos los territorios árabes ocupados, el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino, en particular, su derecho a la libre autodeterminación y al establecimiento de un Estado independiente con Jerusalén como capital. En este contexto, la política exterior de Palestina se ha enmarcado en criterios como el compromiso con la Carta de las Naciones Unidas, los objetivos y las normas del derecho internacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciendo buenas relaciones con todos los países sobre la base de la igualdad y el respeto mutuo. No obstante, reclama a la ONU la efectiva aplicación de sus numerosas resoluciones como requisito para el logro de una paz justa y duradera en la región, medida unilateral que Israel no está —ni estuvo nunca— dispuesta a aceptar.<sup>12</sup>

La CPI consideró en la revisión preliminar que, en vista de que “se han cometido o se están cometiendo crímenes de guerra” por parte de las Fuerzas de Defensa de Israel y del grupo armado palestino Hamás, las investigaciones en estos lugares son “con base razonable”. En cuanto a los primeros, la oficina cree que atacaron de manera deliberada y desproporcionada a civiles y personal de salud. También

12 Por el contrario, Israel postula una solución bilateral del conflicto, con Estados Unidos como mediador, como el recientemente propuesto Plan de paz para medio Oriente, por parte del expresidente de los Estados Unidos, Donald Trump, que deja los asentamientos en territorio palestino bajo control israelí, respalda la anexión por parte de Israel del Valle del Jordán y propone la creación de un Estado palestino bajo estrictas condiciones (Página12, 2020).

insistió en que los últimos dispararon misiles contra Israel de forma indiscriminada durante la guerra de 2014.

Bensouda declaró en febrero de 2021 que no necesitaba obtener autorización de una de las salas de la CPI para realizar investigaciones en estos territorios, debido a que Palestina se adhirió al Estatuto de Roma desde 2015 y por lo tanto reconoció la competencia de la CPI para investigar delitos y crímenes. No obstante, la tensión es que la investigación se llevará a cabo en los territorios ocupados por Israel, que aún no se han adherido a la CPI.

Del otro lado, Israel continuó con su política de asentamientos en los territorios palestinos ocupados, así como con el bloqueo en la Franja de Gaza y Cisjordania, territorios en los que sobreviven alrededor de 1.4 millones de personas en condiciones sumamente precarias, lo que crea, a su vez, una crisis humanitaria por el bloqueo debido a los altos niveles de pobreza y carencia de elementos básicos para una vida digna. A esto se le suman los ataques perpetrados por las fuerzas militares israelíes que involucran a la población civil y la construcción de un muro que abarca en su mayor parte la ribera occidental —al que se ha llamado “valla de seguridad”—, pero que en realidad constituye una indebida partición y aislamiento de comunidades enteras. En este sentido, y en relación con los demás Estados que conforman la comunidad internacional, la CIJ en su opinión consultiva del 2004, determinó que entre las obligaciones violadas por Israel hay algunas *erga omnes*, como el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, así como ciertas obligaciones bajo el derecho internacional humanitario, las cuales deben ser observadas por todos los Estados debido a que constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, para la CIJ, todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado.

Desde el punto de vista del derecho internacional, entonces, Israel no ha hecho más que demostrar un desprecio hacia el mismo. Como dice Escudero Alday (2009):

Un desprecio que se observa desde hace ya demasiados años en dos grandes ámbitos temáticos y de actuación (...) En primer término, en las cuestiones relativas al llamado “estatuto final”, nombre utilizado para englobar los puntos centrales de conflicto sobre los que el derecho internacional ya se ha pronunciado. Y, en segundo término, en las continuas y flagrantes violaciones por parte del Estado de Israel de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional de los derechos humanos (p. 306).

A su vez, si bien Israel ratificó el Cuarto Convenio de Ginebra en 1951, rechaza su aplicación a los territorios palestinos ocupados basándose en diversos criterios. El no reconocimiento por parte de Israel del carácter de derecho consuetudinario del convenio es un medio para eludir sus obligaciones para instrumentarlo, mientras que su disposición para aceptar las “disposiciones humanitarias” de dicho instrumento internacional ha demostrado ser una promesa incumplida a la luz de las políticas y acciones implementadas a lo largo de los años.

Consecuentemente, Israel rechaza de plano la intervención de la CPI en el conflicto que mantiene con Palestina, argumentando que esta no tiene jurisdicción sobre los territorios ocupados, ya que aplica solo a los Estados soberanos y para Israel, nunca hubo un Estado palestino. Del mismo modo que ha procedido a eludir la aplicación de otros instrumentos internacionales, Israel ha firmado el Tratado de Roma, pero no lo ha ratificado, en una clara intención de sustraerse a su competencia. Por lo tanto, reniega también del derecho penal internacional y, en consecuencia, no creemos que este país vaya a prestar algún tipo de colaboración con la investigación llevada a cabo en el marco del Estatuto de Roma, y menos, proceder a la ratificación de este, aun guiado por la presión internacional respecto del caso. Pese a ello, y tal como desde el punto de vista del derecho penal internacional hemos analizado, en virtud del principio de complementariedad, cabe la posibilidad de que respecto de algunas acusaciones —concretamente sobre los asentamientos ilegales—, la CPI tenga jurisdicción para investigar a Israel.

En nuestra opinión, si bien se sostiene que esta jugada de la ANP puede llevar a un empeoramiento en las relaciones de ambas partes, creemos que enmarcar este conflicto en la jurisdicción de la CPI —y en un escenario ideal— hará que soldados israelíes operando en Gaza y Cisjordania, como así también, militantes terroristas de Hamás, estén bajo su supervisión. Esto podría, por un lado, incentivar a que Israel adecúe sus políticas antiterroristas a los estándares que le reclama la comunidad internacional y por otro, que este país y Al-Fatah (la organización político-militar palestina fundada en 1958 en Kuwait, por Yasser Arafat) puedan trabajar juntos para hacer cumplir las órdenes de arresto de todos los acusados a fin de que puedan ser sentenciados en La Haya. Apostamos, entonces, a que la justicia y la paz, en este caso, puedan ir de la mano.

## Referencias

- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (14 de diciembre, 1960). *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Independence.aspx>
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (24 de octubre, 1970). *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. A/RES/2625(XXV). [https://www.undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/2625\(XXV\)](https://www.undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/2625(XXV))
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (6 de diciembre, 1971). *Importancia de la realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación y de la rápida concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales para la efectiva garantía y observancia de los derechos humanos*. A/RES/2787(XXVI). <https://www.dipublico.org/4026/resolucion-2787-xxvi-de-la-asamblea-general-importancia-de-la-realizacion-universa%C2%ADversal-del-derecho-de-los-pueblos-a-la-libre-determinacion-y-de-la-rapida-concesion-de-la-independencia-a-los-pais/>
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (22 de noviembre, 1974). *Cuestión de Palestina*. A/RES/3236(XXIX). [https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3236\(XXIX\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/3236(XXIX))
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. A/ES-10/273. <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 22 de marzo de 2019*. A/HRC/RES/40/22. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/40/22>
- Ash, R. W. (2009). Is Palestine a 'state'? A response to Professor John Quigley's article. 'The Palestine declaration to the International Criminal Court: The statehood issue.' *Rutgers Law Record*, 36, 186-200. [https://lawrecord.com/files/36\\_Rutgers\\_L\\_Rec\\_186.pdf](https://lawrecord.com/files/36_Rutgers_L_Rec_186.pdf)

- Aurora. (s. f.). *La Corte Penal Internacional sobre Israel: otro paso hacia la investigación*. <https://aurora-israel.co.il/la-corte-penal-internacional-sobre-israel-otro-paso-hacia-la-investigacion/>
- Comité de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. (2020). *The United Nations independent commission of inquiry on the 2014 Gaza conflict*. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/coigazaconflict/pages/report-coigaza.aspx>
- Comité de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas. (2019). *Human rights situation in Palestine and other occupied Arab territories. Report of the independent international commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory*. A/HRC/40/74. <https://digitallibrary.un.org/record/3801176?ln=es>
- CNN en español. (17 de enero de 2015). La Corte Penal Internacional Investiga si Israel cometió crímenes de guerra en Palestina. *CNN en español*. <https://cnnspanol.cnn.com/2015/01/17/la-corte-penal-internacional-investiga-si-israel-cometio-crimenes-de-guerra-en-palestina/>
- Consejo de Seguridad, Organización de las Naciones Unidas. Resolución 2334(2016) (23 diciembre 2016). S/RES/2334. <https://www.dipublico.org/104780/resolucion-2334-2016-consejo-de-seguridad-de-las-naciones-unidas-sres2334/>
- Corte Penal Internacional. (1998). *Estatuto de Roma*. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Escudero Alday, R. (2009). Israel, democracia y derecho internacional. *Nombres Revista de Filosofía*, (23), 305-331. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/article/view/2501>
- Dreifus, M. (20 de diciembre de 2019). Israel condena la decisión de La Haya. *Y Net Español*. <https://www.ynetespanol.com/global/israel/article/r100BgDc0S>
- Guimón, P. (11 de septiembre de 2018). ee. uu. arremete contra el tribunal de La Haya y amenaza con sancionar a sus jueces. *El País*. [https://elpais.com/internacional/2018/09/10/estados\\_unidos/1536602005\\_815622.html](https://elpais.com/internacional/2018/09/10/estados_unidos/1536602005_815622.html)
- La Vanguardia. (26 de agosto de 2016). Se cumplen 2 años de la operación “Margen Protector” con más de 2300 muertos. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20160826/404206796024/se-cumplen-2-anos-de-la-operacion-margen-protector-con-mas-de-2300-muertos.html>

- La Vanguardia. (20 de diciembre de 2019). La Corte Penal Internacional investigará a Israel por presuntos “crímenes de guerra” en Palestina. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/internacional/20191220/472370940070/corte-penal-internacional-investigara-israel-crimes-guerra-palestina.html>
- México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. *Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional* (26 de octubre de 2007). <https://www.cndh.org.mx/DocTR/2016/JUR/A70/01/JUR-20170331-II98.pdf>
- Oficina del Fiscal, Corte Penal Internacional. (2013). *Documento de política general sobre exámenes preliminares*. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>
- Oficina del Fiscal, Corte Penal Internacional. (2019). *Report on preliminary examination activities (2019)*. <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>
- Olásolo Alonso, H. (2009). *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Diké.
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia*. ST/LEG/SER.F/1. [https://legal.un.org/icsjsummaries/documents/spanish/st\\_leg\\_serf1.pdf](https://legal.un.org/icsjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf)
- Sala de Apelaciones, Corte Penal Internacional. (2011). Situación en la república de Kenya en la causa de *El Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang*. ICC-01/09-01/11 OA. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_02708.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_02708.PDF)
- Urgente 24. (21 de enero, 2020). La batalla que se viene entre Israel y la Corte Penal Internacional. *Urgente 24*. <https://urgente24.com/medios/exclusivo-24/la-batalla-que-se-viene-entre-israel-y-la-corte-penal-internacional>
- Página 12. (29 de enero de 2020). Trump ideó un plan de paz a la medida de Israel. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/244380-trump-ideo-un-plan-de-paz-a-la-medida-de-israel>
- Vacas Fernández, F. (2015). El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (30), 1-43. <https://doi.org/10.17103/reei.30.12>

# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS

## en la X Edición del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

La responsabilidad de crecer en un conflicto armado

*Laura Daniela Useche Acevedo*

Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados  
esencialistas en la Corte Penal Internacional

*Silvina Sánchez Mera*

El interés de la justicia en el Estatuto de Roma: un análisis  
a partir de las decisiones en la situación de Afganistán

*Alejandro Sánchez Frías*

# La responsabilidad de crecer en un conflicto armado\*

The Responsibility of Growing Up within an Armed Conflict

A responsabilidade de crescer no conflito

Laura Daniela Useche Acevedo\*\*

**Fecha de recepción:** 26 de abril de 2021

**Fecha de aprobación:** 22 de julio de 2021

**Doi:** <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11011>

**Para citar este artículo:** Useche Acevedo, L. D. (2022). La responsabilidad de crecer en un conflicto armado. *ANIDIP*, 9, 1-26. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11011>

## Resumen

Pese al acuerdo sobre la proscripción del reclutamiento de menores representado principalmente en su carácter de crimen de guerra, no es claro si quienes cumplen la mayoría de edad al interior del grupo armado son sujetos de protección o deben responder ante la justicia penal por los crímenes cometidos, así como el alcance de esta responsabilidad. Dentro de la Corte Penal Internacional (CPI) la dualidad de criterios se hace evidente cuando, por un lado, se condena únicamente por reclutamiento de menores a Thomas Lubanga, pero a la vez se juzga de manera plena a Dominic Ongwen por los crímenes cometidos siendo mayor de edad sin tener en cuenta su temprano reclutamiento.

De la misma manera, en el escenario colombiano existen posturas a favor y en contra de la responsabilidad, aunque la justicia ordinaria se ha decantado por una eventual responsabilidad por hechos cometidos durante la minoría de edad, pero responsabilidad plena para aquellos perpetrados siendo mayor. Así, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) se enfrenta a un escenario en el que

\* El presente artículo es producto de investigación en el marco del Observatorio del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y garantía de No Repetición del acuerdo final de paz (SIVJRNR) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

\*\* Abogada especialista en derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora junior de la Escuela de investigación y Pensamiento penal -Luis Carlos Pérez- Polcrymed, de la Universidad Nacional de Colombia y coordinadora académica del Observatorio del SIVJRNR.

deberá conciliar argumentos contradictorios y hacer uso efectivo de sus características únicas con el fin de lograr verdadera justicia para todas las víctimas del conflicto colombiano.

**Palabras Clave:** reclutamiento de menores; responsabilidad penal; conflicto armado; criterio etario; protección a la infancia.

### **Abstract**

Despite the consensus on the prohibition of child recruitment, represented mainly in its character of war crime, it is not clear if those who reach the age of majority inside an armed group are subjects of special protection, or if they should be held accountable before criminal justice for the crimes they have committed, and the scope of this responsibility is unclear as well. Within the International Criminal Court, double standards are evident when, on the one hand, it condemns Thomas Lubanga only for child recruitment, but on the other, fully judges Dominic Ongwen for the crimes committed as an adult, without considering his early recruitment.

Similarly, in the Colombian scenario there are positions for and against such responsibility. However, the justice system has opted for eventual liability for crimes committed as minors but full responsibility for those committed while adults. Thus, the Special Jurisdiction for Peace faces a scenario in which it must reconcile contradictory arguments and make an effective use of its unique characteristics effectively to accomplish true justice for all the victims of the Colombian armed conflict.

**Keywords:** Child recruitment; criminal responsibility; armed conflict; age criterion; child protection.

### **Resumo**

Apesar do acordo sobre a proscrição do recrutamento de menores representado principalmente no seu caráter de crime de guerra, não é claro sim quem cumpre a maioria de idade ao interior do grupo armado é sujeito de proteção ou deve responder ante a justiça penal pelos crimes cometidos, assim como o alcance desta responsabilidade. Ao interior da Corte Penal Internacional a dualidade de critérios é evidente quando, por um lado, é condenado unicamente por recrutamento de menores a Thomas Lubanga, mas à mesma vez é julgado de maneira plena Dominic Ongwen pelos crimes cometidos sendo maior de idade sem ter em conta seu recrutamento precoce. Do mesmo jeito, no cenário colombiano existem posturas a favor e em contra da responsabilidade pelos atos cometidos sendo menor de idade,

mas responsabilidade plena pelas ações perpetradas sendo maior. Assim, a Jurisdição Especial para a Paz está enfrentada a um cenário no que deverá conciliar argumentos contraditórios e fazer uso efetivo das suas características únicas com o fim de lograr verdadeira justiça para todas as vítimas do conflito colombiano.

**Palavras-chave:** recrutamento de menores; responsabilidade penal; conflito armado; critério etário; proteção à infância.

En mi vida me han criticado solo por mi pasado, pero nadie sabe que yo solo tenía una bifurcación. Me tocó elegir, elegí un camino, porque creía que era el mejor, solo me equivoqué y de ahí empezó mi horrible pasado (que quiero olvidar).

Bandy Brayan-15 años<sup>1</sup>

## Introducción

Al reconocer la existencia de conflictos armados en el mundo actual de inmediato hay consenso respecto a la necesidad de proteger a los niños que se encuentran inmersos en ellos,<sup>2</sup> por medio del reconocimiento de las características que los hacen altamente vulnerables. Como medida de protección sobresaliente, se ha identificado la necesidad de acabar con el reclutamiento de menores,<sup>3</sup> una práctica que tristemente persiste en los conflictos.

Cuando un niño es reclutado se somete a múltiples flagelos que destruyen su vida y su integridad, pues es víctima de daños físicos y psicológicos que afectan su vida adulta.<sup>4</sup> A pesar de esta claridad, subsisten indeterminaciones a la hora de establecer la responsabilidad penal que deben enfrentar quienes fueron reclutados

- 1 Fragmento del poema titulado “Mi pasado aún no me ha derrotado”, publicado como parte de los escritos de niños, niñas y adolescentes que han sufrido de manera directa el conflicto armado y que se encuentran en proceso de restablecimiento de derechos en la Fundación Benposta (Fundación Fahrenheit et al., 2019).
- 2 Los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos establecen protección específica para los niños en conflictos armados. Además, deben observarse los derechos garantizados en la Convención sobre los Derechos del Niño (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], 2007). Estos instrumentos han sido ratificados por casi todos los países del mundo.
- 3 Esta práctica se encuentra proscrita en diversos tratados internacionales y tipificada en casi todos los países del mundo, como se verá más adelante.
- 4 De acuerdo con el estudio de Elisabeth Schauer presentado ante la CPI, estas experiencias generan dificultad en el desarrollo de los niños. La autora resalta que muchos presentan desorden de estrés postraumático, el cual tiende a permanecer. Además, muchos abusan de drogas o alcohol, sufren depresión y disociación, tienen problemas de aprendizaje y muestran conductas altamente violentas (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012b, párr. 39-41).

siendo menores de edad pero alcanzaron la mayoría de edad al interior del grupo, cuya respuesta representa un enorme desafío para la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en el marco del proceso de paz colombiano.

Con el fin de identificar no solo cuáles son las opciones con las que cuenta esta jurisdicción, sino además determinar cuál es el camino más conveniente, en el presente documento se abordará: (i) el contexto internacional de conflicto y los diferentes postulados que reconocen la gravedad del reclutamiento forzado de menores y sus secuelas; (ii) la forma en la que la Corte Penal Internacional (CPI) ha lidiado con las dos caras de este fenómeno; (iii) las respuestas que desde el derecho colombiano se han dado a la posibilidad de juzgamiento de víctimas del reclutamiento, y (iv) el planteamiento de la tesis con la que se busca la solución más adecuada dentro de los procedimientos adelantados por la JEP.

## 1. Los niños de un mundo en conflicto

En 1945, después de dos guerras atroces, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue creada con el fin de conservar la paz y la seguridad. Desde entonces, el mundo no ha vivido una conflagración interestatal de las dimensiones previas, pero ello está lejos de demostrar que la ONU ha cumplido su objetivo. A pesar de que los conflictos internacionales se han reducido, los enfrentamientos están lejos de desaparecer; incluso, podemos decir que han aumentado en número, duración e impacto;<sup>5</sup> se han vuelto más fragmentados, atravesados por el uso de nuevas tecnologías (ONU, 2020) y ponen en mayor riesgo a la población y bienes civiles (CICR, 2013).

Estos conflictos armados generan un gran impacto en las sociedades que los viven, perjudicando a millones, de diversas formas que van desde la muerte y el desplazamiento hasta rezagos en el desarrollo nacional. A su vez, los Estados que no los sufren directamente deben hacer frente a problemáticas como la creciente proliferación de refugiados.<sup>6</sup>

Aunque el conflicto tiene efectos generalizados, no todos los grupos poblacionales enfrentan las mismas consecuencias. Las mujeres, por ejemplo, suelen ser sujeto de humillaciones tanto por sus funciones biológicas como por los roles de género, e incluso cuando no son víctimas directas, la pérdida del hombre de quien son hijas, madres o esposas a menudo las conduce a situaciones de pobreza y exclusión (Dewhirst

5 En la actualidad, de los 21 países en los que el CICR mantiene operaciones clave, 6 causaron el mayor número de víctimas en 2019: Yemen (5 años); Siria (9 años); Sudán del Sur (7 años); Somalia (30 años) y Afganistán e Irak (20 años cada uno) (ACNUR, 2020).

6 En 2018 cerca de 70.8 millones de personas se encontraban desplazadas forzosamente de sus hogares y el número de refugiados alcanzó los 25.9 millones. Uno de cada dos refugiados era un niño o niña, muchos de los cuales se hallaban solos o sin sus familias (ACNUR, 2019).

& Kapur, 2015). Este impacto diferenciado también ha sido reconocido para la población LGBTI, que experimenta violencia por motivos discriminatorios exacerbados (Sandoval, 2020), así como las comunidades afro, campesina o indígena.

Los niños también sufren desproporcionadamente los impactos de la guerra. Quienes nacen en medio de un conflicto son parte de este sin entender sus causas y quedan expuestos a sus consecuencias. Numerosos niños son asesinados o mutilados por el uso indiscriminado de armas,<sup>7</sup> son separados de su familia y desarraigados de su territorio, muchas veces quedan huérfanos o desprovistos de cuidado, y las circunstancias del enfrentamiento tienen secuelas en su desarrollo.

Los niños no solo sufren los efectos de la guerra, sino que además son utilizados como instrumentos. Las fuerzas combatientes tienden al reclutamiento de menores porque un niño soldado tiene ventajas frente a los adultos: es más obediente e influenciable, resulta menos costoso, es más discreto y menos propenso a huir (CICR, 2019). Por esto, en 2015 todavía en 18 países se mantenía esta práctica,<sup>8</sup> en al menos 7 de ellos también se utilizan niñas,<sup>9</sup> y alrededor de 51 grupos armados documentados por la ONU reclutaban menores<sup>10</sup> (Save the Children, 2015).

A su vez, muchos niños deciden enlistarse como efecto de otras consecuencias del conflicto: su familia no cuenta con los medios económicos para garantizarles su manutención o no tienen una familia que cuide de ellos y ven en el grupo armado la única manera de obtener alimento y vestido. Otras veces toman la decisión porque debieron abandonar sus estudios y creen que esa es la única manera de tener un futuro o porque al sentirse amenazados buscan protegerse (Machel, 1996).

Una vez ingresan al grupo armado, sin importar la forma en la que llegaron, su infancia es destruida. Se separan de su familia y amigos, pierden cualquier posibilidad de acceder a educación y son altamente vulnerables a ser heridos, asesinados o encarcelados. Además, son sujetos de violencia psicológica, son muy impresionables y los traumas generados por los eventos dramáticos que presenciaron o las atrocidades que debieron cometer continúan siendo revividos aun años después de su desvinculación (CICR, 2019).

El adoctrinamiento también trae consecuencias desastrosas pues, en una edad en la que identifican su posición en el mundo, el ensalzamiento de las actividades bélicas, el rechazo a quienes son considerados “enemigos” y la atracción frente a prácticas atroces marcan su desarrollo y su futuro. Crecer en estas condiciones

7 En 2019, la ONU documentó más de 10000 casos de niños muertos o mutilados (ONU, 2020).

8 Siria, República Centroafricana, Afganistán, Colombia, Costa de Marfil, Filipinas, Irak, Líbano, Mali, Nigeria, Myanmar, Pakistán, Somalia, Sudán del Sur, Sudán, República Democrática del Congo, Tailandia y Yemen.

9 Cerca del 40 % de los menores al interior de grupos armados son niñas (Drumbl, 2015).

10 Entre los que se encuentran Boko Haram, el Estado Islámico y las FARC-EP.

hace que quienes logran desvincularse del grupo armado tengan dificultades para reincorporarse a la sociedad (Machel, 1996).

Con el reconocimiento de estos impactos, la prohibición del reclutamiento de niños y niñas ha sido identificada como parte del derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados (Norma 136, Reclutamiento de niños, s. f.) y establecida reiteradamente en instrumentos globales y regionales.<sup>11</sup> De la misma manera, organismos internacionales se han pronunciado sobre la importancia de acabar con esta práctica<sup>12</sup> y las legislaciones de casi todos los países han integrado dicha prohibición.<sup>13</sup>

Pero la condena internacional al reclutamiento de menores de 15 años<sup>14</sup> se cristalizó con el reconocimiento de que su práctica constituye un crimen de guerra (CG), de conformidad con los artículos 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) del Estatuto de Roma (ER) de la CPI. Con ello, se lo identifica como uno de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional de conformidad con el inciso 4 del preámbulo del ER.

Sin embargo, este rechazo que parece contundente se torna difuso cuando se considera la transitoriedad de la niñez. Un niño reclutado no será siempre un niño, y pronto la protección desaparece, dejándolo a la deriva si no ha logrado desvincularse del grupo antes de ser considerado legalmente como un adulto. Aunque las secuelas de la vinculación temprana no desaparecen, judicialmente cambia su tratamiento y mientras el CICR (2019) insta a los Estados a abstenerse de enjuiciar a los niños y considerarlos principalmente como víctimas, cuando se trata de mayores de edad no es claro si estas consideraciones deben mantenerse o si debe imponerse responsabilidad, evento en el que resulta dudoso su alcance.

¿Qué tan responsable es una persona que ha continuado su vida adulta al interior de un grupo armado, cuando ha sido reclutada siendo menor? Este crimen le ha robado su infancia, le ha impedido el acceso a otras formas de vida, lo ha

11 Protocolo I y II adicional a los Convenios de Ginebra, Artículos 77(2) y 4(3)(c) respectivamente; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 38(3); Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, Artículo 22; Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, Artículos 1 y 3(a); Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados; Compromisos de París para proteger a las niñas y niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados; Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados.

12 Resoluciones 1261, 1612, 1882 y 1998 del Consejo de Seguridad de la ONU; Organización para la Unidad Africana, Resolución 1659; XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Resolución IX; XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Resolución 2; Corte IDH, Caso Vargas Areco v. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, parr. 111-129.

13 Entre otros: Alemania, Azerbaiyán, Australia, Bangladesh, Colombia, Congo, Filipinas, Malaisia, Jordania, Países Bajos, Nueva Zelanda, Reino Unido y Ucrania.

14 El ER estableció la edad límite en 15 años, aunque otros instrumentos internacionales y nacionales la han determinado en 18 años. Actualmente se considera totalmente prohibido el reclutamiento de menores de 15 años, y el de jóvenes entre 15 y 18 aceptable excepcionalmente.

aislado de su entorno y le ha enseñado únicamente la guerra. Con la avenida de un cumpleaños, la ley se torna exigente y las normas parecen imponerle la carga de desvincularse, sin tener en cuenta que los jóvenes adultos sufren el mismo daño que los niños mayores (Drumbl, 2015).

## 2. Las dos caras de un mismo fenómeno

En poco más de 20 años de existencia, la CPI ha estudiado la comisión del CG de reclutamiento de menores respecto de seis acusados,<sup>15</sup> lo que evidencia la magnitud del fenómeno si se tiene en cuenta que hasta el momento se han investigado situaciones de 13 países, de las cuales únicamente 9 tienen casos abiertos y que la CPI no está llamada a juzgar a todos los responsables.<sup>16</sup> La importancia de esta conducta se hace aun más evidente por el hecho de que su primera condena, en contra de Thomas Lubanga, se fundamentó exclusivamente en este CG.

En la situación de la República Democrática del Congo (RDC), Lubanga emprendió una campaña de reclutamiento de jóvenes dentro del ala armada del movimiento Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), en la que la aptitud para ser miembro se definía por las capacidades físicas y no por la edad, lo que llevó al enlistamiento de cientos de menores de 15 años<sup>17</sup> (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 764 y 785).

Los niños reclutados eran sometidos a un régimen de entrenamiento igual al de los adultos y una vez terminado eran dispuestos para el cumplimiento de diferentes roles: algunos eran enviados a campos de batalla, otros usados como guardias y muchos más preferidos por los comandantes, incluido Lubanga, como guardaespaldas (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 889 y 1277). Para las niñas, la situación resultaba peor pues, además, debían atender labores domésticas y eran obligadas a proporcionar servicios sexuales, lo que implicaba que resultaran embarazadas y fueran sometidas a abortos, fueran altamente vulnerables al contagio de enfermedades y que, en caso de lograr la desvinculación, fueran rechazadas por sus familias y estigmatizadas por la comunidad (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 892).

Las circunstancias del reclutamiento y sus consecuencias fueron reconocidas por la CPI como elemento central para la condena. En su análisis, identifica que con este CG se reconoce la vulnerabilidad de los niños y la necesidad de una protección especial

15 Joseph Kony, Thomas Lubanga, Bosco Ntaganda, Dominic Ongwen, Alfred Yekatom y Patrice-Edouard Ngaiissona.

16 El grado de responsabilidad de los presuntos perpetradores es un criterio de selección para la fiscalía, debiendo conducir investigaciones solo respecto de quienes parecen ser los máximos responsables (Fiscalía de la CPI, 2016).

17 De acuerdo con el informe presentado por el Grupo de Víctimas 01, aproximadamente 2900 menores de 15 años fueron enlistados en el FPLC (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012b, párr. 46).

que garantice su bienestar físico y psicológico no solo frente a las lesiones, sino respecto del trauma que puede causarles la separación de sus familias, el abandono de los estudios y la exposición a un ambiente de violencia y miedo (*The Prosecutor v. Thomas Lubanga*, 2012a, párr. 605). Así, el fin de este tipo de CG se fundamenta no en el reclutamiento en sí mismo sino en lo que implica para los niños.<sup>18</sup>

La condena, que resultaba histórica no solo por su privilegiada posición en el tiempo, sino por enviar un mensaje contundente de repudio a esta práctica, rápidamente fue celebrada por organizaciones internacionales. Así, Unicef (2012) la calificó como una “victoria fundamental” que envió el mensaje a los grupos armados de que la utilización de niños no será tolerada. De la misma manera, Human Rights Watch (2012) la consideró un primer paso en la justicia para los miles de niños obligados a luchar, y una manera de crear conciencia sobre la difícil situación que enfrentan. Pero mientras en el caso Lubanga se hablaba con orgullo de la protección contundente que la comunidad internacional le brindaba a la niñez, al interior de la CPI se juzgaba la responsabilidad de un niño soldado, ahora adulto, en la comisión de Crímenes de Lesa Humanidad (CLH) y CG: Dominic Ongwen.

Aunque los registros de nacimiento ugandeses son deficientes, en Decisión de Confirmación de Cargos (DCC) y de acuerdo con los postulados de la fiscalía, la Sala determinó que Ongwen nació en 1975 (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, decisión 1) y fue reclutado por el Ejército de Resistencia del Señor (ERS) en 1987, cuando tenía apenas 12 años. Los cálculos de la defensa, que se fundamentan en testimonios, son más radicales y afirman que el año de nacimiento es 1978, lo que lleva a pensar que fue reclutado cuando bordeaba los 9 años (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 11 y12).

En su escrito para la audiencia de confirmación de cargos, la defensa relató las circunstancias y el contexto que determinaron su participación en el conflicto. Ongwen fue reclutado mientras iba a su escuela, cuando su madre lo buscaba fue asesinada. De su padre nunca se supo, pero se presume que también fue asesinado. A temprana edad Dominic fue golpeado, torturado, testigo de actos despreciables y obligado a cometerlos por su mano (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 2 y 3). El mismo Ongwen declara que él es una víctima del ERS y que este grupo arruinó su vida mucho antes de que pudiese tener consciencia de ello (BBC Mundo, 2016).

18 Esta finalidad fue reconocida en el juicio a Ntaganda, en el que la Sala señaló que el propósito es proteger a los niños frente a la participación activa en hostilidades y los riesgos que ello representa en su vida y bienestar (*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, 2019, párr. 1108).

La Sala de Cuestiones Preliminares II, sin embargo, considera que estos argumentos carecen de fundamento jurídico. En su lugar, señala que Ongwen tuvo alternativas para evitar o minimizar la comisión de crímenes, y que no existió coacción ni ninguna otra circunstancia que lo relevara de su responsabilidad, confirmando así los 70 cargos imputados (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2016a, párr. 150-156).

En sus alegatos previos al juicio, la defensa propuso nuevamente la calidad de víctima en el centro del debate. En su opinión, la CPI falla en el reconocimiento de esta calidad y de sus consecuencias a largo plazo al considerar que estas desaparecen una vez cumplida la mayoría de edad y adoptar una visión en la que se impone un estatus de víctima/perpetrador en contravía del paradigma según el cual “una víctima siempre será una víctima” (Defence for Dominic Ongwen, 2020, párr. 11-12). Como eximentes de responsabilidad, la defensa propone las causales previstas en el artículo 31(1) literales (a)<sup>19</sup> y (d)<sup>20</sup> del ER.

La CPI analizó estos dos argumentos y concluyó que ninguno de ellos tiene asidero. Ongwen no tiene rastros de ninguna enfermedad mental ni existen pruebas de la existencia de coacción, y se advierten crímenes que fueron cometidos en privado, así como de la posibilidad de huir bien conocida dentro del grupo. De forma más contundente, la CPI establece que su calidad de víctima no constituye una defensa de los crímenes que hubiese cometido en la edad adulta. De esta manera termina encontrándolo culpable de 61 cargos (*The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, 2021, párr. 2668-2672).

El análisis de la CPI en este último caso es juicioso en cuanto a los elementos legales, pero aborda muy poco la calidad de víctima de Ongwen o la manera en que sus derechos como víctima deben ser garantizados. Si bien es cierto, esta calidad por sí sola no exime de la responsabilidad por crímenes posteriores, tampoco parece correcto desconocer las consecuencias de un CG que, como en el caso *Lubanga*, han sido ampliamente reprochadas.

El solo hecho de que se hayan adelantado estos juicios de manera casi consecutiva deja ver el alcance del fenómeno en el que niños víctimas se convierten en adultos victimarios. El contexto no es irrelevante y genera preguntas complejas: ¿podría Dominic Ongwen ser acreditado como víctima en el juicio en contra de su captor Joseph Kony? ¿Podría una de las víctimas en el caso *Lubanga* ser juzgada por los crímenes que hubiese podido cometer al interior del FPLC? Hasta ahora ambas respuestas parecen afirmativas.

19 Enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de la conducta.

20 Coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esta amenaza.

### 3. Niños luchando en una guerra perpetua

Colombia ha vivido uno de los enfrentamientos más largos y mortíferos del mundo. Se formalizó en la década de los 60 pero hunde sus raíces en los 40 (Niño, 2017), y sus causas son una conjunción entre tensiones por la tierra y abandono estatal, se trata de un conflicto rural (Giraldo, 2015) que con el paso de los años adoptó intereses económicos y políticos.

Los efectos de una guerra tan prolongada son abrumadores. Las cifras oficiales hablan de 8553416 víctimas nacionales, de las cuales 1335742 son menores de 18 años (RNI, 2020). Estas cifras tienen además un alto índice de subregistro debido al inicio tardío en la recolección, el no reconocimiento del conflicto, difícil acceso a ciertas zonas, ausencia de procedimientos, dificultad para definir modalidades de violencia, políticas de silenciamiento y falta de confianza en las instituciones (Centro Nacional de Memoria histórica [CNMH], 2018).

Las cifras son igualmente alarmantes en cuanto al fenómeno de reclutamiento de menores. Según datos del Gobierno, entre 2002 y 2020 14200 niños fueron reclutados por grupos armados ilegales, en su mayoría las FARC-EP (58%), y 8794 alcanzaron la mayoría de edad dentro de las filas (El Tiempo, 2020). A su vez, de acuerdo con datos del CNMH, desde 1960 hasta 2016 la cifra de reclutados alcanza los 16879 (CNMH, 2017).

En Colombia el reclutamiento ha adoptado diversos métodos de incorporación y uso de niños y guarda una estrecha relación con el territorio y la presencia estatal,<sup>21</sup> los diferentes momentos de la guerra<sup>22</sup> y las políticas internas de cada grupo.<sup>23</sup> A diferencia de sus homólogos, en Colombia ha sido mayoritaria la incorporación voluntaria (CNMH, 2017).

En materia jurídica, de manera similar a lo previsto en el ER, el artículo 162 del Código Penal establece el reclutamiento ilícito como un delito en el marco del conflicto armado, pero eleva la edad permitida para la participación en hostilidades de 15 a 18 años, determinando un escenario nacional más garantista.<sup>24</sup>

21 Las zonas de mayor reclutamiento son las que han tenido mayor presencia y dominio de los actores armados, en las que existen precarias condiciones económicas y sociales.

22 Por ejemplo, el ingreso aumenta cuando hay necesidad de defender el territorio, incursionar en otro o se reconfiguran los actores. Así mismo, crece la desvinculación cuando se desgastan las estructuras o se implementan planes contra insurgentes exitosos.

23 Los grupos guerrilleros reclutaban mayoritariamente mediante la persuasión, mientras que los paramilitares lo hacían intercambiando dinero.

24 Colombia formuló reserva a la Convención sobre los Derechos del Niño en la que señaló que para efectos de las disposiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 38, se entiende que la edad es de 18 años.

Así mismo, las tres altas cortes del país han rechazado el reclutamiento, señalando que deja huellas imborrables en personas vulnerables e inocentes y afecta el futuro de toda la nación, lo que hace totalmente inaceptable su práctica (Corte Suprema de Justicia, 2012, p. 48), pues va en contra de la prevalencia de los derechos del menor y es además una vulneración de los DDHH y del DIH y un crimen internacional (Corte Constitucional, 2009, párr. 5), fundando la proscripción de participación en la guerra en la falta de madurez física y mental (Consejo de Estado, 2016, párr. 12).

Los problemas aparecen a la hora de aplicar estos conceptos en la realidad colombiana. La calidad de víctimas fue reconocida en el artículo 15 de la Ley 418 de 1997 para toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades; sin embargo, posteriormente fue restringida por la Ley 1448 de 2011, que en su artículo 3 párrafo 2 señala que los miembros de grupos armados únicamente se reconocerán como víctimas cuando se hayan desvinculado siendo menores de edad. Esta última disposición, de acuerdo con las cifras oficiales expuestas, excluye a más de la mitad de los menores reclutados.

Al analizar la procedencia de la responsabilidad penal es posible identificar posturas contradictorias. Por un lado están quienes señalan que deben ser responsables por los delitos que cometieron teniendo en cuenta la voluntariedad de su vinculación, los derechos de las víctimas de sus actos, la posibilidad del juzgamiento de adolescentes y su capacidad para abstenerse de cometer crímenes. Por otro lado, quienes rechazan la responsabilidad se fundamentan en el déficit en las condiciones sociales que obliga a los jóvenes a unirse al grupo armado y en el deber de énfasis en la responsabilidad del Estado y los grupos armados, así como de orientación de las políticas públicas hacia la prevención (Acuña, 2012).

De la conciliación de estas dos tendencias surgen claridades pero persisten zonas grises. Es claro que los menores de 14 años no deben ser sometidos a ninguna forma de responsabilidad, pues en atención a su desarrollo físico y psicológico incluso a quienes no tienen la calidad de menores reclutados se les excluye del sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de conformidad con el artículo 169 del Código de Infancia y Adolescencia.<sup>25</sup>

Respecto a quienes se encuentran entre los 14 y 18 años, también pareciera clara la ausencia de responsabilidad sobre delitos políticos, pues este es un elemento esencial del tipo de reclutamiento ilícito y, por tanto, de su calidad de víctimas.

25 En relación con el artículo 40(3)(a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados parte al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presume la incapacidad para infringir la ley penal.

La situación empieza a complicarse cuando se trata de delitos comunes. En este caso, llama la atención la decisión de la Corte Constitucional (2005) en la que se estableció que, además de su calidad de víctimas, también tienen calidad de victimarios y por tanto deben responder penalmente por los delitos cometidos dentro de un procedimiento en el cual se observen garantías especiales.<sup>26</sup>

El alto tribunal fundamenta esta decisión en tres consideraciones: (i) la ausencia de prohibición del juzgamiento penal de menores de edad, siempre que reciban un tratamiento procesal adecuado y se facilite su reincorporación; (ii) la ponderación de sus derechos con los de las víctimas de sus actos, y (iii) el hecho de ser víctimas no excluye su capacidad para decidir su participación en hechos punibles.

La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Tres de los nueve magistrados salvaron el voto de manera conjunta, considerando que resultaba un contrasentido someter a los menores a procedimientos penales cuando eran sujetos pasivos de la conducta que les había llevado a la comisión de delitos. Para ellos, el Estado debe asumir la responsabilidad por sus falencias, que han permitido la gravedad del reclutamiento, y no igualar al menor reclutado a otro adolescente delincuente (Corte Constitucional, 2005).

En sus intervenciones dentro del proceso, entidades administrativas también se pronunciaron en contra de la responsabilidad penal. Así, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— (Corte Constitucional, 2005) consideró que el legislador debía ser cuidadoso para no hacer nugatorios los derechos fundamentales de los niños; para la Procuraduría General de la Nación —PGN— (Corte Constitucional, 2005) por el solo hecho de haber sido reclutados, los niños son víctimas y deben ser sujetos de medidas de restablecimiento. En este sentido, la PGN manifiesta que ha solicitado la cesación del procedimiento en casos que cursan contra menores desvinculados del conflicto, a lo que han accedido 138 jueces.

La tesis en contra de la responsabilidad penal por los delitos cometidos siendo menor de edad encuentra respaldo en instrumentos normativos como el Mandato de Aplicación Preferente del Principio de Oportunidad<sup>27</sup> previsto en el artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia como principio rector en la determinación de la responsabilidad de los adolescentes.

26 (i) Propender hacia la promoción y materialización de su interés superior, (ii) Respetar las garantías sustanciales y procesales para la protección de los menores privados de la libertad, (iii) Orientarse primordialmente hacia la resocialización, rehabilitación, tutela y educación, (iv) Analizar su condición de víctimas del reclutamiento forzado (Corte Constitucional, 2005, párr. 8).

27 Definido en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) como la facultad constitucional que permite a la Fiscalía, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal.

El Consejo de Estado, si bien no rechaza el juzgamiento, establece la necesidad de diferenciarlo en el caso de menores desmovilizados, que debe realizarse de la mano del ICBF y tener como eje central su condición de víctimas. Además, en el caso concreto hace especial énfasis en que los hechos fueron cometidos durante la minoría de edad, pese a haber sido judicializado una vez superada esta barrera (Consejo de Estado, 2016, párr. 14).

En conclusión, y pese a la polémica sentencia del tribunal constitucional, existe una tendencia a la ausencia de responsabilidad por los delitos cometidos siendo menor de edad, aunque eventualmente se permite el juzgamiento bajo ciertos estándares de protección y sin que se desestime su calidad de víctima.

El problema se vuelve más complejo cuando se trata de personas que, a pesar de que fueron reclutadas siendo menores, se desvincularon de las filas siendo mayores de edad y por lo tanto son juzgados con responsabilidad penal completa por los hechos cometidos como adultos.

En estos escenarios se ha identificado una doble calidad. Por un lado, se identifican como víctimas del reclutamiento, y por esta condición adquieren el derecho de ser reparados en el marco del juzgamiento de los reclutadores. Por otro, se reconocen como victimarios de los delitos graves que hubiesen podido cometer como mayores de edad (Corte Suprema de Justicia, 2014, pp. 36-42).

A pesar de ello, ni la normativa ni la jurisprudencia brindan respuestas contundentes en estos escenarios y persiste la indeterminación sobre un fenómeno que tiende a quedarse bajo la alfombra de las discusiones públicas, pero que por las cifras parece ser de grandes dimensiones.

#### **4. Aprendiendo a vivir en paz**

En 2012, Colombia empezó a considerar la paz negociada como la mejor manera de poner fin al enfrentamiento más largo del continente. El país ya había adelantado procesos de paz<sup>28</sup> que representaban más de 34 años de esfuerzo, los cuales sentaron las bases para que el gobierno de Juan Manuel Santos emprendiera nuevamente un proceso con las FARC-EP y en 2016 lograra un acuerdo que ha sido calificado como el más completo e integral de todos (Santos, 2018).

28 Proceso de La Uribe, Meta (1982-1986), Proceso de paz con el M-19 (1989-1990) que desencadenó en procesos con el EPL, Quintín Lame y PRT en el marco de la Asamblea Constituyente, Proceso de paz con la coordinadora guerrillera Simón Bolívar (1992), Proceso de paz con la Corriente de Renovación Socialista (1993-1994), Acercamiento entre el presidente Samper y el ELN (1997-1998), Proceso del Caguán (1998-2002), Proceso de paz con el ELN (1997-2002), Diálogos con el ELN (2005-2008), Proceso de paz con las AUC (2003-2006) (Pares, 2019).

Dentro del acuerdo, el punto 5 creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) integrado por mecanismos judiciales y extrajudiciales que abordan diferentes enfoques, donde la JEP es la instancia judicial prevista.

Según el Acuerdo Final de Paz, los objetivos de la JEP son (i) satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas, (ii) ofrecer verdad a la sociedad, (iii) proteger los derechos de las víctimas, (iv) contribuir al logro de la paz, y (v) adoptar decisiones que brinden seguridad jurídica. Para ello, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1957 de 2019, se debe aplicar el Código Penal colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, siempre con observación del principio de favorabilidad.

Ante la gran cantidad de ilícitos cometidos durante el conflicto, para el ejercicio de sus labores la JEP agrupa, a partir de criterios de priorización y selección, los hechos más graves y representativos en macrocasos destinados además a identificar patrones y prácticas comunes (JEP, s. f. a). Dentro de este procedimiento y reconociendo la afectación de múltiples derechos de los niños y niñas, así como la magnitud de esta práctica y los altos niveles de impunidad,<sup>29</sup> en 2019 la JEP avocó conocimiento del Caso 07 “Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado”. Dentro de este caso se acreditan como víctimas a todos quienes siendo niñas y niños fueron reclutados o utilizados en la guerra (JEP, s. f. b)

Esta concepción amplia de víctimas, que impone el criterio etario como determinante únicamente al momento de la vinculación, abre la puerta para que se reconozcan, con todo lo que ello implica,<sup>30</sup> a quienes se desvincularon del grupo siendo mayores de edad. Adicionalmente, podrán ser víctimas quienes hayan participado en actos delictivos al interior del grupo armado y se desvinculen siendo mayores, por lo que se deberán resolver casos en los que sean considerados victimarios de delitos no amnistiables (Ley 1957, 2019, artículo 42).

En reconocimiento de este escenario, el artículo 28(10) de la Ley 1820 de 2016 estableció como función de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas:

*Decidir sobre la renuncia a la persecución penal respecto a personas que, habiendo participado directa o indirectamente en el conflicto armado **siendo menores de edad en el momento de realizarse la conducta ilícita** competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz,*

29 De 4219 investigaciones en el sistema de información de la Fiscalía solo se han dictado 10 sentencias condenatorias (JEP, 2019b, párr. 45).

30 Participar en las diligencias, aportar pruebas, interponer recursos, recibir asesoría, solicitar acompañamiento psicosocial y jurídico, recibir información y solicitar medidas de protección.

*resulten responsables de delitos no amnistiabiles, de conformidad con lo establecido en los principios adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en esta materia.*<sup>31</sup>

Al analizar la constitucionalidad de esta disposición, la Corte Constitucional recordó la necesidad de protección a los niños y niñas y la prevalencia de su calidad de víctimas. Para esta corte, la disposición genera un problema al darle el trato de perpetradores a víctimas del reclutamiento, quienes tienen derecho a programas de protección pero cuya exclusión del SIVJRNR podría afectar los derechos de otras víctimas. En caso de que la sala no renuncie a la persecución, deberá tener un enfoque diferencial que considere la afectación sufrida, los principios del sistema penal para adolescentes y se oriente hacia la restauración (Corte Constitucional, 2018, párr. 813).

Estos planteamientos acogen la tendencia de la jurisdicción ordinaria, en la que si bien no se prohíbe el juzgamiento de quienes siendo menores cometieron delitos comunes, privilegia la cesación de la acción penal e impone garantías específicas en caso de que decida adelantarse. De la misma manera, podría pensarse que se adoptará la solución de la justicia ordinaria respecto de quienes permanecen en el grupo armado e incurrir en delitos no amnistiabiles siendo mayores de edad, reconociendo la doble calidad de víctimas y perpetradores.

Sin embargo, la JEP no debe igualarse a la jurisdicción común dado que tiene características que la ponen en una posición privilegiada. En ella se permite la flexibilización del estándar de justicia en aras de alcanzar la paz y consolidar el Estado de derecho, y sus sanciones no se fundamentan en la retribución (Seils, 2015). A su vez, el modelo adoptado hace énfasis en la justicia restaurativa<sup>32</sup> y la implementación de medidas reparadoras (Calle e Ibarra, 2019).

Teniendo en cuenta el contexto y sus características especiales, la forma en que la JEP debe hacer frente a esta problemática, que por las cifras parece tan extendida, y debe lograr la conciliación de la garantía de justicia es con la protección de quienes han sido víctimas del reclutamiento.

Aunque normativamente no existe un mandato que imponga la no judicialización de quienes han sido víctimas del reclutamiento, existen elementos que permitirían su justificación. Además, pese a que en la jurisdicción ordinaria y al interior de la CPI se ha optado por el juzgamiento, la JEP no puede perder de vista que, en

31 Negrilla fuera del original.

32 Modelo que se separa de la idea de castigo y se concentra en la importancia de la reconciliación entre víctima y victimario para la sociedad (Uprimny & Saffon, 2005).

su interior, abandonar el juzgamiento no significa relevar a los implicados de contribuir a la verdad y a la reparación,<sup>33</sup> como sí ocurre en estas sedes.

Esta posición resulta menos controversial al tratarse de personas que cometen la conducta delictiva siendo menores, teniendo en cuenta los argumentos y las tendencias a nivel nacional que han privilegiado la calidad de víctimas y la necesidad de protección de derechos, y el guiño de la CPI al señalar que la condición de víctima no excluye de responsabilidad por los delitos cometidos siendo mayores de edad, aunado a su limitación de jurisdicción en cuanto al juzgamiento de quienes cometieron crímenes siendo menores de 18 años (artículo 26, ER). Por lo anterior, resulta deseable que la JEP acoja lo previsto en el artículo 28(10) de la Ley 1820 y renuncie a la persecución penal de quienes cometieron la conducta siendo menores de edad, sin que por ello deje de reconocerse su calidad de victimarios y su deber de participar en procesos de verdad y reparación.

Respecto a quienes cometieron el crimen siendo mayores de edad, la criminalización completa no puede imponerse con base únicamente en un criterio objetivo determinado por el simple paso del tiempo, como es la edad, pasando por alto consideraciones materiales como la ausencia de voluntariedad, autodeterminación y las graves afectaciones físicas, psicológicas y para el desarrollo personal que implica el reclutamiento. Así, en este caso, el factor de ser víctima del reclutamiento forzado debería ser tratado como atenuante relativo a las circunstancias del individuo<sup>34</sup> al ser una característica relevante no relacionada directamente con el crimen cometido.

Para evaluar la oportunidad de la tesis propuesta, se identificará: (i) la forma en que se ha tratado el problema en otros escenarios de justicia transicional; (ii) la observancia del estándar de justicia aplicable, y (iii) el cumplimiento de los objetivos de la JEP con su implementación.

En primer lugar, ningún escenario de justicia transicional o tribunal internacional hasta ahora ha juzgado crímenes cometidos por menores de edad víctimas de reclutamiento forzado. Pese a que algunos, como la CPI, lo prohíben explícitamente, otros en los que esta prohibición no existía también se abstuvieron de hacerlo. Así, tanto el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia (TPIY) como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), cuyo estatuto les había dado la libertad para llevar a cabo este juzgamiento, no persiguieron este tipo de crímenes. Otros

33 De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 1820 de 2017, el otorgamiento de amnistía o indulto no sustrae al desmovilizado de su obligación de contribuir al esclarecimiento de la verdad y en la implementación de medidas de reparación.

34 De conformidad con el artículo 78 del ER y la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y siguiendo la evaluación que en el caso Al Mahdi hizo la CPI de las circunstancias individuales del individuo tales como su edad, educación y contexto (*The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, 2016b, párr. 95-97).

escenarios, como la Corte Especial de Sierra Leona (CESL) y los Paneles Especiales de Justicia en Timor del Este fueron más lejos, pues sus estatutos sí contemplaban expresamente la capacidad de juzgar las infracciones cometidas por menores de edad siempre que se observaran ciertas garantías, pero a pesar de ello estas disposiciones nunca fueron usadas (Kaushik & Freeland, 2019).

Así mismo, en Sierra Leona y Uganda se impuso una participación voluntaria ante la comisión de la verdad en la que ninguno de los declarantes fue entendido como responsable por la comisión de crímenes (Hetzl, 2010). En contraposición a esta protección, la CESL, en un caso en el que analizó la incidencia del temprano reclutamiento forzado<sup>35</sup> consideró, de manera similar a la CPI, que estas circunstancias no constituían ningún atenuante pues los acusados habían tenido la posibilidad de actuar de otro modo (SCSL, 2009, párr. 220).

Esta práctica desconoce la necesidad de justicia como elemento que contribuye a las necesidades de todas las víctimas y los miembros de las comunidades a las que buscan reintegrarse y establece parámetros disímiles de juzgamiento que terminan fundamentándose únicamente en el criterio etario para la total impunidad o el juzgamiento pleno. Así, si bien se encuentra justificada la ausencia de sanción o el juzgamiento pleno con base en este criterio, siendo la tendencia imperante, la justicia transicional debería enfocarse en facilitar la rehabilitación y reintegración de los exmenores reclutados y la sanación de la sociedad, para lo que debería apartarse de este reduccionismo binario (Drumbl, 2015) y orientarse a fortalecer medidas que superen el castigo en sentido estricto.

En segundo lugar, el estándar de justicia, entendido como garantías de verdad, sanción de los responsables y reparación, dentro de un proceso de transición, suele flexibilizarse teniendo en cuenta el contexto propio de la negociación y la magnitud de los crímenes. Pero a pesar de que se admite un grado menor, se considera que debe garantizarse pues el Estado conserva su deber de investigar, juzgar y sancionar con penas apropiadas y proporcionales al menos los delitos más graves y a sus máximos responsables, siendo inadmisibles la creación de escenarios de impunidad (Castellanos, 2017).

La necesidad de imponer sanciones va más allá de las obligaciones internacionales del Estado y responde a la importancia del juicio de reproche de las conductas para alcanzar la reconciliación (Uprimny & Saffon, 2005). Sancionar a los responsables permite la consecución de fines que han sido analizados desde diferentes posturas. Por un lado, desde una perspectiva deontológica frente al sancionado

35 Aunque no se trataba de reclutamiento de menores, la defensa alegó el reclutamiento a los 19 años como elemento a tener en cuenta como atenuante.

busca compensar la culpabilidad que, según los planteamientos de Kant, se fundamenta en su propia libertad y dignidad (Sans, 2011). Por otro lado, a partir de los planteamientos consecuencialistas, la sanción es necesaria para lograr fines como la prevención del delito y el mantenimiento del orden normativo (Pérez, 2014).

Alrededor de estas dos posturas, diversas teorías mixtas han surgido, cuyo eje se refleja en la prohibición del castigo al inocente y el mandato de castigo solo si con este se generan consecuencias valiosas (Pérez, 2014). En este sentido, cobra importancia la sanción dentro de procesos de transición en tanto forma de materializar el rechazo hacia conductas dañinas para las víctimas y la sociedad, cristalizar su inadmisión y sobre todo propiciar escenarios de reconciliación social.

La ausencia de sanción de crímenes graves y sus máximos responsables impide el logro de estos fines. Sin embargo, para el caso concreto, la propuesta que se plantea no riñe con los postulados clásicos que defienden la importancia de la sanción. En primer lugar, la ausencia de sanción de quienes cometieron delitos siendo menores de edad en el contexto del reclutamiento forzado se enmarca en la propia defensa de su dignidad y libertad. En este caso, el individuo no ha elegido desde su libertad plena dada la inmadurez propia de la minoría de edad y las consecuencias derivadas de un reciente reclutamiento. Así mismo, si se busca la prevención de la comisión de crímenes, la mirada debe centrarse en quienes cometieron el crimen del reclutamiento y no en sus víctimas.

En segundo lugar, la atenuación de la sanción para quienes cometieron delitos siendo mayores de edad implica el reconocimiento de todas las consecuencias que el delito de reclutamiento ha implicado para su desarrollo, sin que se deje de realizar una evaluación de la culpabilidad del sujeto y la conveniencia social de su sanción.

Pero más importante aún es la capacidad que tiene la JEP de crear escenarios en los que ante la ausencia de sanción puedan darse, incluso como requisitos previos, la necesidad de aportar a la verdad y la reparación. Así, se reconoce la gravedad de las conductas cometidas y la importancia de crear escenarios de perdón y reconciliación al interior del SIVJRNR, poniendo un juicio de reproche sobre sus autores. Con ello, en consonancia con las posturas mixtas, si bien puede darse la no sanción en sentido estricto de una persona culpable, se propendería por la consecución de efectos sociales valiosos.

En este contexto, la JEP tiene la oportunidad de adoptar una forma de juzgamiento novedosa que concilie acertadamente la necesidad de protección y el reconocimiento de la calidad de víctimas con la importancia del cumplimiento del estándar de justicia tanto para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia como para la consolidación de la sociedad en el posconflicto.

En tercer lugar, la adopción de la tesis planteada además permite a la JEP el pleno cumplimiento de los objetivos que le fueron trazados en el acuerdo. Primero, como se mencionó, cumple con la garantía de la justicia de acuerdo con diferentes estándares, sin que ello implique la necesidad de sanción plena pero respetando los mínimos establecidos. Segundo, en todo caso se mantendría la exigencia de verdad y reparación para los implicados como requisito para el acceso a los beneficios planteados y mantendrán por supuesto la capacidad de acudir ante la Comisión de la Verdad.

Tercero, en cuanto a la prevalencia de los derechos de las víctimas, la JEP podrá ponderar acertadamente los derechos de quienes fueron reclutados con aquellos de las víctimas de los actos que hayan cometido. En este escenario todos son víctimas de crímenes graves; sin embargo, el artículo 44 constitucional y el consenso internacional han subrayado la prevalencia de los derechos de los niños, por lo que en caso de conflicto estos deberán prevalecer.

Cuarto, el logro de la paz también es facilitado si se fortalecen otras medidas más allá de la sanción y se busca la reconciliación y el entendimiento entre víctimas en lugar de separar la sociedad en bandos de buenos y malos que impiden comprender la complejidad del conflicto y desconocen la imposibilidad de definir la naturaleza humana como buena o mala cuando se enfrenta a situaciones complejas, destacando, por el contrario, la importancia de oír las historias de todos los intervinientes y propiciar la verdad (Drumbl, 2016).

Quinto, la seguridad jurídica también se logra si la protección a los niños reclutados y la condena a este crimen se mantiene de manera consecuente en todos quienes han sido víctimas y no se dan soluciones diametralmente opuestas basadas únicamente en la superación de barreras temporales.

En cuanto a las garantías de no repetición, vale la pena resaltar el estado actual del reclutamiento y algunos elementos del caso ante la JEP. Inicialmente, las FARC-EP negaron haber cometido actos de reclutamiento forzado amparándose en el gran número de incorporaciones voluntarias (Vivanco, 2019). Pese a esta negación, la JEP decidió llamar a 14 exguerrilleros a rendir versión libre sobre los hechos (JEP, 2019a).

Mientras esto sucede, la participación de los niños en las hostilidades sigue siendo alarmante. Como resultado del proceso de paz se han desmovilizado un total de 450 menores (El Tiempo, 2020), pero la cifra parece incipiente y las presiones crecen para lograr una desvinculación mayor. Así mismo, se ha alertado sobre la continuidad de esta práctica en los territorios, que ahora afecta de igual manera a los migrantes venezolanos, sobre lo cual la Defensoría del Pueblo ha emitido 105 alertas tempranas en poco más de un año y hace un llamado para la protección

incluso de quienes logran desvincularse, señalando como problemática su judicialización (El Heraldó, 2019).

Ante este panorama, la labor de la JEP de brindar garantías de no repetición debe abordar la problemática desde una perspectiva que vaya más allá de la mera retribución penal y sancionatoria y no invisibilice el fenómeno al hacer nugatoria la protección una vez superada la mayoría de edad.

## Conclusiones

En un mundo convulso por enfrentamientos cambiantes, la comunidad internacional y los Estados no discuten la importancia de la protección a la infancia. El reclutamiento de menores ha sido catalogado como una conducta inaceptable y sus consecuencias se identifican desde diferentes ámbitos. El compromiso para acabar con esta práctica parece unánime, continuamente se hace un llamado para reconocer y reparar a las víctimas. Sin embargo, todos enfrentan un dilema cuando se trata de responsabilidad penal.

El reclutamiento implica hacer parte de grupos armados que llevan a cabo actividades delictivas, y por este mismo hecho es recurrente que la mayoría de los reclutados participen en ellas. Asimismo, el reconocimiento de las secuelas se desdibuja cuando dejamos de hablar de niños, pues legalmente se apartan de la protección y se considera que el crimen ha terminado. La barrera etaria, lejos de garantizar protección, termina siendo una carga adicional para las víctimas, pues si no logran desvincularse empiezan a contar sus días como victimarios.

Desde la CPI la solución se ha decantado, hasta ahora, por juzgar con responsabilidad penal completa los delitos cometidos una vez cumplida la mayoría de edad, adoptando así el llamado parámetro de víctima/perpetrador en el que si bien no deja de reconocerse la primera calidad, no disminuye la segunda en un ápice.

En Colombia, la necesidad de hallar una solución se hace mayor ante el anhelo de concluir con éxito un proceso de justicia transicional que permita la reconciliación y sienta las bases de una institucionalidad sólida. La JEP, además del referente de la CPI, deberá tener en cuenta un derecho interno en el que la respuesta ha sido la ausencia de juzgamiento para los menores de 14 años, el eventual juzgamiento de quienes cometen la conducta entre los 14 y los 18 años, y la responsabilidad plena para quienes delinquen en su edad adulta.

Pero si la postura es controversial en justicia ordinaria, para una sede transicional con mecanismos novedosos y objetivos divergentes no solo su adopción es polémica, sino que incluso puede resultar inconveniente. Si de garantizar los derechos de otras víctimas se trata, la JEP cuenta con un amplio catálogo de medidas que

brindan garantías de verdad y reparación incluso ante la ausencia de juzgamiento, por lo que su fortalecimiento podría resultar conveniente y ajustado a sus fines incluso en mayor medida que las sanciones puramente retributivas.

Claro está que no podrá prescindirse del análisis de las circunstancias de cada caso concreto, pero en abstracto podría resultar más sensata la no judicialización de quienes hayan cometido conductas delictivas estando entre los 14 y los 18 años, conservando la obligación de contribuir a la verdad y reparación de las víctimas y promoviendo escenarios de rehabilitación y reconciliación, y la atenuación de la condena de quienes hayan incurrido en estas siendo mayores de edad, considerando la situación de reclutamiento como circunstancia relevante del individuo. Todo ello, fortaleciendo a la par el uso de mecanismos alternativos que garanticen la imposición de un juicio de reproche sobre las conductas delictivas y reconozcan la necesidad de participación al interior del SIVJRNR.

## Referencias

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. (19 de junio de 2019). *El desplazamiento global supera los 70 millones de personas y el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados pide más solidaridad*. <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5d09c9414/el-desplazamiento-global-supera-los-70-millones-de-personas-y-el-alto-comisionado.html>
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. (Enero de 2020). *Países en guerra actualmente en 2020*. [https://eacnur.org/blog/paises-en-guerra-actualmente-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/paises-en-guerra-actualmente-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)
- Acuña, J. (2012). *Tópica jurídica: En el caso de la judicialización de adolescentes desvinculados del conflicto armado*. Universidad Nacional de Colombia.
- BBC Mundo. (07 de diciembre de 2016). *De niño soldado a comandante juzgado: La turbulenta historia de Dominic Ongwen, la “Hormiga Blanca” de Uganda*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38219824>
- Calle, M e Ibarra, A. (2019). Jurisdicción Especial para la Paz: Fundamentos teóricos y características de la justicia transicional en Colombia. *Análisis político*, (96), 3-20.
- Castellanos, E. (2017). El derecho a la justicia en la justicia transicional, diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. En J. Espíndola, D. Gonzáles, J. Errandonea, & J. Mantilla (Ed.), *Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (10 de diciembre de 2007). *Protección de los niños en conflictos armados*. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/interview/children-interview-101207.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (05 de febrero de 2013). *Los desafíos contemporáneos del DIH*. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/contemporary-challenges-for-ihl/overview-contemporary-challenges-for-ihl.htm>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (03 de abril de 2019a). *Los niños en tiempos de guerra*. <https://www.icrc.org/es/publication/los-ninos-en-tiempos-de-guerra>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (23 de abril de 2019b). *Los niños forzados a ir a la guerra*. <https://www.icrc.org/es/document/los-ninos-forzados-ir-la-guerra>
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH]. (2017). *Una guerra sin edad: Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. CNMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica [CNMH]. (2018). *Cifras: Los registros estadísticos del conflicto armado colombiano*. CNMH.
- Dewhirst, P. & Kapur, A. (2015). *Las desaparecidas y las invisibles: Repercusiones de la desaparición forzada en las mujeres*. ONU Mujeres – International Center for Transitional Justice.
- Drumbl, M. (2015). Children, armed violence and transition: Challenges for international law and policy. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 43(3), 623–627. <https://georgia-international-journal.scholasticahq.com/article/3462>
- Drumbl, M. (2016). Victims who victimise. *London Review of International Law*, 4(2), 217–246.
- Fiscalía de la CPI. (15 de septiembre de 2016). *Policy paper on case selection and prioritisation*. [https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915\\_otp-policy\\_case-selection\\_eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf)
- Fundación Farenheit, Huella Indeleble, Organización Tyet, & Benposta. (2019). *Les di la mano, tomaron mi piel*. La Fábrica de Ideas.
- Giraldo, J. (2015). *Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos*. Espacio crítico.

- El Heraldo. (14 de mayo de 2019). *Defensoría del Pueblo alerta sobre reclutamiento de menores por grupos ilegales*. <https://www.elheraldo.co/colombia/defensoria-del-pueblo-alerta-sobre-reclutamiento-de-menores-por-grupos-criminales-632015>
- Hetzl, M. (2010). *The role and limitations of Transitional Justice in addressing the dilemma of child soldier accountability: The cases of Sierra Leona and Uganda* (Tesis de Maestría, University of Cape Town, Cape Town, Sur África). <http://hdl.handle.net/11427/3778>
- Human Rights Watch. (14 de marzo de 2012). *CPI: Veredicto histórico en caso Lubanga es una advertencia para los violadores de derechos humanos*. <https://www.hrw.org/es/news/2012/03/14/cpi-veredicto-historico-en-caso-lubanga-es-una-advertencia-para-los-violadores-de>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (28 de octubre de 2019a). *La JEP llama a versiones a exmiembros de las FARC por reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-llama-a-versiones-a-exmiembros-de-las-Farc-por-reclutamiento-y-utilización-de-niñas-y-niños-en-el-conflicto-armado.aspx>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (s.f.a). *Conozca la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Infografias/conozcalajep.pdf>
- Justicia Especial para la Paz [JEP]. (s.f.b). *Caso 07: Reclutamiento y utilización de niños y niñas en el conflicto armado*. <https://www.jep.gov.co/especiales/1/macrocasos/07.html>
- Kashik, N., & Freeland, S. (2019). Crimes committed by child soldiers: An argument for coherence. En M. Drumbl & J. Barrett (Ed.), *Research handbook on child soldiers*. (pp.325-349). Edward Elgar Publishing.
- Machel, G. (26 de agosto de 1996). *Las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Informe de la experta del Secretario General presentado en virtud de la Resolución 48/157. A/51/306*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>
- Niño, C. (2017). Reseña de: Ríos Sierra, Jerónimo (2017) Breve historia del conflicto armado en Colombia, Madrid, Los Libros de la Catarata. *Revista de Paz y Conflictos*, 10(1), 327-330.

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (15 de junio de 2020a). *Más de 10.000 niños fueron asesinados o mutilados en los escenarios de conflicto en 2019*. <https://news.un.org/es/story/2020/06/1476002>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2020b). *Una nueva era de conflictos y violencia*. <https://www.un.org/es/un75/new-era-conflict-and-violence>
- Pares. (04 de enero de 2019). *Procesos de paz en Colombia*. <https://www.pares.com.co/post/procesos-de-paz-en-colombia>
- Pérez, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, 1-43. <https://indret.com/problemas-y-perspectivas-de-las-teorias-expresivas-de-la-pena/>
- Sandoval, A. (2020). Los avances y desafíos de la implementación del enfoque de género en la JEP. En D. Rojas Betancourth (Ed.), *La JEP vista por sus jueces (2018-2019)* (pp. 547-572). JEP.
- Sans, N. (2011). Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. *Revista Justicia*, 20, 124-150.
- Santos, J. (2018). Una ofrenda para Colombia y el mundo. En S. Jaramillo, R. Rivera, M. Restrepo, & M. Palta (Ed.), *Inicio del proceso de paz: La fase exploratoria y el camino hacia el acuerdo general. Tomo I* (pp. 29-34). Oficina del Alto Comisionado para la Paz.
- Save the Children. (12 de febrero de 2015). *En 18 países se sigue reclutando a menores soldados*. <https://www.savethechildren.es/actualidad/en-18-paises-se-sigue-reclutando-menores-soldado>
- Seils, P. (2015). *La cuadratura del círculo en Colombia: Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*. International Center for Transitional Justice.
- El Tiempo. (12 de febrero de 2020). *Desde 2002 los grupos irregulares han reclutado más de 14 mil niños*. <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/reclutamiento-de-menores-van-mas-de-14-000-desde-2002-461490>
- Unicef. (14 de marzo de 2012). *En un fallo histórico, la Corte Penal Internacional condena a Thomas Lubanga Dylo por reclutar a niños y niñas en conflictos armados*. [https://www.unicef.org/spanish/adolescence/57929\\_62002.html](https://www.unicef.org/spanish/adolescence/57929_62002.html)
- Unidad de Víctimas – Red Nacional de Información. (01 de enero de 2020). *Reporte general*. <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/Home/General>

Uprimny, R., & Saffon, M., (2005). Justicia transicional y justicia restaurativa: Tensiones y complementariedades. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 211-232). Universidad de los Andes.

Vivanco, J. (11 de marzo de 2019). *El falso relato de las FARC sobre el reclutamiento infantil*. <https://www.hrw.org/es/news/2019/03/11/el-falso-relato-de-las-farc-sobre-reclutamiento-infantil>

## **Jurisprudencia**

Consejo de Estado, Sección tercera. *Sentencia No. Radicado. 20001-23-31-000-2009-00296-01(42867)* (07 julio 2016).

Corte Constitucional. *Sentencia C-203-05*. (08 marzo 2005). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-203-05.htm>

Corte Constitucional. *Sentencia C-240-09* (01 abril 2009). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-240-09.htm>

Corte Constitucional. *Sentencia C-007-18* (01 marzo 2018). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. *Sentencia No. Radicado. 38222* (12 diciembre, 2012).

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. *Sentencia No. Radicado. 39045* (19 marzo 2014).

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute* (14 marzo 2012a). ICC-01/04-01/06-2842. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_03942.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_03942.PDF)

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute* (10 julio 2012b). ICC-01/04-01/06-2901. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_07409.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07409.PDF)

Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen* (23 marzo 2016a). ICC-02/04-01/15-422-Red 23-03-2016. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_02331.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02331.PDF)

- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia VIII. *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence* (27 septiembre 2016b). ICC-01/12-01/15-171. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF)
- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia VI. *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. Judgment* (08 julio 2019). ICC-01/04-02/06-2359. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019\\_03568.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_03568.PDF)
- Corte Penal Internacional [CPI], Sala de Primera Instancia IX. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Trial Judgment* (04 febrero 2021). ICC-02/04-01/15 -1762-Red 04-02-2021. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021\\_01026.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_01026.PDF)
- Defence for Dominic Ongwen. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Defence Brief for the Confirmation of Charges Hearing* (03 marzo 2016). ICC-02/04-01/15-404-Red2. <https://www.legal-tools.org/doc/267b68/pdf/>
- Defence for Dominic Ongwen. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Corrected version of Defence Closing Brief* (24 febrero 2020). ICC-02/04-01/15 -1722-Corr-Red. [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020\\_00998.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00998.PDF)
- Justicia Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. *Auto No. 029 de 2019* (01 marzo 2019b). [https://relatoria.jep.gov.co/documentos/provisional/1/Auto\\_SRVR-029\\_01-marzo-2019.pdf](https://relatoria.jep.gov.co/documentos/provisional/1/Auto_SRVR-029_01-marzo-2019.pdf)
- Special Court for Sierra Leona [SCSL], Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon And Augustine Gbao. Sentencing Judgment* (08 abril 2009). SCSL-04-15-T. <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>

# Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados esencialistas en la Corte Penal Internacional

Weak, Passive, and Submissive Woman: The Civilian and Its Essentialist Legacies at the International Criminal Court

Mulher fraca, passiva e submissa: a pessoa civil e os legados essenciais no Tribunal Penal Internacional

Silvina Sánchez Mera\*

Fecha de recepción: 23 de abril de 2021

Fecha de aprobación: 27 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11297>

Para citar este artículo: Sánchez Mera, S. (2022). Mujer débil, pasiva y sumisa: la persona civil y los legados esencialistas en la Corte Penal Internacional. *ANIDIP*, 9, 1-26. Doi:<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11297>

*En nuestra lucha contra la impunidad, no dejemos a nadie atrás.*  
(Fatou Bensouda, 2019)

*Cuando un barco se hunde, las reglas de rescate son claras: mujeres y niños primero.*  
(Hervé Diakiese, 2009)

## Resumen

El estatus de *civil* es fundamental en el derecho penal internacional, puesto que son las víctimas por excelencia en los crímenes de lesa humanidad y en los de guerra. Sin embargo, el concepto se originó en el derecho de la guerra donde la idea del civil se construyó en torno a ciertas características que se le adscriben como esenciales. Este concepto y sus esencialismos han sido trasladados al campo del derecho penal

\* Doctoranda en derecho en la Universidad de La Trobe, Australia. LL.M en International Criminal Law (ICL) and Human Rights Law (HRL), Bangor University, Reino Unido. Abogada, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesora de derecho internacional (DI) y derechos humanos (DDHH) en Argentina. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), Chevening Alumni y Endeavour Scholar. La autora desea agradecer a los evaluadores por sus comentarios y en particular a la Dra. María Pilar Llorens por sus sugerencias y comentarios en versiones anteriores de este artículo. Correo electrónico: s.sanchezmera@latrobe.edu.au

internacional. Empleando una metodología feminista, este artículo busca mostrar esta construcción del civil como débil, pasivo, sumiso y femenino y cómo se manifiesta y naturaliza en la práctica de la Corte Penal Internacional (CPI). Se argumenta que esos esencialismos impiden una justicia de género a la vez que dan lugar a la impunidad al no representar correctamente las experiencias de las víctimas y silenciar ciertos crímenes.

**Palabras clave:** personal civil; Corte Penal Internacional; feminismo; víctima ideal; crímenes internacionales.

### **Abstract**

For international criminal law, the status of the civilian is of utmost importance. Civilians encompass most of the protected groups against which war crimes and crimes against humanity are committed. Yet, the notion of the civilian belongs to the laws of war. It was in this realm where the idea of the civilian was constructed around certain characteristics, essentializing it. The concept of the civilian and its essentialisms has been transplanted to international criminal law. Using feminist methodologies, this essay seeks to show the construction of the civilian as weak, passive, submissive, and feminine; and how these characteristics are present and naturalized in the International Criminal Court's (ICC) practice. I argue that these essentialisms not only prevent gender justice but also pave the way to impunity, as they misrepresent victims' experiences and silence crimes.

**Keywords:** Civilian; International Criminal Court; feminism; ideal victim; international crimes.

### **Resumo**

A condição civilé de fundamental importância no direito penal internacional, visto que por excelência são as vítimas dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. No entanto, o conceito teve origem no direito da guerra, onde a ideia de civil foi construída em torno de certas características que lhe são atribuídas como essenciais. Esse conceito e seus essencialismos foram transferidos para o campo do direito penal internacional. Utilizando uma metodologia feminista, este ensaio busca mostrar essa construção do civil como fraco, passivo, submisso e feminino, e como se manifestam e se naturalizam na prática do Tribunal Penal Internacional. Argumenta-se que esses essencialismos impedem a justiça de gênero ao mesmo tempo que dão origem à impiedade por não representar corretamente as experiências das vítimas e silenciar certos crimes.

**Palavras-chave:** pessoa civil; Tribunal Penal Internacional; feminismo; vítima ideal; crimes internacionais.

## Introducción

Las frases de Bensouda y Diakiese, presentadas como epígrafes de este artículo, contrastan notablemente. En la primera, la fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) recuerda el objeto y fin del establecimiento de la CPI y la persecución y castigo de los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” (Estatuto de Roma, Preámbulo, par. 2), a la vez que aspira al reconocimiento de las experiencias completas de los niños, las mujeres y los hombres víctimas de aquellas atrocidades. Mientras que la segunda, la declaración del representante de las víctimas en la CPI, pone en evidencia lo que la mente se imagina cuando piensa en “civiles” o en los “más vulnerables”, que expresa exactamente lo que ocurre en la práctica de los tribunales internacionales en el tratamiento de las personas civiles.

Empleando una metodología feminista, este trabajo argumenta que los legados esencialistas, producto de una construcción de la noción del civil como débil, pasivo, sumiso y femenino, se hacen presentes en las prácticas de la CPI; misma que, al reproducir estos estereotipos, los refuerza y naturaliza. Se argumenta también que esto previene una justicia de género a la vez que da lugar a la impunidad al no representar correctamente las experiencias de las víctimas. Con ello no se pretende desacreditar el trabajo de los tribunales internacionales en general ni de la CPI en particular, ni los avances realizados hasta el momento en materia de género y de protección, sino iluminar los estereotipos y sus consecuencias con miras a generar cambios positivos.

El trabajo se divide en cuatro partes. La primera de ellas es esta introducción. La segunda parte está dedicada a la noción del civil y la construcción de los esencialismos que lo rodean. Consecuentemente se aborda la definición del civil prevista en el derecho internacional humanitario (DIH), el principio de distinción y las relaciones dicotómicas que este produce. Las dos secciones que la integran buscan demostrar la construcción esencialista del civil como débil, sumiso, pasivo y femenino, es decir, como un concepto generizado,<sup>1</sup> y su reflejo en la práctica. La primera sección está dedicada a los esencialismos de debilidad, pasividad y sumisión, partiendo de la idea que la inmunidad de ataque del civil no es producto de una pasividad innata de aquel, sino la consecuencia reforzada por la construcción de ideales de indefensión. La segunda sección se presenta, en realidad, como un subesencialismo, esto es asociaciones y estereotipos dentro de la categoría del civil que refiere a la construcción del civil como femenino y las consecuencias que de ello derivan.

1 Mediado o permeado por el género, del término en inglés *gendered*.

La tercera parte se dedica al civil en el derecho penal internacional (DPI), que es el núcleo de este trabajo. Esta parte se divide en tres secciones. La primera desarrolla la importancia de la definición del civil en el DPI, resaltando que aquella es un producto del DIH que se traslada a este, junto con sus estereotipos y esencialismos. La segunda sección muestra cómo aquellos producen la “víctima ideal” y como esta opera reforzándolos en la práctica de los tribunales internacionales y las consecuencias que ello acarrea. La tercera sección se focaliza en la CPI por ser la única corte permanente que representa avances en materia de justicia de género. Sin embargo, se argumenta que los legados esencialistas tanto producto de la construcción del civil en DIH, como en la reproducción de la práctica en los tribunales internacionales se mantienen. Para ello se pasa a un estudio de caso, la sentencia más reciente de la CPI: *caso Dominic Ongwen*. La selección responde no solo a su novedad, sino a la importancia que tiene en materia de los delitos juzgados. A pesar de ello se sostiene que la práctica de la CPI está todavía lejos de lograr una justicia de género y sigue reproduciendo los legados esencialistas.

Por último, se concluye que los legados esencialistas previenen un abordaje integral de las experiencias de las víctimas, así como de los crímenes que contribuyen a la impunidad a la vez que refuerzan los estereotipos del civil. Para los fines de obtener una verdadera justicia de género y evitar la discriminación de género estos deben repensarse y deben reconstruirse las subjetividades en torno a la “víctima ideal”.

## 1. La noción de civil y sus esencialismos

El artículo 50 del Protocolo Adicional I a los convenios de Ginebra de 1977 (PA I) define a la persona civil como “cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo” y establece que en caso de duda la persona debe ser considerada civil. Por su parte, el artículo 43 refiere a las fuerzas armadas de un Estado como combatientes, mientras que el artículo 4 de la III Convención de Ginebra indica quiénes deben ser considerados prisioneros de guerra. De esta manera, la definición de civil es negativa, es decir que todo aquel que no es combatiente es civil. La definición pertenece al ámbito del DIH. El principio de distinción, esto es distinguir “en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares” y dirigir las operaciones contra los objetivos militares (PA I, artículo 48) es una norma fundamental de naturaleza consuetudinaria (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005; Melzer, 2014). Lo que presupone este principio es que “la guerra debe

conducirse contra las fuerzas armadas del enemigo, no contra su población civil” (Rogers, 1996, p. 7).<sup>2</sup>

A nivel práctico y en su faz personal, el principio de distinción implica diferenciar “en todo momento entre aquellas personas que pueden ser legalmente atacadas de aquellas que no, a quienes debe protegerse de los efectos de las hostilidades” (Melzer, 2014, p. 297).<sup>3</sup> Consecuentemente, ello provoca una división dicotómica entre el civil y el combatiente, ya que en un conflicto armado una persona es necesariamente categorizada como uno o lo otro. Además, esto genera ciertas presunciones o expectativas, en particular, con respecto a la conducta esperada por parte de los civiles.

Los estatus de civil y combatiente generan ciertos derechos y privilegios. A grandes rasgos, los combatientes están legalmente autorizados a participar activamente en las hostilidades (PA I, artículo 43.2), es decir, que su participación no puede ser perseguida legalmente, a la vez que se les reconocen ciertos privilegios: prisionero de guerra (Fleck & Bothe, 2014). El estatus formal de combatiente y sus consecuencias jurídicas pertenecen únicamente al ámbito de los conflictos armados internacionales. En los conflictos armados de carácter no internacional, la figura no existe. Ni el artículo 3 común a los convenios de Ginebra ni el Protocolo Adicional II a los convenios de Ginebra (PA II), norma e instrumento respectivamente que abordan los conflictos armados no internacionales, mencionan al combatiente o proveen una definición de la persona civil. Aunque las personas en las fuerzas armadas del Estado son combatientes independientemente del tipo de conflicto armado (Henckaerts & Doswald-Beck, 2005), no se predica lo mismo de los miembros de grupos armados, ya que estos no tienen derecho a participar en las hostilidades. Aquí la aplicación del principio de distinción no está dada, necesariamente, por una apreciación formal, sino que depende sustancialmente del comportamiento. La distinción, entonces, debe tener lugar entre quienes participan de las hostilidades y quienes no.<sup>4</sup>

Por su parte, los civiles no cuentan con el derecho a participar en las hostilidades, pero se benefician del principio de inmunidad, que implica que no pueden ser el objeto de ataque por parte del enemigo. Como se verá, esta concepción del civil ha sido construida en torno a esencialismos que condicionan las conductas de los beligerantes.

2 Traducción propia.

3 Traducción propia.

4 Hecha la distinción, este trabajo también usa la palabra combatiente para referirse a aquellos miembros de los grupos armados en un conflicto armado no internacional.

### 1.1. El civil inocente es débil, sumiso y pasivo

La justificación en otorgar inmunidad al civil se encuentra en la idea que los civiles, por ser débiles, sumisos y pasivos (o inocentes y vulnerables),<sup>5</sup> no representan una amenaza en la conducción de las operaciones militares (Norman, 1995). No obstante, aquí se sostiene que la inmunidad del civil no es producto de una pasividad innata, sino, a la inversa, que su pasividad es consecuencia de la inmunidad, y su imagen como débiles y sumisos producto de una construcción subjetiva, que lleva a pensar al civil como “inocente”.

La inmunidad que se le reconoce a la persona civil no depende de su estatus formal sino de su pasividad, ya que está condicionada por esta. Es el premio por ajustarse a un determinado comportamiento. Esto quiere decir que si el civil participa en las hostilidades pierde la inmunidad, así como cualquier privilegio otorgado a los combatientes (no tienen derecho a ser prisioneros de guerra), es decir, el castigo es mayor que en el caso de los combatientes. Segundo, el derecho a la inmunidad de ataque no es absoluto, ya que debe ponerse en la balanza junto a la necesidad militar. Esto significa que si bien el ataque no puede estar intencionalmente dirigido al civil, se permiten los “daños colaterales”.

Hay quienes sostienen que la protección a los civiles existe desde tiempo inmemorial (Green, 2000; Jaworski, 2003), mientras que otros lo ven como un logro del Código de Lieber, los convenios de la Haya y las convenciones de Ginebra (Doswald-Beck, 1987). En realidad, la construcción de la subjetividad del civil y la exigencia de pasividad a los fines de reconocerles inmunidad al igual que la definición de civil son relativamente modernas. En cuanto a su definición, hasta la adopción del PA I no existía una enunciación de quién debía considerarse persona civil. Fue con el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra en 1949 que la protección al civil se hizo explícita. Con anterioridad, la división solía ser entre combatientes y no combatientes —entendidos estos últimos como clérigos, médicos, mujeres, niños— (Alexander, 2007; Carpenter, 2006; Slim, 2016), categorías tradicionalmente consideradas sumisas y débiles.<sup>6</sup>

Así, por ejemplo, en los convenios de la Haya de 1899 y 1907, la distinción frente a lo que se permitía bombardear se condicionaba a la situación de indefensión o pasividad. Dichos convenios establecieron en sus respectivos artículos 25: “está prohibido atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos”. Es importante destacar

5 Los adjetivos ‘inocente’ y ‘vulnerable’ se usan frecuentemente tanto en la narrativa de los trabajos preparatorios como en la de los tribunales.

6 Ejemplo de ello es el Tratado de Amistad y Comercio entre EE. UU. y Prusia de 1785 que establecía inmunidad para las mujeres, niños y campesinos (Roberts, 2019).

que es a partir de estas normas que los conceptos de población civil y civil van a construirse subjetivamente. La idea de que se encuentra prohibido atacar ciudades cuando aquellas se encuentran indefensas contribuye a construir y fortalecer la idea de que la población civil, en general, y el civil, en particular, son (*deben ser*) indefensos y débiles. En realidad, lo que se hace es condicionar el ataque al comportamiento, no a su estatus.

Estas expectativas no se condicen necesariamente con la realidad. Originalmente ni la población civil ni la persona civil eran neutrales o pasivos en un conflicto. Los civiles tomaban partido y colaboraban activamente en el esfuerzo de la guerra en roles de apoyo (Slim, 2016) y “hasta la Primera Guerra Mundial los civiles eran percibidos como ciudadanos voluntariamente pasivos o deliberadamente peligrosos” (Alexander, 2007, p. 359).<sup>7</sup> De acuerdo con Alexander (2007), el aspecto amenazante y peligroso de los civiles desapareció debido a la propaganda Aliada, que se encargó de presentar a los civiles, durante la ocupación de Bélgica, como víctimas indefensas.

A partir de allí, la narrativa del civil como inocente, es decir pasivo, sumiso y débil se hizo frecuente. Durante las negociaciones de los convenios de Ginebra de 1949, la mención del “civil inocente” fue usual (Conferencia Diplomática, 1949, pp. 404, 503, 645, 649, 718); además, se exaltaba su condición de víctima (Conferencia Diplomática, 1949, pp. 503, 718). Lo mismo ocurrió durante las negociaciones de los protocolos adicionales, en las que además se enfatizó la idea de indefensión, debilidad y pasividad (Conferencia Diplomática, 1974-1977, pp. 37, 97, 123, 178).<sup>8</sup> A la vez, esa pasividad se presenta también como un deber, en palabras del brigadier Page: “ellos [los civiles] tienen un derecho a que se respete su vida y a la protección contra ataques ilegítimos y criminales; pero a cambio es su deber comportarse de una manera pacífica y no tomar parte en las hostilidades” (Conferencia Diplomática, 1949, p. 621).

Las ideas de debilidad, pasividad y sumisión que rodean la noción de civil son una subjetividad construida que busca privilegiar las operaciones militares y beneficiar a los Estados en un conflicto, puesto que así no tienen que temer la reacción de la población civil o de las personas civiles, mientras que la obligación recíproca de no atacar civiles no es absoluta, esta depende de la necesidad militar. Se construyó así una idea del “civil inocente”, donde la inocencia equivale a no participación en las hostilidades. No se trata de inocencia moral sino de una basada en agencia o en este caso, la falta de ella.

7 Traducción propia.

8 Las referencias provistas son ejemplificadoras y no exhaustivas de la cantidad de veces que se mencionan o hacen referencias a la pasividad, la inocencia y la debilidad del civil.

## 1.2. El civil como sinónimo de femenino

La contribución del feminismo al derecho, en general, y al derecho internacional, en particular, resalta la naturaleza generizada de ciertos conceptos y enfatiza el uso de las dicotomías y los sesgos que las subyacen (Charlesworth, 2000). Así, de la división combatiente-civil se deriva una relación binaria que adscribe características masculinas al combatiente y femeninas al civil. El “civil inocente” —débil, pasivo y sumiso— es un concepto generizado. Los atributos de debilidad, sumisión y pasividad son características tradicionalmente relacionadas a lo “femenino” (Carpenter, 2006; Cohn, 1993; Kinsella, 2006, 2011), por lo que la noción de civil no está solo vinculada a las ideas de pasividad, sumisión y debilidad, sino también a un prejuicio de género.

De lo anterior deriva que la idea del civil generalmente se asocia con mujeres, niños y ancianos, pero no con hombres adultos (Carpenter, 2006, p. 2). Al contrario, la idea del combatiente está generalmente asociada con hombres adultos. Consecuentemente, a pesar de que las normas del DIH no distinguen entre civiles y combatientes a partir del género (o el sexo), la idea del civil ha sido permeada por ideas basadas en género, por ello es un concepto generizado.

Aun cuando “todos los civiles tienen que ser protegidos con base en sus acciones y roles sociales, en la práctica solo ciertas categorías de la población (mujeres, niños, ancianos, enfermos) se presumen civiles independientemente del contexto” (Carpenter, 2006, p. 13).<sup>9</sup> Esto implica que las mujeres y los niños son objetos de protección como civiles por defecto. Si bien es correcto afirmar que en los conflictos armados hoy la mayoría de las mujeres son civiles, también lo es decirlo sobre los hombres (Lindsey, 2001). Sin embargo, la presunción automática de las mujeres como civiles las identifica como débiles, pasivas y sumisas a la vez que refuerza la idea de que la guerra es una cuestión de hombres, donde los agentes son los hombres y las víctimas, las mujeres. No se busca aquí sostener que los hombres no son nunca considerados como civiles y, a la inversa, que las mujeres siempre son consideradas civiles, sino que la presunción de civil opera más fácilmente en relación con las mujeres, mientras que la de los hombres se cuestiona o se puede cuestionar.

En 2002 cuando Estados Unidos (EE. UU.) bombardeó una fiesta de casamiento en Afganistán, uno de los justificativos fue la “imposibilidad de distinguir hombres de mujeres y niños de adultos” (v. s. Central Command, 2002),<sup>10</sup> no combatientes de civiles, porque aquí los hombres adultos son considerados automáticamente combatientes. En este ejemplo existe una presunción *ipso facto* de que las mujeres y

9 Traducción propia.

10 Traducción propia.

los niños son civiles mientras que se presume que los hombres son combatientes y por ello blancos legítimos de combate. Kinsella (2006) asevera que “invocar a las mujeres, niños y ancianos también identifica y racionaliza la diferencia entre el combatiente y el civil, que luego determina la diferencia entre actos permitidos y no permitidos en la guerra” (p. 163).<sup>11</sup>

Estos preconceptos se remontan a la época de Grocio (año 1625), quien de alguna manera veía a mujeres y niños como categorías merecedoras de protección durante la guerra. El Código de Lieber menciona expresamente a las mujeres y los niños como no combatientes; establece que “los comandantes, en lo posible, informarán al enemigo de su intención de bombardear un lugar para que los no combatientes, *específicamente las mujeres y los niños*, sean evacuados” (artículo 19)<sup>12</sup> u objetos de protección (artículo 37). En similar sentido, el IV Convenio de Ginebra de 1949, dedicado a la protección de los civiles, no protege a todos los civiles de igual manera.<sup>13</sup> El convenio hace referencia a cierta categoría de civiles a quienes se les debe una protección especial.<sup>14</sup> En particular: enfermos; mujeres gestantes, lactantes o con hijos pequeños, y niños (artículos 14, 24, 38, 50). Esta protección está también basada en un prejuicio, las mujeres se protegen porque son esenciales para el cuidado de los niños. La idea que subyace, por lo tanto, es que las mujeres son intrínsecamente las cuidadoras y encargadas de la crianza de los niños, reforzando así su rol de madres (PA I, 1977a, artículos 75.2, 76). Esto no solo fortifica el estereotipo de género sobre las mujeres, sino sobre el civil que se convierte en femenino y débil. Las resoluciones en el marco de la Agenda del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre mujeres, paz y seguridad también han sido criticadas por promover la figura de la mujer como objeto de protección (Shepherd, 2008) que “refuerzan el vínculo entre feminidad y victimización” (Hodgson, 2017, p. 340).<sup>15</sup>

La universalización y esencialidad de las características asociadas con la feminidad y la niñez, y la invisibilización de quienes no se conforman con ese esencialismo no solo descartan la posibilidad que las mujeres sean combatientes,<sup>16</sup> sino que además promueve una imagen del hombre como aquel que no es inocente (pasivo o sumiso) ni vulnerable —débil— (Enloe, 1998; Lindsey, 2001). En su esfera práctica, este esencialismo de género puede tener consecuencias fatales para los hombres. Algunas

11 Traducción propia.

12 Énfasis y traducción propios.

13 Además, el convenio solo protege a los nacionales (civiles) de la población enemiga.

14 Al igual que con la invocación del carácter de inocente, durante la conferencia diplomática también se acentuó el deber de proteger a las mujeres, los niños y los enfermos.

15 Traducción propia.

16 Sobre el rol y la experiencia de las mujeres en combate véase Mazurana (2012) y Moser (2001); sobre el cuestionamiento de que las mujeres son pacifistas véase Alison (2004).

investigaciones sugieren que los hombres civiles son más propensos que las mujeres civiles a ser ejecutados en un conflicto armado (Jones, 2000). En esta línea, Carpenter (2006) ha demostrado cómo, durante el conflicto de la ex Yugoslavia, las masacres selectivas a los miembros masculinos de la sociedad reflejan la construcción del combatiente contra el civil. Los hombres en edad de combate fueron asesinados porque eran vistos como potenciales combatientes, no así las mujeres.

En cuanto a las consecuencias para las mujeres, la primera es la perpetuación de la negación de agencia de la mujer, “así como las potenciales narrativas perjudiciales en torno a la protección y la vulnerabilidad sexual” (Heathcote et al., 2021, p. 162).<sup>17</sup> Ello implica construir a la mujer como objeto de protección y no como sujeto de protección o cambio. O bien, por ejemplo, focalizar la violencia sexual contra las mujeres “como la expresión paradigmática de la construcción de la mujer como símbolo de honor o propiedad del hombre” (Kinsella, 2006, p. 165);<sup>18</sup> el refuerzo de “estereotipos de feminidad que se corresponden con visones europeas” (Gardam, 1997, p. 249),<sup>19</sup> y dar por sentado cualidades “naturales” como la maternidad y la necesidad de proteger a la mujer en función de su habilidad reproductiva (Gardam, 1997; Heathcote, 2016). Además, su invisibilización como combatientes previene esfuerzos de desmovilización (Annan et al., 2011).

## **2. Mujer débil, sumisa y pasiva: la persona civil en el derecho penal internacional**

### **2.1. Importancia del civil en el derecho penal internacional**

En el Estatuto de Roma de la CPI, el civil como categoría de protección pertenece tanto al ámbito de los crímenes de guerra como a los de lesa humanidad. Los crímenes de guerra abarcan una larga lista de delitos y las víctimas, dependiendo del acto en cuestión, pueden ser tanto civiles como combatientes. Hay delitos donde el estatus de la víctima es lo central, tal es el caso del uso de una persona civil como escudo humano (Estatuto de Roma, artículo 8.2.b.xxiii) o matar a traición al combatiente enemigo (Estatuto de Roma, artículos 8.2.b.xi, 8.2.e.ix). Aun así, en la mayoría de los delitos, las víctimas no se diferencian tanto por su estatus como por su comportamiento. En algunos casos, tal como el crimen de dirigir ataques a la población civil o contra personas civiles, tanto el estatus de la persona como su comportamiento son relevantes a los fines de determinar su situación

---

17 Traducción propia.

18 Traducción propia.

19 Traducción propia.

de víctima (Estatuto de Roma, artículo 8.2.b.i). Por lo que debe haber una doble evaluación: determinar si la víctima es civil, en cuyo caso se determinará si al momento del hecho participaba o no activamente de las hostilidades. En otros casos el estatus de la víctima es irrelevante y lo que importa es su conducta al momento del hecho. Tal es el caso del homicidio (Estatuto de Roma, art. 8.2.c.i): para constituir delito aquel debe cometerse en contra de una persona que no participe activamente de las hostilidades o esté fuera de combate.

Donde el estatus de civil deviene fundamental es en el crimen de lesa humanidad, ya que uno de los elementos contextuales de tipo penal es la necesidad que el ataque en cuestión esté dirigido contra la *población civil* (Estatuto de Roma, art 7.1).<sup>20</sup> El motivo responde a los orígenes de este crimen y su estrecha vinculación con la guerra, ya que “en su formación el concepto de crímenes de lesa humanidad era esencialmente una extensión del derecho de la guerra” (de Guzman, 2011, p. 62).<sup>21</sup> La noción de crímenes de lesa humanidad emergió como una respuesta a crímenes colectivos a manos de un Estado contra su propia población (de Guzman, 2012; Rodenhäuser, 2018), en particular, a las atrocidades nazis contra su propia población. Puesto que dichos crímenes caían fuera de la esfera de los crímenes de guerra que solo protegían a los nacionales de la potencia enemiga, no así a los propios (Robinson, 1999), cuya codificación se dio en el Estatuto Militar de Nuremberg:

Crímenes Contra la Humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos *contra población civil* antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos (artículo 6. c).<sup>22</sup>

Schabas (2007) recuerda que los Aliados temieron por las repercusiones que el crimen de lesa humanidad pudiera tener sobre el trato a las colonias, por lo que decidieron “atar” el crimen de lesa humanidad a los otros crímenes del Estatuto. Bassiouni (2011) entiende que el motivo fue porque la conexión con la guerra era la única forma de extender la protección a la población civil de los Estados (p. 33).

Nuremberg se convirtió en una “fuente de inspiración” para los tribunales internacionales (Bryant, 2015, p. 211).<sup>23</sup> Con los años el crimen de lesa humanidad presentó algunas variaciones como el mantenimiento de un nexo con el conflicto

20 Cursivas fuera del original.

21 Traducción propia.

22 Cursivas fuera del original.

23 Traducción propia.

armado en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal de Yugoslavia (TIPY) o la inclusión de un elemento discriminador en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (TIPR) y en el artículo 5 del Estatuto de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya. Lo que se mantuvo constante fue el requisito “civil” de la población atacada. Tal es así que todos los estatutos de los tribunales internacionales que tienen jurisdicción sobre este crimen lo mantienen. El Estatuto de la CPI, al igual que el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (artículo 2), no requiere la existencia de un conflicto armado ni contiene el elemento discriminador. El artículo 7. 1. del Estatuto de Roma establece: “a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

A pesar de que el “civil” es prácticamente central en la persecución de estos crímenes, ningún estatuto ha provisto una definición de qué o quién debe entenderse por civil. En la sentencia de Nuremberg, recordando que a esa fecha tampoco existía en el DIH una definición de civil, el tribunal optó por un abordaje de sentido común sin explicitarlo, todo aquel que no pertenecía a las fuerzas armadas de los Estados beligerantes era civil (Sentencia Nuremberg, p. 41). Los restantes tribunales, incluida la CPI, han tomado la definición directamente del artículo 50 del PA I (Prosecutor c. Kayishema y Ruzindana, 1999; Prosecutor c. Blaškić, 2004; Prosecutor c. Sessay et al., 2009; Case 001, 2010; Prosecutor c. Ongwen, 2021), indicando además que la misma tiene carácter consuetudinario (Prosecutor c. Blaškić, 2004).

Al ser los crímenes de guerra violaciones graves al DIH (Cassese, 2011; Dörmann, 2003; Triffterer & Ambos, 2016) es acertado trasladar las definiciones de combatiente y civil al ámbito del DPI. No obstante, en el caso de los crímenes de lesa humanidad hacer lo mismo no resulta del todo lógico. Primero, porque no existe hoy necesidad de un nexo con el conflicto armado. Segundo, porque los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos tanto en tiempos de paz como de guerra. En ausencia de un conflicto armado toda la población podría considerarse civil. Es más, cuando los Estados comenten estos crímenes no necesariamente hacen uso de sus fuerzas armadas para llevarlos a cabo, la policía y funcionarios civiles pueden ser los perpetradores directos, como ocurrió en Camboya durante el régimen del Khmer Rouge. La conexión histórica entre el crimen de lesa humanidad y la guerra (Bassiouni, 2011) es la que produce la remisión a las nociones del DIH, independientemente de si concuerdan con el contexto. La mayor consecuencia de trasladar una definición del civil del DIH a los crímenes de lesa humanidad radica en que con ella se traslada también la construcción de subjetividad del civil y sus imaginarios o sesgos.

## 2. 2. Los esencialismos del civil y la “víctima ideal” en la jurisprudencia internacional

Las secciones precedentes apuntan a mostrar los esencialismos del civil y su construcción como débil, pasivo, sumiso y, por sobre todo, su feminización como aquel concepto central en el DPI que se aplica por referencia al DIH independientemente de la existencia de un conflicto armado. El civil es entonces, en el DPI, también una noción generizada. Esto se observa en la narrativa de las sentencias internacionales y el tratamiento de los crímenes internacionales, lo que a la vez robustece los estereotipos de debilidad, pasividad, sumisión y feminidad.

Esta construcción promueve y refuerza la noción de “víctima ideal”. Siguiendo a Christie (1986), la “víctima ideal” es “una persona o categoría de individuos que, al ser afectada por un crimen, se les otorga, sin cuestionar, un completo y legítimo estatus de víctima” (p. 18).<sup>24</sup> La “víctima ideal” de este autor posee determinados atributos: es débil, vulnerable, realiza una actividad respetable (al momento de los hechos), no se la puede responsabilizar por encontrarse en el lugar de los hechos y el ofensor es más grande y perverso que ella (p. 19). En otras palabras, una víctima que se ajusta a los estereotipos de feminidad e inocencia (debilidad, sumisión y pasividad) es una “víctima ideal”. Sin embargo, aquí se sostiene que la “víctima ideal” no es un concepto linear, sino que pueden encontrarse distintos “ideales” en función de los actos criminales en cuestión, que generan, si se quiere, subcategorías o capas. Simplificando, hay víctimas que son “ideales” para ciertos crímenes. Esto quiere decir que aun cuando el “civil inocente” es la “víctima ideal” de los crímenes de lesa humanidad, las mujeres, por ejemplo, son las “víctimas ideales” de los delitos sexuales dentro de esta categoría.

La consecuencia de ser una “víctima ideal” es, como se dijo anteriormente, la aceptación del estatus sin cuestionar. Esto repercute en las investigaciones y en las sentencias internacionales, ya que la tendencia inconsciente es localizar y construir a estas “víctimas ideales”. La situación se vuelve entonces un círculo vicioso; los esencialismos del civil provocan una construcción subjetiva de la “víctima ideal”. A su vez, cuando aquella se manifiesta (o se presenta) en los procesos judiciales, su imagen tiende a reforzar la naturalización de esos estereotipos de género que la originaron en primer lugar. Adicionalmente, contribuye también a oscurecer o impedir las “zonas grises”,<sup>25</sup> abriendo el camino a situaciones de impunidad y de desconocimiento de experiencias de victimización.

24 Traducción propia.

25 En relación con las zonas grises véase Brown, (2013) y Levi (1989).

La generización del civil y la búsqueda de la “víctima ideal” explican varias situaciones que tienen lugar en las sentencias de los tribunales. Por ejemplo, la idea que son siempre los combatientes los perpetradores y los civiles las víctimas, respaldada por una narrativa que refuerza la idea de “inocencia” —debilidad, pasividad y sumisión— de los civiles para legitimar su victimización. Así, el “ataque a civiles inocentes” o “la muerte de civiles inocentes” son frases frecuentes en las sentencias. (Prosecutor c. Erdemović, 1997, par. 19; Prosecutor c. Stakić, 2003, par. 58; Nahimana et. al, 2003, par. 1038; Rutaganira, 2005, par. 161). Las Cortes Especiales de Sierra Leona explicitan el nexo entre la inocencia y la abstención de participar activamente en las hostilidades (Prosecutor c. Sessay et.al, 2009, par. 954). La narrativa ayuda a reforzar así la noción del civil como “víctima ideal” y, dentro de los civiles, que es peor atacar a mujeres y niños (Blaškić, 2004; Rutaganira, 2005).

Esta construcción explicaría también la poca cantidad de acusadas mujeres en los tribunales internacionales, un 1.1 % de los acusados (Hodgson, 2017, p. 341), no porque las mujeres no cometan crímenes, sino simplemente porque el esencialismo de género que se impone es el de la inocencia. Se recuerda que a las mujeres se las tiende a considerar civiles por defecto (Carpenter, 2006). Ello tiende a minimizar su participación en crímenes internacionales o a que no se contemple siquiera la posibilidad y mucho menos, su investigación.<sup>26</sup>

En las investigaciones penales esto puede llevar, además, a invisibilizar a los varones como víctimas de violencia, en particular como víctimas de violencia sexual, a la vez que se hipervisibiliza la de la mujer de una manera que promueve la supremacía masculina (Chinkin & Kaldor, 2013). Zarkov (2001), al referirse al conflicto en la exYugoslavia sostiene: “la violación sexual de las mujeres generó interés mediático, la de los hombres no” (p. 72).<sup>27</sup> En esta línea, el trato de la violación sexual a hombres por parte de los tribunales varía desde su omisión (Prosecutor c. Bagosora et al., 2008; Prosecutor c. Sessay et al., 2009; Prosecutor c. Taylor, 2012)<sup>28</sup> hasta tratarlo como tortura (Prosecutor c. Mucić et al., 1998; Prosecutor c. Simić et al., 2003).<sup>29</sup> Caracterizar la violación sexual de los hombres solo como tortura es problemático porque promueve una imagen de que los hombres no son pasibles de violencia sexual y que esta es un problema de las mujeres (Sivakumaran, 2010). Con relación a cómo se fomentan y refuerzan ideas generizadas de la violencia sexual, el

26 Los obstáculos en el acceso de las mujeres a cargos de jerarquía también pueden explicar la falta de perpetradoras mujeres, al menos en ciertos tribunales internacionales que tratan con “perpetradores jerárquicos”.

27 Traducción propia.

28 En *Bagosora*, se reconoce la existencia de la violación, pero solo sirve para contextualizar el caso.

29 Existen casos de imputación de violación contra hombres que han llevado a convicciones en algunos casos, por ejemplo, *Češić* (2004), *Bemba* (2016) absuelto en apelación.

tratamiento que ciertos tribunales llevan a cabo sobre la violencia sexual a la mujer tiende a reforzar estas ideas.<sup>30</sup>

Asociar automáticamente a las mujeres (y niñas) con violencia sexual no solo puede resultar en su marginalización como víctimas de otros crímenes “convencionales” o dominantes (Grewal, 2015, p. 150), sino que también opera como una forma de acentuar las diferencias de género en base a la vulnerabilidad (debilidad) sexual (Kinsella, 2006). Estas prácticas están internalizadas en el seno de los tribunales y se reflejan en las sentencias judiciales. Operan como refuerzo de conceptos estereotípicos cuya consecuencia es prevenir un abordaje de justicia integral y el reconocimiento de las experiencias reales de las víctimas de delitos internacionales. La generización del civil hace que se privilegien ciertos grupos por sobre otros.

### **2.3. Débil, pasiva y sumisa: los esencialismos de la CPI en el caso**

#### ***Dominic Ongwen***

La adopción del Estatuto de Roma representó un avance en materia de justicia de género. Años de presión de grupos feministas se vieron reflejados en disposiciones que demandaban una representación equilibrada de magistrados (artículo 36.8.a.iii) y jueces especializados en violencia contra las mujeres y los niños (artículo 36.8.b), así como en la lista de crímenes sexuales y de género y el establecimiento de la Unidad de Género y Niños en la Fiscalía. A su vez, la Fiscalía (2014) en su *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género* se comprometió a “incorporar la perspectiva y el análisis de género” (par. 5) y a evitar “cualquier discriminación de género” en toda su labor.

No obstante, la construcción del civil como débil, pasivo, sumiso y femenino se hizo presente y se incrustó en el espíritu del estatuto, así como en la práctica posterior del tribunal. Durante las negociaciones, los esencialismos con relación al civil fueron acentuados; los delegados exaltaron de manera frecuente la necesidad de protección de las mujeres y los niños frente a la violencia, así como su calidad de civiles y su situación de vulnerabilidad —debilidad— (Conferencia Diplomática, 1998). El estatuto también hizo lo propio, por ejemplo, al referir a la esclavitud menciona: “Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de

30 Por ejemplo, en Sierra Leona, el primer tribunal en juzgar el delito de matrimonio forzado, la Jueza Doherty (Prosecutor c. Brima et al., 2007) encontró que: “La intención del esposo fue obligar a la víctima a cuidarlo y satisfacer sus necesidades sexuales, a serle leal y fiel y a tener sus hijos. A cambio, él la protegería contra abusos sexuales por parte de otros hombres y la alimentaría. En efecto estos son derechos y obligaciones de quienes, tal como lo indicó la defensa, se involucran en un matrimonio tradicional, pero aquí no existe el asentimiento de la familia de la mujer y el estatus de esposa es forzado” (par. 49) (traducción propia).

esos atributos en el tráfico de personas, *en particular mujeres y niños*” (Estatuto de Roma, artículo 7.2.c),<sup>31</sup> lo que termina siendo una espada de doble filo. Por un lado, implica el reconocimiento de crímenes cometidos contra estos grupos, por el otro opera como refuerzo de los estereotipos de debilidad y las nociones de que solo las mujeres pueden ser víctimas de violencia sexual y de género.

A ello se suma la práctica de la Fiscalía en la construcción de la “víctima ideal”, que es retomada por las cámaras. Así, al día de hoy, la CPI ha replicado los legados esencialistas construidos en torno a la subjetividad del civil y de lo que este debe ser o cómo debe comportarse en su jurisprudencia. Como se verá a continuación, evitar la discriminación de género e incorporar dicha perspectiva sigue siendo una aspiración.

La construcción de la “víctima ideal” como mujer débil, pasiva y sumisa se ve reflejada en su última sentencia. El pasado 4 de febrero, la CPI sentenció a Dominic Ongwen, excomandante del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) por una lista sustancial de crímenes internacionales. *Ongwen* es importante por distintas razones: es la primera condena en la situación de Uganda, investigación que empezó hace 17 años; es la persona condenada a la mayor cantidad de crímenes hasta el momento en la CPI, 61 cargos que incluyen tanto crímenes de guerra, como de lesa humanidad, entre ellos se le atribuyen crímenes de los cuales él fue una vez víctima, reavivando así el debate sobre las víctimas-perpetradores; representa para la CPI la primera condena por matrimonio forzado, y la primera a nivel internacional por embarazo forzado. Además, hubo un reconocimiento explícito a las víctimas, cuyos nombres fueron leídos por el juez a la hora del veredicto, algo insólito hasta el momento, pero sin duda causa de celebración.

Sin embargo, no todo lo que brilla es oro. *Ongwen* es también un ejemplo de cómo operan los esencialismos del civil y cómo se refuerzan esos estereotipos. Se busca mostrar, de forma sintética, cómo lo hasta aquí desarrollado se manifiesta en las investigaciones y consecuentemente en las sentencias de la CPI. A tal fin, el foco está puesto en dos aspectos de la sentencia: los cargos por esclavitud (crimen de lesa humanidad) y tortura (crimen de lesa humanidad y de guerra), y los abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas (crimen de lesa humanidad y de guerra).

Una de las prácticas habituales del ERS fue el secuestro de personas civiles tanto adultas como menores de edad para acrecentar las filas de soldados (Prosecutor c. Ongwen, 2021, par. 895, 1973). Estimaciones indican que del total de las filas del ERS, un 25% corresponde a mujeres secuestradas y un 47% a hombres secuestrados

31 Cursivas fuera del original.

—edades 14-35— (Annan et al., 2011). Además, “la violencia y las amenazas de castigo eran los principales medios de control [sobre los reclutas secuestrados] del ERS” (Blattman & Annan, 2010, p. 140), situación acreditada en *Ongwen*. En palabras simples, esto implica que una gran cantidad de personas fueron obligadas a combatir.

El fiscal imputó y el Tribunal de Juicio encontró a Ongwen culpable por esclavitud y tortura (par. 1068) en relación con el secuestro de personas civiles tanto hombres como mujeres de diferentes edades, pero *solo con* respecto al transporte de mercadería y heridos al campamento, por entender que habían sido puestos bajo vigilancia y amenazados de muerte para prevenir que escapasen además de los maltratos y golpes para que caminaran más rápido (par. 2839). No hay reflejo de lo que acontece después de la llegada al campamento en los cargos penales, excepto en el caso de los menores de 15 años (niños soldado) y las mujeres. En estos casos, el fiscal imputó por esclavitud y tortura con relación a las mujeres una vez que aquellas llegaban al campamento y eran incorporadas al ERS y por reclutamiento de niños soldado; cargos que también fueron corroborados en la sentencia.

Lo que muestra la sentencia, entonces, es cómo operan los esencialismos del civil. La idea de la “víctima ideal”, el civil como mujer débil, pasiva y sumisa. Aun cuando el ambiente coercitivo es idéntico (incluso con referencias a asesinatos de personas que han intentado escapar) —fue demostrado que este es el *modus operandi* del ERS y se acreditó que los civiles eran forzados a combatir—, en el momento en que el hombre civil adulto es obligado a tomar las armas deja de ser merecedor del estatus de víctima.

En relación con las mujeres y niñas, parte de su experiencia es invisibilizada y solo se las considera como objeto de abusos sexuales. A pesar de que la prueba indica que en cualquier momento dado (del periodo comprendido en los cargos: 1 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2005) habría más de 100 mujeres secuestradas en la Brigada Sinia (par. 213),<sup>32</sup> que testigos hablaron de cómo identificaban la existencia del ataque por el aullido de las mujeres (par. 1249) y del entrenamiento militar que seguía a los secuestros (par. 423), y que la propia CPI reconoció estos hechos, es el propio tribunal el que minimiza su participación al sostener: “No obstante existir evidencia de la participación de miembros femeninos del ERS en entrenamiento y combate, la prueba que se discute a continuación indica que el rol del combatiente era principalmente para los hombres” (par. 894).<sup>33</sup> Al invisibilizar o descartar su rol de combatiente, las mujeres fueron consideradas víctimas *ipso*

32 El ERS se conformaba de 4 grandes brigadas, la Sinia era la comandada por Ongwen y es por ello que la referencia es solo en relación a ella (Prosecutor c. Ongwen, 2021, par.123).

33 Traducción propia.

*facto*, lo que además permitió imputar por esclavitud y tortura durante la estadía en el ERS. En cambio, la narrativa de la Fiscalía (y del tribunal) se focalizó en el rol de las mujeres y niñas en el ERS, que en la sentencia se reduce a su consideración como objetos de abuso sexual.

La sentencia, entonces, analiza con profundidad las políticas del ERS en cuanto al secuestro de mujeres y niñas, principalmente a los aspectos de matrimonio y embarazo forzado y esclavitud y violación sexual (pars. 214-220, 2098, 2814). Estos delitos tienen por víctimas exclusivamente a las mujeres, no hay un solo cargo por abuso sexual a hombres, pese a la existencia de abusos a niños (ONUCDH, 2000). Así, la CPI encontró “que la brigada Sinia llevó a cabo un esfuerzo metódico para secuestrar a mujeres y niñas en el norte de Uganda y forzarlas a servir en la Brigada como ‘esposas’ y como servicio doméstico” (par. 212).<sup>34</sup> Si bien las mujeres (y niñas) han sido desproporcionadamente afectadas, puesto que además de combatir han sido sometidas a abusos sexuales en mayor medida que los hombres (y niños), reforzar el papel de la mujer como “esposa” implica oscurecer la realidad de las experiencias de esas mujeres, ya que hay una parte de la historia que se está omitiendo: no hay reconocimiento general de las mujeres combatientes o de las niñas soldado. La sentencia no contempla un cruce entre las mujeres que pelean y aquellas abusadas sexualmente, invisibilizando una porción de su experiencia real.

Tampoco se habla de los abusos sexuales de aquellas mujeres que integran el ERS voluntariamente, es decir, que no hayan sido secuestradas (Annan et al., 2011). Téngase presente que la CPI ha determinado que la violación está siempre prohibida, independientemente del estatus de la víctima (Fiscal c. Ntaganda). En este caso la agencia de la mujer (integración voluntaria al ERS) se castiga. Esta falta de reconocimiento solo sirve para acrecentar los estereotipos que las mujeres son débiles, pasivas y sumisas, en últimas, que carecen de agencia; al tiempo que “reducen la experiencia e identidades de las mujeres y niñas al marco de la violencia sexual” (Grewal, 2015, p. 153).<sup>35</sup> Adicionalmente, al construir la “víctima ideal” se refuerzan las estructuras patriarcales, ya que las mujeres solo son presentadas como las esposas o amas de casa o por su función reproductiva.

Con las niñas soldado, la cuestión se vuelve un tanto confusa. En primer lugar, cabe decir que el conflicto en Uganda es famoso por el reclutamiento de niños y niñas soldado a manos del ERS, estudios indican que un 40 % de los niños soldado son, en realidad, niñas (Drumbl, 2012; Singer, 2015). Además, reportes muestran que “a las niñas se les daban armas y entrenamiento militar” (Gustavsson et al.,

34 Traducción propia.

35 Traducción propia.

2017),<sup>36</sup> por lo que es impensable que en las filas del ERS no haya habido niñas soldado. Dicho esto, la CPI al referir a los niños soldado ha hecho referencias a “child” o “children” (par. 3102), que como con su equivalente en español abarcaría, en principio, ambos géneros. Sin embargo, en sentencias anteriores, la CPI ha marcado la diferencia al hablar de niños y niñas soldado (Prosecutor c. Lubanga, 2012; Prosecutor c. Ntaganda, 2019). A ello se suma la insistencia de la CPI que los “hombres son soldados y las mujeres esposas”. Esto lleva a cuestionar si es una invisibilización del papel de las niñas en los conflictos armados y si, al igual que con sus pares adultas, solo se presentan como víctimas de violencia sexual.

Como se observa, *Ongwen* es un claro ejemplo de la continuación de los legados esencialistas en torno al civil, de cómo la masculinidad sigue reflejada en la violencia y dominación, mientras que la feminidad se refleja en la victimización (Hodgson, 2017, p. 340). Muestra también la decisión de contar una parte de la historia para mantener la imagen de “víctima ideal”, una víctima que es mujer, débil, pasiva y sumisa.

## Conclusión

El presente trabajo ha intentado mostrar cómo la construcción de ideales sobre el civil, originados en el DIH, influye y afecta las sentencias de la CPI, quien no permanece ajena a la reproducción de estos estereotipos. Estos legados esencialistas se encuentran incrustados en la práctica de los tribunales internacionales. Por consiguiente, el traslado del concepto de *civil*, y con ello de los estereotipos que lo integran, no solo promueve el mantenimiento de estructuras patriarcales, sino que imposibilita valorar íntegramente a las víctimas.

Los ideales subjetivos que rodean a la persona del civil construyen una imagen de aquel como débil, pasivo, sumiso y femenino, que impacta negativamente en las investigaciones judiciales internacionales y en sus resultados. El discurso esencialista y las ideas que este impone marginalizan a quien no se conforma con las expectativas al punto de invisibilizarlo en las investigaciones internacionales, lo que impide a la CPI lograr una justicia de género. Tal como lo demuestra la última sentencia de este tribunal (*Ongwen*), donde las narrativas de inclusión y exclusión; la decisión de imputar ciertos crímenes, y el reconocimiento y la valoración de la agencia de las víctimas (o la falta de ella) terminan sosteniendo los estereotipos de género y sus esencialismos tanto sobre hombres como mujeres. Esto deviene en un no-reconocimiento de las experiencias completas de las víctimas, el silencio tanto de las vivencias, como de los crímenes, lo que, a su vez, allana el camino a la impunidad.

36 Traducción propia.

A pesar de su compromiso con una justicia de género y evitar la discriminación por género, queda trabajo por hacer para lograr este objetivo. Debe haber esfuerzos reales para reconstruir la imagen de la víctima ideal, para reestructurar y repensar subjetividades y prácticas con miras a una completa protección de las víctimas, de sus historias y del abordaje de los crímenes internacionales. Para que en “nuestra lucha contra la impunidad, no dejemos a nadie atrás” (Bensouda, 2019).<sup>37</sup>

## Referencias

- Alexander, A. (2007). The genesis of the civilian. *Leiden Journal of International Law*, 20(2), 359-376. <https://doi.org/10.1017/S0922156506003347>
- Alison, M. (2004). Women as agents of political violence: Gendering security. *Security Dialogue*, 35(4), 447-463. <https://doi.org/10.1177/0967010604049522>
- Annan, J., Blattman, C., Mazurana, D., & Carlson, K. (2011). Civil war, reintegration, and gender in northern Uganda. *The Journal of Conflict Resolution*, 55(6), 877-908.
- Bassiouni, M. C. (2011). *Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application*. Cambridge University Press.
- Bensouda, F. (25 noviembre, 2019). *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda*. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=191125-otp-statement-International-Day-Elimination-Violence-against-Women>
- Blattman, C., & Annan, J. (2010). On the nature and causes of LRA abduction: What the abductees say. In T. Allen & K. Vlassenroot (Eds.), *The lord's resistance army: Myth and reality* (pp. 132-155). Zed Books. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/latrobe/detail.action?docID=579116>
- Brown, A. (2013). *Judging 'privileged' jews: Holocaust ethics, representation, and the 'grey zone,' vol. 18*. Berghahn Books.
- Bryant, M. S. (2015). *A world history of war crimes: From antiquity to the present*. Bloomsbury Publishing Plc.
- Carpenter, R. C. (2006). *Innocent women and children?: Gender, norms and the protection of civilians*. Taylor & Francis Group.
- Cassese, A. (Ed.). (2011). *International criminal law: Cases and commentary*. Oxford University Press.

---

37 Traducción propia.

- Central Command, United States of America. *Unclassified Executive Summary: Investigation of Civilian Casualties, Oruzgan Province, Operation Full Throttle 30 June, 2002*. (6 septiembre, 2002). <https://www.globalsecurity.org/military/library/report/2002/summ-oruzgan-investigation.htm>
- Charlesworth, H., & Chinkin, C. (2000). *The boundaries of international law: A feminist analysis*. University Press.
- Chinkin, C., & Kaldor, M. (2013). Gender and new wars. *Journal of International Affairs*, 67(1), 167-187. <https://www.jstor.org/stable/24461677>
- Christie, N. (1986). The ideal victim. En E. A. Fattah (Ed.), *From crime policy to victim policy: Reorienting the justice system* (pp. 17-30). Palgrave Macmillan UK. [https://doi.org/10.1007/978-1-349-08305-3\\_2](https://doi.org/10.1007/978-1-349-08305-3_2)
- Cohn, C. (1993). Wars, wimps, and women: Talking gender and thinking war. En M. G. *Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra* (Convenio III). (1949a).
- Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra* (Convenio IV). (1949b).
- Cooke & A. Woollacott (Eds.). *Gendering war talk* (pp. 227-246). Princeton University Press.
- Corte Penal Internacional. (2014). *Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género*.
- Corte Penal Internacional. (1998). *Estatuto de Roma*.
- Diakiese, H. *Opening Remarks, Situation in the Democratic Republic of Congo, Prosecutor c. Lubanga*, Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/0, 26 enero, 2009.
- Dörmann, K. (2003). *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and commentary*. Cambridge University Press.
- Doswald-Beck, L. (1987). The civilian in the crossfire. *Journal of Peace Research*, 24(3), 251-262. <https://doi.org/10.1177/002234338702400305>
- Drumbl, M. A. (2012). *Reimagining child soldiers in international law and policy*. OUP Oxford.
- Enloe, C. (1998). All men are in the militias, all the women are victims: The politics of masculinity and feminity in nationalist wars. En L. A. Lorentzen & J. E. Turpin (Eds.), *The women and war reader* (pp. 50-61). New York University Press.

- Fleck, D., & Bothe, M. (Eds.). (2014). *The handbook of international humanitarian law*. Oxford University Press.
- Gardam, J. (1997). An alien's encounter with the law of armed conflict. En N. Naffine & R. J. Owens (Eds.), *Sexing the subject of law* (pp. 233-250) LBC Information Services.
- Green, L. C. (2000). *The contemporary law of armed conflict*. Manchester University Press.
- Grewal, K. K. (2015). International criminal law as a site for enhancing women's rights? Challenges, possibilities, strategies. *Feminist Legal Studies*, 23(2), 149-165. <https://doi.org/10.1007/s10691-015-9286-4>
- Gustavsson, M., Oruut, J., & Rubenson, B. (2017). Girl soldiers with Lord's Resistance Army in Uganda fighting for survival: Experiences of young women abducted by LRA. *Children's Geographies*, 15(6), 690-702. <https://doi.org/10.1080/14733285.2017.1300233>
- de Guzman, M. (2011). Crimes against humanity. En B. S. Brown (Ed.), *Research handbook on international criminal law* (pp. 62-83). Edward Elgar Publishing.
- de Guzman, M. (2012). Crimes against humanity. En W. A. Schabas (Ed.), *Routledge handbook of international criminal law* (pp. 121-137). Routledge.
- Heathcote, G. (2016). Laws, UFOS and UAVS: Feminist encounters with the law of armed conflict. En D. Stephens & P. Babie (Eds.), *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam* (pp. 153-170). University of Adelaide Press. <https://www.jstor.org/stable/10.20851/j.ctt1sq5x0z.11>
- Heathcote, G., Jones, E., Labenski, S., & Bertotti, S. (2021). *The law of war and peace: A gender analysis, volume 1*. Zed Books. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/latrobe/detail.action?docID=6419521>
- Henckaerts, J.-M., & Doswald-Beck, L. (2005). *Customary international humanitarian law, volume 1*. Cambridge University Press.
- Hodgson, N. (2017). Gender justice or gendered justice? Female defendants in international criminal tribunals. *Feminist Legal Studies*, 25(3), 337-357. <https://doi.org/10.1007/s10691-017-9359-7>
- Jaworski, E. (2003). "Military necessity" and "civilian immunity": Where is the balance? *Chinese Journal of International Law*, 2(1), 175-206.

- Jones, A. (2000). Gendercide and genocide. *Journal of Genocide Research*, 2(2), 185-211. <https://doi.org/10.1080/713677599>
- Kinsella, H. M. (2006). Gendering grotius: Sex and sex difference in the laws of war. *Political Theory*, 34(2), 161-191. <https://doi.org/10.1177/0090591705279530>
- Kinsella, H. M. (2011). *The image before the weapon: A critical history of the distinction between combatant and civilian*. Cornell University Press.
- Levi, P. (1989). *Los hundidos y los salvados* (trad. P. G. Bedate). Muchnik Editores.
- Lindsey, C. (2001). *Women facing war*. ICRC.
- Mazurana, D. (2012). Women, girls, and non-state armed opposition groups. En C. Cohn & C. H. Enloe (Eds.), *Women and wars: Contested histories, uncertain futures* (pp. 146-168). Wiley. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/latrobe/detail.action?docID=1166791>
- Melzer, N. (2014). The principle of distinction between civilians and combatants. En A. Clapham & P. Gaeta (Eds.), *The Oxford handbook of international law in armed conflict*. Oxford University Press.
- Moser, C. O. N. (2001). *Victims, perpetrators or actors? Gender, armed conflict and political violence*. Zed Books.
- Norman, R. (1995). *Ethics, killing, and war*. New York University Press.
- Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts 1974-1977*.
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*. 15 de junio a 17 de julio de 1998, Roma, Italia.
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Estatuto de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya*.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. (27 abril, 2000). *Resolution 2000/60, Abduction of children from northern Uganda*, E/CN.4/RES/2000/60.
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (1993). *Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Yugoslavia*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/International-TribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (1994). *Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda*. <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2002). *Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/scsl/scsl\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/scsl/scsl_s.pdf)
- Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. (1977a).
- Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. (1977b).
- Roberts, A. (2019). Foundational myths in the laws of war: The 1863 Lieber Code, and the 1864 Geneva Convention Lecture. *Melbourne Journal of International Law*, 20(1), 158-196.
- Robinson, D. (1999). Defining ‘crimes against humanity’ at the Rome Conference. *The American Journal of International Law*, 93(1), 43-57. <https://doi.org/10.2307/2997955>
- Rodenhäuser, T. (2018). *Organizing rebellion: Non-state armed groups under international humanitarian law, human rights law, and international criminal law*. Oxford University Press.
- Rogers, A. P. V. (1996). *Law on the battlefield*. Manchester University Press.
- Schabas, W. (2007). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Shepherd, L. (2008). *Gender, violence and security: Discourse as practice*. Zed Books. <http://ebookcentral.proquest.com/lib/latrobe/detail.action?docID=368675>
- Singer, P. W. (2015). *Children at war*. Knopf Doubleday Publishing Group.
- Sivakumaran, S. (2010). Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict. *International Review of the Red Cross*, 92(877), 259-277. <https://doi.org/10.1017/S1816383110000020>
- Slim, H. (2016). Civilians, distinction, and the compassionate view of war. En H. Willmot et al. (Eds.), *Protection of civilians* (pp. 11-28). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729266.001.0001>

Triffterer, O., & Ambos, K. (Eds.). (2016). *Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Beck/Hart.

Zarkov, D. (2001). The body of the other man: Sexual violence and the construction of masculinity, sexuality and ethnicity in Croatian media. En C. O. N. Moser (Ed.), *Victims, perpetrators or actors? Gender, armed conflict and political violence* (pp. 69-82). Zed Books.

## **Jurisprudencia**

### **ICC**

Prosecutor v. Bemba Gombo, Judgement (Trial Chamber III), Case No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016.

Prosecutor v. Katanga, Judgement (Trial Chamber II), Case No ICC-01/04-01/07, 7 March 2014.

Prosecutor v. Kenyatta et al, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber II), Case No. ICC-01/09-02/11, 23 January 2012.

Prosecutor v. Lubanga, Judgement (Trail Chamber I), Case No, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.

Prosecutor v. Ntaganda, Judgement (Trial Chamber IV), Case No ICC-01/04-02/06, 8 July 2019.

Prosecutor v. Ongwen, Judgement (Trail Chamber IX), Case No. ICC-02/04-01/15, 4 February 2021.

### **ICTY**

Prosecutor v. Blaškić, Appeal Judgement (Appeals Chamber), Case No. IT-95-14-A, 29 July 2004.

Prosecutor v. Češić, Judgement (Trial Chamber I), Case No. IT-95-10/1-S, 11 March 2004.

Prosecutor v. Erdemović, Appeals Judgement (Appeals Chamber), Case No. IT-96-22, 7 October 1997.

Prosecutor v. Mucić et al, Judgement (Trial Chamber), Case NoIT-96-21-T, 16 November 1998.

Prosecutor v. Simić et.al., Judgement (Trial Chamber II), Case NoIT-95-9-T, 2003.

Prosecutor v. Stakić, Judgement (Trial Chamber II), Case No. IT-94-24, 31 July 2003.

### **ICTR**

Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Judgement (Trial Chamber II), Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999.

Prosecutor v. Nahimana et al., Judgement (Trial Chamber I), Case No. ICTR-99-52, 3 December 2003.

*Prosecutor v. Bagosora et al.*, Judgement (Trial Chamber I), Case No. ICTR-98-41-T, 18 December 2008.

Prosecutor v. Rutaganira, Judgement (Trial Chamber III), Case No. ICTR-95-1C, 14 March 2005.

### **Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya**

Case 001, Prosecutors v. Kaing Guek Eav alias Duch, Judgement (Trial Chamber), Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 July 2010.

### **Tribunal Especial para Sierra Leona**

Prosecutor v. Brima et al, Judgement (Trial Chamber II), Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007.

Prosecutor v. Sessay et al. Judgement (Trial Chamber I), Case No. SCSL-04-15-T, 2 March 2009.

Prosecutor v. Taylor, Judgement (Trial Chamber II), Case No. SCSL-03-1-T, 26 April 2012.

### **Tribunal Militar de Nuremberg**

Nuremberg Judgement. Military Tribunal v. Göring et al, 1 October 1946.

# El interés de la justicia en el Estatuto de Roma: un análisis a partir de las decisiones en la situación de Afganistán

The Interests of Justice in the Rome Statute: An Analysis from the Decisions in the Situation of Afghanistan

O interesse da justiça no Estatuto de Roma: uma análise a partir das decisões sobre a situação no Afeganistão

Alejandro Sánchez Frías\*

Fecha de recepción: 19 de abril de 2021

Fecha de aprobación: 22 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10499>

**Para citar este artículo:** Sánchez Frías, A. (2022). El interés de la justicia en el Estatuto de Roma: un análisis a partir de las decisiones en la situación de Afganistán. *ANIDIP*, 9, 1-28. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10499>

## Resumen

El primer acercamiento jurisprudencial en las dos décadas de historia de la Corte Penal Internacional (CPI) al requisito del “interés de la justicia” ha generado fuertes críticas de la doctrina y la sociedad civil. Frente a la interpretación restrictiva del concepto de “interés de la justicia”, defendida de manera abstracta por un importante sector doctrinal, la Sala de Cuestiones Preliminares en la situación de Afganistán dio sentido a este concepto a través de una polémica interpretación extensiva, la cual no ha sido rechazada de forma explícita por la Sala de Apelaciones. El presente

\* Profesor en el área de derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Málaga. Doctor en derecho y máster en abogacía por la Universidad de Málaga, máster en estudios europeos por la Universidad de Salamanca y máster en derecho europeo por el Colegio de Europa (Brujas). El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación *Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad* del Ministerio de Economía y Competitividad, y en el grupo de investigación andaluz Protección Internacional de los Derechos Humanos, Seguridad y Medio Ambiente, ambos dirigidos por la Dra. Ana Salinas de Frías. El autor quisiera mostrar su agradecimiento al jurado del X Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner por haberle otorgado el tercer puesto a este trabajo, así como a los tres revisores anónimos del ANIDIP por sus sugerencias y comentarios.

trabajo analiza los elementos jurídicos y económicos presentes en esta interpretación expansiva para determinar las luces y sombras que se pueden causar a la hora de tomar una decisión de tal calado como la de determinar qué constituye el “interés de la justicia”.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional; apertura de la investigación *proprio motu*; interés de la justicia; interpretación restringida; interpretación amplia.

## Abstract

The first jurisprudential approach to the requirement of the “interests of justice” in the two decades of history of the International Criminal Court (ICC) has caused strong criticism among the scholarship and the civil society. While an important sector of academia has defended a restrictive approach to the interpretation of the “interests of justice”, the Pre-Trial Chamber decided, in the situation of Afghanistan, to give sense to this concept in an expansive manner, an approach not expressly disregarded by the Appeals Chamber. The present study analyses the legal and economic elements used in this expansive interpretation to determine the lights and shadows of using that approach in the definition of an element as important as the “interests of justice”.

**Keywords:** International Criminal Court; opening of an investigation *proprio motu*; interests of justice; restrictive interpretation; expansive interpretation.

## Resumo

A primeira abordagem jurisprudencial nas duas décadas de existência do Tribunal Penal Internacional à exigência do “interesse da justiça” tem gerado fortes críticas por parte da doutrina e da sociedade civil. Diante da interpretação restritiva do conceito de “interesse da justiça” defendido de forma abstrata por um importante setor doutrinário, a Câmara de Pré-Julgamento na situação do Afeganistão deu sentido a esse conceito, por meio de uma ampla interpretação polêmica, a qual não foi explicitamente rejeitada pela Câmara de Recursos. Este trabalho analisa os elementos jurídicos e econômicos presentes nesta interpretação expansiva para determinar as luzes e sombras que podem causar no momento de tomar uma decisão de tal profundidade, a que determina o que constitui o “interesse da justiça”.

**Palavras-chave:** Tribunal Penal Internacional; abertura de inquérito *proprio motu*; interesse da justiça; interpretação restrita; interpretação ampla.

## Introducción

Con 123 Estados parte, el Estatuto de Roma (ER) marca en su preámbulo un objetivo tan ambicioso como necesario: “que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. Justo después de cumplir veinte años de su adopción, la solicitud de apertura de investigación en el asunto de Afganistán puso duramente a prueba la capacidad de actuación de la Corte Penal Internacional (CPI). Por un lado, Estados Unidos amenazó y cumplió con su amenaza de ejecutar medidas contra funcionarios de la CPI por la investigación de actos cometidos por personal estadounidense (“United States Imposes”, 2021). A esta prueba de capacidad se sumó otra de identidad que, como veremos, surgió inesperadamente en el seno de este procedimiento: la del concepto de “interés de la justicia” en el marco del artículo 53. 1. c del ER.

En su obra, *¿Qué es justicia?*, Kelsen (1991) concluyó, que

[n]inguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta” (p. 35).

Partiendo de esta conclusión, el jurista y filósofo austríaco acepta que no puede ofrecer una definición absoluta de este concepto, sino una basada en los valores particulares de quien propone la definición: “verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Solo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí” (Kelsen, 1991, p. 63).

Del mismo modo, los órganos de la CPI tampoco pueden ofrecer una respuesta definitiva ni absoluta sobre qué es la justicia ni cuáles son sus intereses a la hora de fijar el concepto: *interés de la justicia*. Solo puede presentar lo que, conforme a los principios recogidos por el ER, debe significar la justicia para la misión de la CPI y, en concreto, como requisito para la apertura de una investigación a efectos del artículo 53 del ER. Dado que este tratado no define el “interés de la justicia”, y no existía ningún pronunciamiento judicial hasta los que ocupan el objeto de este estudio en 2019 y 2020, la doctrina ha tenido la oportunidad de ofrecer múltiples interpretaciones que hasta la fecha no habían sido confirmadas ni rechazadas de manera taxativa por la

jurisprudencia. En un trabajo publicado poco después de la entrada en vigor de este instrumento fundacional, Gómez Colomer (2002) ya anunciaba:

es difícil explicar qué debe entenderse por “redundar en interés de la justicia”. Esta frase, de origen anglosajón y a la que el EstCPI se refiere varias veces en relación a actos o momentos distintos, no es nada clara, y va a ser muy importante lo que diga la CPI al respecto en el futuro, puesto que en realidad es una norma procesal que otorga una facultad discrecional a su destinatario (p. 300).

El presente estudio tiene como objetivo determinar qué elementos conforman el interés de la justicia a efectos de la apertura de una investigación bajo el artículo 53. 1. c del ER desde la óptica de la nueva jurisprudencia derivada del asunto de Afganistán. Tras introducir brevemente en la sección primera las corrientes doctrinales existentes y los pronunciamientos de la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) y de la Sala de Apelaciones (SA) a este respecto, analizaremos cada uno de los elementos específicos empleados por cada una de estas, destacando sus debilidades y fortalezas desde un punto de vista jurídico y, sobre todo, desde la perspectiva del derecho internacional. Para ello, la sección segunda, la más extensa dadas las polémicas novedades que se introducen en el debate sobre el “interés de la justicia”, se centrará en los elementos temporales, económicos y de cooperación propuestos por la SCP para rechazar la existencia del interés de la justicia. La sección tercera, por su parte, se dedica al análisis de los elementos requeridos por la SA —la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas—, destacando además cómo esta decisión ha zanjado la discusión sobre si estos dos elementos son definitorios del interés de la justicia o si, por el contrario, sirven como contrapeso. A la vista del análisis crítico, ofreceremos nuestras conclusiones sobre cuáles elementos deben ser introducidos y cuáles no a la hora de definir el interés de la justicia en futuros procedimientos.

## **1. El debate doctrinal previo y las dos posturas en el asunto de Afganistán**

Antes de que surgiese el debate en torno al asunto de Afganistán, De Souza Días (2017) identificó dos corrientes principales según los elementos que pueden incluirse en el concepto del “interés de la justicia” (pp. 732-733). La primera de ellas defiende una interpretación restringida de dicho concepto, según la cual la fiscalía podría rechazar una investigación por este motivo únicamente cuando concurren los elementos expresamente mencionados en el artículo 53 del ER: la gravedad de los crímenes, los intereses de las víctimas, la edad y salud del acusado y el papel

asumido en la comisión de los presuntos crímenes. La segunda corriente se inclina por una interpretación más amplia del criterio que permitiría a la fiscalía rechazar la apertura de una investigación por las razones indicadas en el ER y por elementos no relacionados estrictamente con el procedimiento penal en curso. Esto incluiría, como veremos, elementos temporales, el uso eficiente de los escasos recursos económicos y personales que tiene la CPI a su disposición y el nivel de cooperación de los Estados en la persecución de los crímenes en cuestión.

No ha sido sino hasta la llegada de las dos decisiones que formarán el objeto de nuestro estudio que la aplicación de estas corrientes se ha visto puesta a prueba. La decisión del 12 de abril de 2019 en el asunto de Afganistán recoge el primer análisis jurisprudencial detallado del requisito del “interés de la justicia” para la apertura de una investigación conforme al 53. 1. c del ER (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019). De las cuatro páginas que dedica a este punto se pueden extraer los tres elementos que respaldan la negativa a autorizar la investigación del asunto de Afganistán “en interés de la justicia”: el lapso transcurrido entre el inicio de estos crímenes (2005) y la fecha en la que se solicita la apertura de la investigación (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019 par. 93); la falta de cooperación de los Estados implicados, que indica que una investigación exitosa será poco factible (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, par. 94), y que la dedicación de los limitados recursos de los que dispone la CPI a este asunto perjudicaría la apertura de otras investigaciones más realistas o factibles (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, par. 95).

Este pronunciamiento, considerado por algunos como “el anticlímax tras más de una década de examen preliminar por la Oficina del Fiscal, y un año y medio de deliberaciones judiciales”<sup>1</sup> (Vasilev, 2019), fue recurrido por la fiscalía debido, entre otras razones, al polémico análisis del interés de la justicia llevado a cabo por la SCP. En su decisión, la SA determinó que la SCP se había extralimitado en sus funciones a la hora de examinar el “interés de la justicia” y que, por lo tanto, no era necesario realizar un análisis de fondo.<sup>2</sup> No obstante, si bien en un *obiter dictum* motivado por el fuerte debate que produjo en la academia y la sociedad civil la decisión impugnada (Sala de Apelaciones, 2020, par. 48), esta sala señaló:

1 Traducción propia.

2 La competencia de la SCP para realizar un examen del “interés de la justicia” a la hora de autorizar la apertura de una investigación no entra en los límites del presente estudio, por lo que nos remitimos a los trabajos de Orihuela Calatayud (2020) y Poltronieri Rossetti (2019).

The Pre-Trial Chamber’s reasoning in support of its conclusion regarding the ‘interests of justice’ was cursory, speculative and did not refer to information capable of supporting it. [...] There is no indication that the Pre-Trial Chamber considered the gravity of the crimes and the interests of victims as articulated by the victims themselves in conducting this assessment. In these circumstances, the Appeals Chamber is of the view that the Pre-Trial Chamber did not properly assess the interests of justice (Sala de Apelaciones, 2020, par. 49).

En este solitario párrafo, la SA se limitó a indicar que en el “interés de la justicia” deben tenerse en cuenta los intereses de las víctimas y la gravedad del crimen, alineándose así, como veremos, con quienes abogan por una interpretación restrictiva de este concepto. No obstante, y pese a que una lectura rápida pudiese dar la impresión de que se rechazan los elementos utilizados por la SCP, una segunda lectura muestra que no es el caso. La SA considera que la SCP fue especulativa al no contar con suficiente información para confirmar su análisis, pero en ningún momento estableció que, en abstracto, la inclusión de los tres elementos mencionados fuese errónea.

La respuesta de la SA, en su brevedad, no cierra la puerta a interpretaciones más amplias del interés de la justicia, cuestión importante de destacar por dos razones de peso. En primer lugar, porque deja abierta la posibilidad de que, cuando la SCP examine casos en los que la fiscalía decida no abrir una investigación “en interés de la justicia”, la SCP pueda revisar la presencia de elementos como la extensión de la etapa preliminar, la cooperación de los Estados o el uso eficiente de los recursos de la CPI. En segundo lugar, porque podría ser empleada por la propia fiscalía no solo en investigaciones *propio motu*, sino también para rechazar las referidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas —CSNU— (Dannenbaum, 2020, p. 151). Los próximos apartados se dedicarán por tanto a analizar, desde distintos puntos de vista, cada uno de estos elementos y el papel que pueden jugar en las futuras líneas de actuación de la CPI, comenzando por los explícitamente señalados por la SCP y pasando posteriormente a los de la SA.

## 2. La interpretación extensiva de la SCP

A la hora de decidir que una autorización en Afganistán no redundaría en el interés de la justicia, la SCP tuvo en cuenta, como hemos visto, tres elementos principales: el tiempo transcurrido entre la presunta comisión de los crímenes y la solicitud de inicio de la investigación; la falta de cooperación de los Estados implicados, y el riesgo de perder recursos que la CPI podría utilizar en la investigación de asuntos

más realistas o factibles. Ninguno de estos elementos es mencionado en el artículo 53 del ER y todos ellos escapan, además, a lo que consideraríamos la vertiente estrictamente retributiva de la justicia penal.

Como puede imaginarse, la decisión de la SCP de elegir estos tres elementos no surge de la nada, sino que se inspira en ciertas corrientes que defienden una aproximación expansiva de los elementos que deben conformar la justicia penal internacional. En las próximas secciones analizaremos las fortalezas y debilidades de cada uno de estos elementos según los defienden algunos participantes en el proceso ante la SA de la CPI, que formarían un concepto del interés de la justicia que incluye “consideraciones más amplias que la simple justicia criminal” (CPI, 2019, p. 93).

## **2.1. El lapso entre la comisión del crimen y la solicitud de apertura de la investigación**

El primer elemento tomado en consideración por la SCP es el lapso transcurrido entre la presunta comisión de los crímenes en Afganistán y la solicitud de inicio de la investigación por parte de la fiscalía de la CPI. Como recordaremos, la fiscalía inició el examen preliminar en el año 2006, pero solo hasta 2017 solicitó la investigación de los crímenes presuntamente cometidos en Afganistán a partir del año 2003 y en otros Estados parte a partir del año 2002.

Tal y como indica la SCP en su decisión, la duración de la fase de examen preliminar, por un total de 11 años, supone un periodo particularmente largo (Sala de Cuestiones Preliminares, 2017, par. 92). La SCP considera que el transcurso de este tiempo pone seriamente en duda el posible éxito de la investigación y, con ello, aporta el primer elemento del “interés de la justicia” que no está presente en el asunto de Afganistán. La pretensión de intentar llevar a buen puerto una investigación catorce años después de la comisión de los crímenes sería un ejemplo claro de la aplicación del aforismo americano “justice delayed, justice denied” —justicia retrasada, justicia negada— (*United States c. Hastings*, 1998) a la CPI. Para la SCP esta es la primera señal de que no es conforme al “interés de la justicia” proceder con tal retraso.

Las dilaciones en la etapa preliminar se encuentran presentes de forma habitual en los asuntos más complejos de los que conoce la fiscalía de la CPI (Magnoux, 2017; Bosco, 2020; Olásolo Alonso, 2012). Véase, por ejemplo, el asunto de la República Centroafricana en el que, tras dos años sin recibir noticias sobre los resultados de la fase preliminar, la SCP se vio obligada a señalar a la fiscalía que “the preliminary examination of a situation [...] must be completed within a reasonable time [...], regardless of its complexity” (Sala de Apelaciones, 2006, p. 4). Cabe recordar que,

aunque el ER no impone a la fiscalía un tiempo límite para el desarrollo de la fase preliminar, el propósito de esta etapa y los derechos de las partes aconsejan que se complete en un periodo de tiempo razonable (Olásolo Alonso, 2005, p. 144). La propia fiscalía reconoce que las posibilidades de obtener y asegurar las pruebas con éxito son mayores mientras menor sea el tiempo de llegada a la escena del crimen:

The time gap between events on the ground and the moment when the Office can investigate can result in loss of evidence. This is contrary to the “golden hour” principle which recognises that the sooner one can be present at the crime scene, the higher the chances are that better quality evidence and leads will be discovered and secured (Oficial del Fiscal, 2015, par. 24).

Los retrasos en este proceso pueden resultar bien de la propia naturaleza del asunto, bien de una estrategia de complementariedad positiva con la que la fiscalía pretende presionar a los Estados parte para que conduzcan investigaciones domésticas de forma eficaz (Dancy & Montal, 2017). En cualquier caso, lo cierto es que parece ser que la duración de la fase preliminar depende en gran medida del actor que ha iniciado el proceso: tres semanas y media en el caso de asuntos referidos por el CSNU; entre cuatro y diez meses para los presentados por los Estados parte, y a partir de 5 años para los asuntos iniciados *motu proprio* por la fiscalía, lo cual suele ser resultado de la falta de cooperación del Estado parte implicado en el asunto y que no lo ha referido por sí mismo (Pues, 2017, pp. 438-439).

Pese a la existencia de precedentes con una dilatada etapa preliminar, el asunto de Afganistán es el primero en el que la SCP rechaza la apertura de una investigación basándose en este criterio temporal. ¿Podemos decir que su inclusión en el “interés de la justicia” está suficientemente motivada? La representación legal de las víctimas critica precisamente que la SCP no basara su decisión ni en el ER ni en los trabajos preparatorios ni en la jurisprudencia previa, resaltando además:

To conclude that too much time has passed since the period 2005-2015 was unreasonable and an abuse of discretion. The successful prosecutions of Khmer Rouge leaders by the ECCC, with trials starting in 2009, for crimes committed in 1975-1979, demonstrate that probative evidence and suspects can remain available for decades. World War II-era trials have famously taken place in every decade since the war. By reading into the Statute a criterion of ‘feasibility’ that does not appear in it, the Chamber exceeded its discretion and unfairly deprived the Victims of their only

chance of investigation and prosecution (“Legal representatives”, 2019, par. 55).

La toma en consideración de este criterio a la hora de denegar una investigación manda, desde nuestro punto de vista, un peligroso mensaje sobre la actuación y el futuro de la CPI. Tal y como indican las víctimas, existen precedentes de investigaciones relativamente exitosas de crímenes internacionales cometidos hace más de treinta años. La CPI, por su propia naturaleza basada en el principio de complementariedad, se enfrenta a asuntos de gran complejidad en Estados que no pueden o no quieren llevar a cabo una investigación y enjuiciamiento efectivos y con los que la cooperación puede resultar un obstáculo difícil de salvar en un tiempo razonable. La presencia de la temporalidad en el requisito del “interés de la justicia”, ya sea por la fiscalía o por la SCP, pondría seriamente en peligro otros asuntos que se encuentran en fase preliminar —en ocasiones, debido a la propia estrategia seguida por la fiscalía para propiciar la apertura de procedimientos nacionales (Seils, 2015)— y acrecentaría las críticas contra su sistema de selección de asuntos.

## 2.2. La cooperación estatal

La falta de cooperación de los Estados implicados es el segundo elemento que toma en cuenta la SCP en su decisión. En varios de sus alegatos durante las distintas visitas ante la SA, el representante del European Centre for Law and Justice (ECLJ) defendió la decisión de la SCP a la hora de incluir la falta de cooperación de los Estados implicados como elemento determinante para rechazar el interés de la justicia en la investigación sobre el asunto de Afganistán. Según el ECLJ, así como de acuerdo con el Jerusalem Institute of Justice, el International Legal Forum, My Truth, el Simon Wiesenthal Centre, The Lawfare Project y los UK Lawyers for Israel,<sup>3</sup> varias razones basadas en normas de derecho internacional y derecho interno respaldarían la decisión de rechazar el interés de la justicia de una investigación que no cuenta con la cooperación de los Estados implicados.

La primera razón por la que esta debería tenerse en cuenta surgiría de la máxima de derecho internacional consuetudinario “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”. Como bien sabemos, este es un principio básico que cuenta con el apoyo casi universal de los Estados y que ha quedado codificado en el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) en los siguientes términos: “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”. El ECLJ aplica este principio en dos etapas. En primer lugar, para afirmar que los

3 En adelante, nos referiremos a este grupo con representación común a la CPI únicamente como Jerusalem Institute of Justice.

Estados que no son partes del ER, como es el caso de Estados Unidos en el presente asunto, no tendrían obligación alguna de cooperar con la CPI (2019, p. 101). En segundo lugar, utiliza este principio para defender que el establecimiento de jurisdicción de la CPI sobre nacionales de Estados que no forman parte del ER (artículo 12. 2. a) va en contra de este principio consuetudinario; llega incluso a calificar este precepto como de “nulo” y *ultra vires* por crear obligaciones a Estados que han rechazado someterse a la jurisdicción de la CPI. En esta situación, los Estados parte no podrían delegar su jurisdicción a la CPI, dado que habría que esperar a la existencia de un consenso suficiente para que se forme una norma consuetudinaria que permita a los Estados delegar a la CPI su jurisdicción sobre nacionales de Estados no parte (CPI, 2019, p. 101). En una línea similar se posiciona el representante del Jerusalem Institute of Justice:

The interests of justice oblige the Court to be mindful that whereas between its relationship with States Parties [...], the system of cooperation under Part 9 of the Statute is a self-contained regime. [...] Between the Court and non-States Parties we must identify the specific rules of customary law that apply to that separate circumstance. And the ICC does not operate in a legal vacuum (CPI, 2019, p. 99).

El principio general según el cual los Estados no quedan obligados a cooperar con organizaciones internacionales de las que no son parte no arroja demasiadas sombras (Vierdag, 1982). No obstante, desde el derecho internacional, no podemos coincidir cuando trasladamos el principio general al caso concreto. El ECLJ parece confundir la inexistencia de *obligaciones* convencionales con respecto a terceros Estados con los *efectos* que pueden tener los tratados, en este caso el ER, en terceros Estados. Tal y como señalan Dörr y Schmalenbach (2018), las obligaciones convencionales *strictu sensu* son aquellas que se dirigen directamente a uno o más terceros Estados y le imponen el deber de comportarse de un cierto modo, mientras que los efectos convencionales se refieren al impacto de naturaleza meramente fáctica que puede tener un tratado en los intereses de un tercer Estado (pp. 613-615), siendo únicamente las primeras las que son contrarias al principio de *pacta tertiis*.

El artículo 12. 2. a del ER recoge que la CPI podrá establecer su competencia con respecto a los crímenes a los que se refiere el artículo 5, siempre y cuando sean cometidos en el territorio de un Estado parte.<sup>4</sup> Esto implica la posibilidad, naturalmente, de que establezca su competencia sobre crímenes cometidos por nacionales

<sup>4</sup> Sobre el concepto de “territorio” a estos efectos véase el estudio en detalle de Vagias (2014).

de Estados no parte en el territorio de un Estado parte, como es el caso de Estados Unidos y Afganistán, respectivamente. Danilenki (2000) ya señalaba esta posibilidad antes incluso de que entrase en vigor el ER:

Los Estados no miembros no tendrán la posibilidad de bloquear el enjuiciamiento de sus nacionales. Aunque solo los nacionales de los terceros Estados, y no los terceros Estados en sí mismos, serán acusados ante la CPI, es obvio que las actividades de esta nueva institución afectarán a los intereses legales de los Estados no miembros (p. 448).<sup>5</sup>

Tal y como hemos señalado anteriormente, el ER no fuerza a los Estados a cooperar con la CPI, de modo que Estados Unidos no tiene *obligación* alguna de cooperar en una investigación contra sus nacionales o los nacionales de cualquier otro Estado.<sup>6</sup> En cambio, sí puede tener un *efecto* como el que se plantea en el asunto de Afganistán, de forma que se inicie una investigación contra nacionales de Estados no parte que presuntamente hayan cometido crímenes contemplados por el ER en un Estado parte.

En cuanto a la segunda etapa de la argumentación del ECLJ según la cual los Estados parte no pueden delegar su competencia a la CPI en estos casos es, desde el punto de vista del derecho internacional y a nuestro juicio, errónea. No menos importante que el principio *pacta tertiis*, con un carácter definitivamente consuetudinario, es el principio de la territorialidad. Según este principio, el Estado en cuyo territorio —esto es, tierra, mar y espacio aéreo— ha ocurrido el crimen o en el que se ha cometido uno posee jurisdicción penal sobre este, independientemente de la nacionalidad del sospechoso (Ambos, 2016, p. 211). Nos encontramos ante el principio clásico de la jurisdicción penal por una razón práctica de política criminal: generalmente, el Estado del territorio es el más próximo al crimen y el que está mejor preparado para investigarlo y perseguirlo (Bantekas, 2010, p. 233). Este principio se recoge en sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) tan conocidas como las del asunto *Lotus*, en la que puso de relieve que la jurisdicción es ciertamente territorial (CPJI, 1927, p. 18). Incluso en asuntos clásicos de la jurisprudencia estadounidense se establece que la jurisdicción territorial es necesariamente exclusiva y absoluta (*Schooner Exchange c. McFaddon*, 1812).

5 Traducción propia.

6 Algunos autores llegan a defender el deber de cooperación de Estados no parte en ciertas situaciones, como en caso de asuntos referidos por el CSNU o que afecten al artículo 1 común de los Convenios de Ginebra. Véase al respecto Wenqi (2006).

Sin entrar en la clásica discusión acerca de si el ER se basa o no en el principio de jurisdicción universal —lo cual le permitiría operar en ausencia de los vínculos de nacionalidad y territorialidad expresamente mencionados en su artículo 12—, nada parece impedir que los Estados deleguen el ejercicio de la jurisdicción en casos en los que, como el de Afganistán, está presente el principio consuetudinario de territorialidad. Al contrario, no es extraño en derecho internacional que los Estados ejerzan su jurisdicción sobre nacionales extranjeros e incluso que la deleguen a otros Estados sin el consentimiento del Estado de la nacionalidad cuando se cumplen principios establecidos en tratados bilaterales o multilaterales de cooperación penal, incluyendo no solo el de territorialidad, sino también los de nacionalidad de la víctima, la protección de los intereses estatales y la representación (Ryngaert, 2015, pp. 29-41; Bantekas, 2011).

Ahora bien, ¿puede extenderse este poder de delegación a terceros Estados también a tribunales internacionales? Tras analizar los precedentes de otros tribunales penales internacionales, así como de la Comisión Central para la Navegación del Rin de 1868, Akande (2003) concluye

Los precedentes discutidos anteriormente son prueba de la extensiva práctica de los Estados de delegación de parte de su jurisdicción penal sobre ciudadanos extranjeros bien a otros Estados o a tribunales creados por acuerdos internacionales, en circunstancias en las que no se ha intentado obtener el consentimiento del Estado de la nacionalidad. Esta práctica, junto con la falta de objeciones de los Estados de la nacionalidad de los acusados, señala a una aceptación general de la legalidad de la delegación de la jurisdicción penal (pp. 663-664).<sup>7</sup>

En cualquier caso, la inexistencia de una obligación de cooperar de los Estados no parte y la nulidad de cualquier precepto convencional que implique el inicio de investigaciones contra los nacionales de un Estado no parte es solo el primer argumento del que se sirve el ECLJ para afirmar su postura en cuanto a que es contrario al interés de la justicia tratar de imponer la jurisdicción de la CPI sobre los nacionales de Estados que, conforme a las normas consuetudinarias, están en su derecho a no cooperar (CPI, 2019, pp. 102-104).

Otra razón para respaldar la inclusión del grado de cooperación de los Estados en concepto de “interés de la justicia” se centra en los tratados existentes entre Estados Unidos y Afganistán. Paradójicamente, el ECLJ apoya aquí que Afganistán ceda

7 Traducción propia.

su jurisdicción, en este caso a Estados Unidos, a través de distintos *status of force agreements* (SOFA). Según estos acuerdos, firmados entre el gobierno Afganistán y los Estados Unidos en los años 2002, 2003 y 2014, el personal estadounidense “will under all circumstances and at all times be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national elements in respect of any criminal or disciplinary offences which may be committed by them on the territory of Afghanistan” (CPI, 2019, pp. 102-104).

Según el ECLJ, la aplicación del principio de *lex specialis*, recogido en el artículo 30. 4. b de la CVDT, estos tratados bilaterales gobiernan las relaciones entre ambos Estados, por encima de las obligaciones asumidas en el marco del ER (CPI, 2019, pp. 102-104). A ello se suma el argumento de cierto sector doctrinal según el cual la cesión por parte de Afganistán de su jurisdicción sobre crímenes cometidos por nacionales extranjeros al Estado de la nacionalidad implica, por aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, que Afganistán no puede ceder a través del ER algo que ya no posee:

el acto de transferir jurisdicción territorial a un Estado que no es parte del Estatuto de Roma puede realizarse de manera perfectamente acorde con la CVDT si el Estado del territorio tiene una base válida para reclamar la jurisdicción en el momento de comisión de la presunta ofensa. En este sentido, el Estado del territorio transfiere su autoridad de la misma manera que el copropietario de una casa decide vender o transferir su derecho de propiedad sin el consentimiento del otro copropietario (Newton, 2016, p. 399).<sup>8</sup>

No obstante, desde el punto de vista de la fiscalía —así como del de la SCP, este es uno de los pocos puntos en los que coinciden (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, par. 59)—, el hecho de que exista un SOFA con estas características no afecta a la jurisdicción de la CPI, sino que es una prueba más para tener en cuenta en el examen de admisibilidad sobre la incapacidad o falta de voluntad del Estado territorial de perseguir ciertos crímenes cometidos por ciertas categorías de personas o grupos (“Request for leave the appeal”, 2019, par. 46). Aquí optamos por respaldar esta aproximación ya que el argumento del ECLJ olvida la vital distinción entre la jurisdicción legislativa —en inglés, *jurisdiction to prescribe*—, que determina los derechos y límites del Estado para la creación y aplicación de sus normas en unas determinadas circunstancias; la jurisdicción judicial, que recoge los derechos y límites en la adjudicación de los casos a sus tribunales —en inglés, *jurisdiction*

8 Traducción propia.

*to adjudicate*—, y la jurisdicción en aplicación de la ley, referida a los derechos y límites en la actuación de las fuerzas policiales y judiciales a la hora de conducir investigaciones y usar métodos coercitivos —en inglés, *jurisdiction to enforce*— (Staker, 2014; Crawford, 2008, p. 456).

Tal y como indica O’Keefe (2016) en relación con el SOFA que nos ocupa, la frase “sujeto a la jurisdicción exclusiva” no incluye la jurisdicción legislativa, sino únicamente la jurisdicción judicial y la jurisdicción de aplicación de la ley para el caso concreto del personal abarcado por el acuerdo, sin que ello suponga una renuncia a estos derechos de jurisdicción en sí mismos (p. 438). Concluye además, acertadamente este mismo autor, que la cesión que hacen los Estados parte vía artículo 12. 2. a del ER de su derecho consuetudinario a iniciar procedimientos penales por crímenes de genocidio, de guerra o lesa humanidad no se ve afectado por los SOFA o cualquier otro acuerdo sobre inmunidades que ese Estado parte haya ratificado (p. 439).

También podría argumentarse que el fundamento de la jurisdicción de la CPI no se encuentra en la delegación que le hagan los Estados parte, ya que la jurisdicción sobre los crímenes internacionales procedería de la comunidad internacional. Según explica Carsten (2016),

La jurisdicción de la CPI no se deriva de la jurisdicción territorial o basada en la nacionalidad de un Estado específico, sino en un título más amplio de los Estados y de la comunidad internacional bajo el derecho internacional. Esta teoría establece que la justificación normativa para el castigo es independiente de la voluntad de los respectivos soberanos. Esto se justifica por el hecho de que los individuos se enfrentan a responsabilidad penal directa bajo el derecho internacional por crímenes internacionales. Los Estados ejercen esta jurisdicción en nombre de la comunidad internacional (p. 448).<sup>9</sup>

Dejando de lado los aciertos y desaciertos de los argumentos particulares expuestos, desde nuestro punto de vista debe hacerse una crítica general a la introducción del elemento de la cooperación estatal como factor clave que determine el interés de la justicia en la apertura de una investigación. Aunque es innegable que Estados Unidos no ha contraído obligaciones de cooperación con la CPI, la SCP parece olvidar que los Estados parte, entre ellos Afganistán, sí han asumido una serie de compromisos bajo la Parte IX del ER. En su decisión en el asunto de Burundi, la

9 Traducción propia.

SCP aclaró que los Estados parte no están obligados a cooperar en la etapa previa a la investigación, aunque la fiscalía y la CPI pueden solicitar su cooperación voluntaria (Sala de Cuestiones Preliminares, 2017, par. 15).

La falta de cooperación de Afganistán en la fase preliminar entra por tanto dentro de las expectativas habituales. Una vez que la investigación es autorizada, las obligaciones de cooperación del ER, incluyendo la obtención de pruebas y el arresto de sospechosos, devienen aplicables en su totalidad. El incumplimiento de estas obligaciones en el marco de una investigación ya autorizada supondría una vulneración del derecho internacional, con la posible intervención de la Asamblea de Estados parte y el CSNU, con unos costes políticos que, en muchas ocasiones, pueden alterar esa actitud inicial de no cooperación (Akande & de Souza Días, 2019).

Tal y como hemos indicado, la falta de cooperación en la etapa preliminar por los Estados parte no supone un incumplimiento de las obligaciones asumidas en el ER. Desde nuestro punto de vista, valorar la falta de cooperación del Estado en esta etapa preliminar solo animaría a los Estados a no cooperar antes de la investigación, permitiéndoles defender sus intereses políticos sin necesidad de violar siquiera el ER, ya que la SCP se encargaría indirectamente de defender sus intereses al no autorizar la apertura de la investigación (Labuda, 2019).

### 2.3. El uso eficiente de los recursos de la CPI

El tercer elemento que tuvo en cuenta la SCP para valorar negativamente el interés de la justicia fue el riesgo de perder los ya de por sí escasos recursos con los que cuenta la CPI, que podrían emplearse en la investigación de asuntos más realistas o factibles. Este es, sin duda alguna, el elemento “más práctico” del que se sirvió la SCP en su polémica decisión (Kersten, 2019). Una vez más, la SCP no crea este elemento *ex novo*, podemos encontrar precedentes a favor de su uso a la hora de decidir la apertura de una investigación penal o el inicio de un enjuiciamiento.

Así, por ejemplo, Wirth (2003) resalta que Estados como Alemania introdujeron en la legislación que implementa el ER algunos principios que permiten ejercer cierta discrecionalidad en la investigación de los casos para prevenir el desperdicio de recursos en investigaciones con pocas perspectivas de éxito por encontrarse el sospechoso fuera de Alemania o ya inmerso en un procedimiento judicial en otro Estado (p. 160), algo que países como Australia también consideran en sus investigaciones puramente domésticas (Australia's Federal Prosecutor Service, s. d.). En su opinión parcialmente disidente en el asunto *Jelisić* ante el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPPIY), el juez Wald aceptó igualmente que “resources of the Tribunal are stretched thin and there may well be reason to prioritise cases involving

allegations of State-planned and executed crimes, rather than individualistic or opportunistic crimes” (TPIY, 2001, par. 2).

De los distintos criterios utilizados por la SCP en su interpretación extensiva del concepto de “interés de la justicia”, este es sin duda alguna el que más críticas merece. Tal y como indicó en su opinión el juez Wald,

Any such decision based on “judicial economy” inevitably reflects judges’ views as to which cases are “worthy” and which are not. That, however, is the job of the Prosecutor who must calibrate legal and policy considerations in making her choices on how to utilise limited resources. To recognise a parallel power in judges to accept or reject cases on extra-legal grounds invites challenges to their impartiality as exclusively definers and interpreters of the law (TPIY, 2001, par. 14).

En el caso concreto de la CPI, el artículo 42.2 del ER establece que “el fiscal tendrá plena autoridad para dirigir y administrar la fiscalía, con inclusión del personal, las instalaciones y otros recursos”. El objetivo de este precepto es asegurar la independencia de la fiscalía en el ejercicio de sus obligaciones estatutarias (Chinedu Ologbuo, 2018, p. 324), que ha sido utilizado por esta en el asunto de Afganistán para calificar el control realizado aquí por la SCP como de *ultra vires* (Oficina del Fiscal, 2019, par. 142). A ello suma, como bien se indica en el mismo escrito, que el control sobre los recursos corresponde a la Asamblea de Estados parte y no a los órganos judiciales, en virtud del artículo 112. 2. b del ER.

La introducción de consideraciones de eficiencia económica en el concepto del “interés de la justicia” a la hora de autorizar una investigación pone asimismo en peligro la propia legitimidad de la CPI. Mientras que la persecución de los crímenes más graves contra la humanidad es uno de los objetivos del derecho internacional penal, en general, y de la CPI, en particular, el criterio de la eficiencia económica, pese a ser mencionado en los ordenamientos internos, no parece ser, o al menos no debería ser, uno de los valores básicos a nivel internacional (Marston Danner, 2003, p. 545). Tal y como señala Webb (2005):

la cantidad de recursos temporales y financieros que serían empleados en un juicio debería ser un criterio a la hora de valorar el interés de la justicia, pero no debería ser un criterio decisivo. La eficiencia es un objetivo de gran valor, pero no es el propósito de la CPI (p. 342).<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Traducción propia.

### 3. La decisión de la SA: una aproximación no excluyente

Los seguidores de la interpretación doctrinal restrictiva del concepto de “interés de la justicia” defienden, como hemos introducido, que únicamente sean valorados los elementos recogidos literalmente en el artículo 53. 1. c del ER: la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas. Esta visión, no obstante, parece chocar con la redacción del precepto, el cual señala que la oficina del fiscal debe considerar si “aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia”. Una interpretación literal nos llevaría a concluir que la expresión “aun teniendo en cuenta” coloca la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas como elementos independientes y de análisis previo al interés de la justicia.

En esta línea, el uso de la conjunción “nonetheless” en inglés ha llevado a la doctrina mayoritaria a defender que el artículo 53. 1. c del ER separa por un lado la gravedad de la justicia y los intereses de las víctimas del interés de la justicia, de manera que los primeros no deben tenerse en cuenta como elementos en la definición del segundo (Gallavin, 2003, p. 185). La gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas constituirían factores de contrapeso al “interés de la justicia” (Schabas, 2017, 236), de manera que la fiscalía “a un lado de la balanza ha de poner la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas; al otro, el interés de la justicia” (Cárdenas Aravena, 2011, 26). Esta interpretación literal, sin duda convincente, parece haber quedado excluida tras la breve decisión al respecto de la SA en el asunto de Afganistán, en la que indica que estos dos son los dos elementos imprescindibles para realizar un adecuado análisis del interés de la justicia.

#### 3.1. La gravedad del crimen

La gravedad del crimen es un elemento recurrente a lo largo del texto del ER. Introducido en el preámbulo a la hora de marcar el propósito de la CPI, lo encontramos de nuevo tanto en el test de admisibilidad del artículo 17. 1. d, como en el requisito del interés de la justicia del 53. 1. c del ER, lo que, como veremos, a dado pie a varios análisis doctrinales. Es indudable que, si el interés de la justicia es un concepto polémico por no estar definido en el ER, su definición se torna aún más problemática si se hace depender de otro concepto indefinido y multifacético como es el de la gravedad del crimen.

La pregunta básica que puede surgir es ¿tiene alguna relevancia la gravedad del crimen si esta ya ha sido analizada previamente bajo la óptica de la admisibilidad? O, en otras palabras, ¿se trata de un mero recordatorio de la importancia de este elemento? Algunos autores consideran que el hecho de que ya se haya superado

la barrera del artículo 17. 1. d del ER hace surgir “dudas en torno a la influencia que pudiera llegar a ejercer la ‘gravedad’ del crimen en la valoración del interés de la justicia ya que, generalmente, todos merecerán el más severo reproche” (Loyo Cabezudo, 2021, 181), de manera que es el examen bajo dicho artículo el que realmente determina la selección o no de una situación para su potencial investigación (Clark, 2008, 37). Esto parece dar a entender la fiscalía en su *Policy Paper* sobre el interés de la justicia al señalar que, antes de proceder a analizar la gravedad del crimen en el marco del interés de la justicia, necesariamente tendrá que haber determinado ya si el crimen ha alcanzado la gravedad suficiente en el examen de admisibilidad (Oficina del Fiscal, 2007, p. 5).

Por el contrario, hay quien considera que esta segunda mención es una nueva oportunidad para la fiscalía de rechazar el caso, aun cuando supere el umbral de gravedad del artículo 17. 1. d por razones distintas como la existencia de otras situaciones más serias que requieran de una investigación con mayor urgencia (Bergsmo & Kruger, 2008, 1071). Turone (2002) llega incluso a mencionar que se trata de una suerte de *lex specialis*, de manera que el análisis de la gravedad del crimen se produce únicamente bajo el paraguas del 53. 1. c, excluyendo cualquier otro precepto (p. 1153).

Si optamos por esta segunda visión, puede considerarse necesario determinar cuáles son las diferencias en el elemento de la “gravedad del crimen” en los distintos preceptos. Tras analizar la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y de la propia CPI, autores como Ochi (2016) distinguen entre la gravedad del crimen en el marco del examen de un caso —teniendo aquí en cuenta únicamente la naturaleza de los propios crímenes y la perspectiva de las víctimas— y la gravedad de la situación —en cuyo caso se tendrían en cuenta además factores personales del acusado, como su papel en la comisión o su rango dentro de la organización—. <sup>11</sup> No obstante, en el escenario de Afganistán, y dado que se trata de determinar la apertura o no de una investigación —y no de un caso concreto—, resulta de mayor interés la categorización realizada por otros autores según distintos niveles de gravedad, que recoge además la diferencia entre situaciones y procedimientos. Para McAuliffe de Guzman (2009), la gravedad juega dos papeles: uno estricto como base normativa para la determinación de la jurisdicción de la CPI y otro relativo como criterio que permite a la fiscalía una cierta discrecionalidad en la selección de casos y asuntos (pp. 1405-1406).

11 Mientras que el término “situación” se refiere a los límites dentro de los cuales la CPI determina si hay una base razonable para iniciar una investigación y los parámetros jurisdiccionales pertinentes (principalmente personales y territoriales), el término “caso” es más específico y se refiere a incidentes concretos durante los cuales uno o más crímenes dentro de la jurisdicción de la CPI han sido cometidos por uno o más sospechosos (Rastan, 2014).

A partir de estos dos conceptos de gravedad, en lo que aquí nos interesa, Stegmiller (2014) distingue el criterio de “gravedad jurídica” en relación con la admisibilidad de la situación bajo el artículo 17. 1. d, y el criterio de “gravedad relativa” en lo que se refiere al interés de la justicia en la investigación de situaciones bajo el artículo 53. 1. c del ER. Por un lado, el requisito de la “gravedad jurídica” exigiría cumplir un umbral de exigencia relativamente bajo, basado en factores cuantitativos y objetivos que dejan poco margen de discrecionalidad a la fiscalía (Stegmiller, 2014, p. 619). Por otro lado, la “gravedad relativa” supone un umbral de exigencia más elevado que depende de factores no solo cuantitativos sino cualitativos, así como una comparación con otras situaciones investigadas, que permite una mayor discrecionalidad a la fiscalía a la hora de considerar la gravedad en el “interés de la justicia”.

La decisión de la SA del 5 de marzo de 2020 en el asunto de Afganistán, más allá de establecer que la gravedad del crimen debe tenerse en cuenta a la hora de valorar el interés de la justicia, no aporta ningún dato sobre el umbral de gravedad que debe analizarse en este apartado. Si seguimos la visión ofrecida por la fiscalía en su *Policy Paper* —nos encontremos en la etapa de admisibilidad o en el contexto del artículo 53. 1. c—, los elementos a tener en cuenta según la regla 29 de la oficina de la fiscalía serían la escala, la naturaleza y el modo de comisión e impacto de los crímenes (“Regulations of the Office”, 2009).

Un análisis de la SCP en esta última línea probablemente habría arrojado un resultado positivo. A la hora de considerar superado el umbral de gravedad en su análisis de admisibilidad del asunto de Afganistán, la SCP tuvo en cuenta de manera conjunta una serie de factores tanto cualitativos como cuantitativos —desviándose tanto de la doctrina que diferencia entre la gravedad en situaciones y casos, como de los factores cuantitativos en la admisibilidad y cualitativos en el interés de la justicia— entre los que se incluyen la naturaleza de crímenes como la tortura; la perspectiva de las víctimas y el papel ejercido por los sospechosos; el nivel de responsabilidad de los sospechosos; el elevado número de víctimas; el impacto en las víctimas, en especial las devastadoras consecuencias por la violencia recurrente sobre civiles inocentes, seleccionados como objetivos de forma recurrente, o la comisión a gran escala de los crímenes durante un periodo prolongado de tiempo (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, pars. 80-86).

Por el contrario, la consideración del criterio de la “gravedad relativa” podría haber arrojado un resultado negativo, ya que permitiría tener en cuenta las necesidades prácticas y los recursos disponibles de la CPI para dedicarlos a los asuntos más graves (McAuliffe de Guzman, 2009, p. 1414; Stegmiller, 2014, p. 636). De hecho, como vimos con anterioridad, la SCP tuvo en cuenta este elemento práctico —si bien no

dentro del análisis de la gravedad expresamente— en el marco del “interés de la justicia” a la hora de rechazar la apertura de la investigación.

### **3.2. Los intereses de las víctimas**

La conexión entre los intereses de las víctimas y el interés de la justicia se encuentra de manera repetida en los escasos documentos oficiales en la materia. En su *Policy Paper*, la Fiscalía reconoce expresamente el papel vital que tienen los intereses de las víctimas en las distintas etapas del procedimiento ante la CPI (Oficinal de Fiscal, 2007, p. 5). Según este documento, la referencia en el artículo 53. 1. c a los intereses de las víctimas significa generalmente la apertura de una investigación. No obstante, no es este siempre el caso. Los intereses de las víctimas también pueden llevar al rechazo de la apertura de la investigación, ya que deben tenerse en cuenta todos los puntos de vista (Oficina del Fiscal, 2007, p. 5). Para determinar estos intereses, la fiscalía lleva a cabo diálogos no solo con las víctimas directas de los crímenes, sino también con otros intermediarios y representantes de las comunidades locales que puedan dar distintas perspectivas de la situación a investigar (Oficina del Fiscal, 2007, p. 7).

Un ejemplo de esta línea de actuación por parte de la fiscalía la encontramos en la situación de Georgia. Aunque la fiscalía comenzó indicando, tal y como hace la SA, que no le corresponde justificar el interés de la justicia cuando solicita la apertura de una investigación, dedica a ello un breve análisis en el que destaca la importancia de los intereses de las víctimas. La solicitud de apertura de la investigación incluye, dentro del apartado del interés de la justicia, una sección en la que informa sobre las reuniones con los georgianos que alegan haber sido víctimas de crímenes bajo la jurisdicción de la CPI, declaraciones de testigos, observaciones de organizaciones de derechos humanos y miembros de la administración pública de Georgia, señalando que, de las declaraciones de las víctimas y de los intermediarios y representantes, no se desprende que la apertura de una investigación sería contraria al interés de la justicia (Oficinal del Fiscal, 2015, pars. 340-343).

Los peligros derivados del precedente que podría haber asentado la SCP en el asunto de Afganistán probablemente han motivado que, más recientemente, la SCP haya vinculado los intereses de las víctimas con el interés de la justicia. En su decisión de noviembre de 2019, en la que autorizó la apertura de la investigación en la situación de Myanmar, la SCP dedicó una sección completa al interés de la justicia y, dentro de ella, a los intereses de las víctimas. En particular, resaltó las declaraciones según las cuales el círculo de violencia contra los rohingyas solo puede conseguirse a través de la justicia y la exigencia de responsabilidad, así como del

compromiso y deseo de las víctimas de participar en los procesos ante la CPI con el objetivo de llevar a los presuntos responsables ante la justicia (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, par. 38).

La consideración de los intereses de las víctimas en el análisis del interés de la justicia, fuertemente defendida por parte de la doctrina y de la sociedad civil, es apoyada por la SA en el asunto de Afganistán y por la SCP en Myanmar. Sus razonamientos, basados en informes proporcionados por la fiscalía sobre casos específicos y las declaraciones de los representantes legales de las víctimas, contrasta con la manifiesta falta de información que tenía en sus manos la SCP cuando afirmó que la apertura de una investigación en Afganistán iría en contra de los intereses de las víctimas, creándoles falsas expectativas de obtener justicia, que probablemente ocasionaría hostilidad hacia la labor de la CPI (Sala de Cuestiones Preliminares II, 2019, par. 96).

## Conclusiones

La introducción de elementos temporales y económicos en la valoración del requisito del “interés de la justicia” por la SCP en el asunto de Afganistán casi conduce a la CPI al borde de una profunda crisis de identidad y credibilidad. Tal y como señala Orihuela (2019), si la credibilidad de la CPI ya había sido atacada con anterioridad y su futuro era incierto, la decisión de la SCP en el asunto de Afganistán pudo haber causado su propia destrucción (p. 30). Hasta el momento, los riesgos en el uso del interés de la justicia se asociaban a la discrecionalidad que puede otorgar a la fiscalía, a la hora de decidir sobre la solicitud o no de apertura de una investigación, aunque, por ahora, esta ha realizado una interpretación restrictiva al respecto. De manera inesperada, la inclusión de estos elementos ha venido del órgano que tiene atribuido el control jurisdiccional de las actuaciones de la fiscalía: la SCP. El hecho de que esta sala decidiera, por primera vez en dos décadas, entrar a analizar este requisito para rechazar la apertura de un asunto tan polémico por incluir la investigación de personal estadounidense constituye una dura losa sobre la legitimidad de este joven tribunal internacional.

En una aplaudida decisión, la SA salvó la situación estableciendo que la SCP había cometido un error de derecho a la hora de entrar a analizar el requisito del interés de la justicia, algo posible únicamente cuando la fiscalía ha decidido no abrir una investigación por este motivo. No obstante, y esta ha sido la principal motivación de nuestro estudio, no realiza un análisis sustantivo del interés de la justicia ni descarta de forma expresa los elementos utilizados por la SCP, más allá de criticar que el análisis no contaba con suficiente información que respaldase la decisión

final. Por lo tanto, resulta de vital importancia conocer los elementos que pueden influir en la formación del requisito del “interés de la justicia” para la apertura de investigaciones en un futuro. La SA solo menciona la gravedad de los crímenes y los intereses de las víctimas, para resolver, en principio, el debate doctrinal sobre si estos elementos formaban parte integrante del interés de la justicia o si, por el contrario, debían valorarse en contraposición por la interpretación literal del artículo 53. 1. c del ER.

En cuanto a los tres elementos específicamente mencionados por la SCP en su interpretación amplia del “interés de la justicia”, los relativos al uso eficiente de los recursos económicos y al lapso entre la investigación deberían ser, bajo nuestro punto de vista, completamente descartados. El primero de ellos, porque corresponde a una cuestión de organización propia y autónoma de la fiscalía, y el segundo, porque implicaría la impunidad de los crímenes por el paso del tiempo, aun cuando existen sobrados ejemplos que muestran lo contrario. En cuanto al tercer elemento relativo a la falta de cooperación de los Estados, aceptamos que, desde la perspectiva del derecho internacional, no puede obligarse a cooperar a Estados que no son parte del ER. No obstante, extender en la etapa preliminar este razonamiento a los que sí lo han ratificado haría perder la razón de ser de las obligaciones que se activan en la fase de la investigación, animando a los Estados parte a no cooperar según sus intereses, sin que ello suponga siquiera una ruptura de sus obligaciones convencionales.

Como señaló Kelsen (1991), no es posible responder de forma definitiva y absoluta a la pregunta de qué es la justicia. Ni siquiera cuando el interrogante surge dentro de una misma organización internacional, ya que puede depender del órgano que lo plantea, las competencias que tiene atribuidas o incluso la propia información de la que se dispone en el asunto concreto. No hemos pretendido aquí, por tanto, ofrecer más que un análisis de los elementos que pueden equilibrar en uno u otro sentido el concepto de “interés de la justicia”. De este modo, el análisis realizado es prueba de que la complejidad de los asuntos a los que se enfrenta la justicia penal internacional impide que nos pronunciemos a favor de una interpretación restrictiva o extensiva en términos absolutos. Será necesario esperar a desarrollos futuros para ver si la SA realiza un análisis más exhaustivo sobre los elementos que pueden estar presentes en el concepto del “interés de la justicia”. Lo único que podemos concluir con certeza es que los valores recogidos en el ER son los que deben orientar esta definición, el primero de ellos es evitar la impunidad “de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

## Referencias

### Doctrina

- Akande, D. (2003). The jurisdiction of the International Criminal Court, over nationals of non-parties: Legal basis and limits. *Journal of International Criminal Justice*, 1(3), 618-650. <https://doi.org/10.1093/jicj/1.3.618>
- Ambos, K. (2016). *Treatise on international criminal law*, Vol. III. Oxford University Press.
- Bantekas, I. (2010). *International criminal law*. Hart Publishing.
- Bantekas, I. (2011). *Criminal jurisdiction of states under international law*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law.
- Bergsmo, M., & Kruger, P (2008). Investigation and prosecution. En O. Triffterer (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (pp. 1065-1076). Hart Publishing.
- Bosco, D. (2020). Putting the prosecutor on a clock? Responding to variance in the length of preliminary examinations. *AJIL Unbound*, 112 (Symposium on the Rome Statute at Twenty), 158-162. <https://doi.org/10.1017/aju.2018.53>
- Cárdenas Aravena, C. M. (2011). Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. *Revista de Derecho*, 1, 21-47.
- Carsten, S. (2016). The ICC, pre-existing jurisdictional treaty regimes, and the limits of the *nemo dat quod non habet* doctrine —A reply to Michael Newton. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49(2), 443-454.
- Clark, P. (2008). Law, politics and pragmatism: The ICC and case selection in the Democratic Republic of Congo and Uganda. En N. Waddell & P. Clark (Eds.), *Courting conflict? Justice, peace and the ICC in Africa* (pp. 37-45). Royal African Society.
- Crawford, J. (2008). *Brownlie's principles of public international law*. Oxford University Press.
- Dancy, G., & Montal, F. (2017). Unintended positive complementarity: Why International Criminal Court investigations may increase domestic human rights prosecutions. *American Journal of International Law*, 111(3), 689-723. <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.70>

- Danilenko, G. M. (2000). The statute of the International Criminal Court and third states. *Michigan Journal of International Law*, 21(3), 445-494. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol21/iss3/3>
- Dannenbaum, T. (2020). Legitimacy in war and punishment: The Security Council and the ICC. En K. J. Heller et al. (Eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* (pp. 129-154). Oxford University Press.
- De Souza Dias, T. (2017). Interests of justice: Defining the scope of prosecutorial discretion in article 53(1)(c) and (2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, 2017, 731-751.
- Dörr, O., & Schmalenbach, K. (2018). Article 34: general rule regarding third States. En Autores, *Vienna Convention on the law of treaties: A commentary* (pp. 613-615). Springer.
- Gómez Colomer, J. L. (2002). La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional. En J. Cardona Llorens et al. (Coords.), *La Corte Penal Internacional: un estudio interdisciplinar* (pp. 227-324). Tirant lo Blanch.
- Gallavin, C. (2003). Article 53 of the Rome Statute of the International Criminal Court: In the interests of justice? *King's Law Journal*, 4, 179-198.
- Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la justicia?* (Edición española a cargo de Albert Calsamiglia). Editorial Ariel.
- Loyo Cabezudo, J. (2021). La llave del «interés de la justicia» en el Estatuto de Roma: su controvertido empleo en el caso de Afganistán. *Revista Española de Derecho Internacional*, 73(1), 165-186.
- Magnoux, C. (2017). The sound of silence: Le pouvoir discrétionnaire du procureur de la Cour pénale internationale à travers l'utilisation des critères d'intérêts de la justice et de gravité lors de l'ouverture d'une enquête. *Revue Québécoise de Droit International*, 9-36.
- Marston Danner, A. (2003). Enhancing the legitimacy and accountability of prosecutorial discretion at the International Criminal Court. *American Journal of International Law*, 97, 510-552.
- McAuliffe de Guzman, M. (2008). Gravity and the legitimacy of the International Criminal Court. *Fordham Journal of International Law*, 32(5), 1400-1465.
- Newton, M. A. (2016). How the International Criminal Court threatens treaty norms. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49(2), 371-442.

- Ochi, M. (2016). Gravity threshold before the International Criminal Court: An overview of the court's practice. *ICD Brief*.
- Olásolo Alonso, H. (2005). The triggering procedure of the International Criminal Court, procedural treatment of the principle of complementarity, and the role of office of the prosecutor. *International Criminal Law Review*, 5, 121-146.
- Olásolo Alonso, H. (2012). El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia? *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 24, 1-45.
- O'Keefe, R. (2016). *Quid not quantum*: A comment on how the International Criminal Court threatens treaty norms. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 49(2), 433-442.
- Orihuela Calatayud, E. (2019). When are there substantial reasons to believe that an investigation of core crimes would not serve the interests of justice? *Spanish Yearbook of International Law*, 23, 9-30.
- Orihuela Calatayud, E. (2020). La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 39, 1-19.
- Poltronieri Rossetti, L. (2019). The pre-trial chamber's Afghanistan decision: A step too far in the judicial review of prosecutorial discretion? *Journal of International Criminal Justice*, 17, 585-608.
- Pues, A. (2017). Towards the 'golden hour'? A critical exploration of the length of preliminary examinations. *Journal of International Criminal Justice*, 15, 435-453.
- Rastan, R. (2014). Situation and case: defining the parameters. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity: From theory to practice* (pp. 421-459). Cambridge University Press.
- Ryngaert, C. (2015). *Jurisdiction in international law*. Oxford University Press.
- Schabas, W. (2017). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press.

- Seils, P. (2015). Putting complementarity in its place. En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 305-327). Oxford University Press.
- Staker, C. (2014). Jurisdiction. In D. Evans (Ed.), *International law* (pp. 309-333). Oxford University Press.
- Stegmiller, I. (2014). Interpretative gravity under the Rome Statute: Identifying common gravity criteria. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity: From theory to practice* (pp. 603-641). Cambridge University Press.
- Turone, G. (2002). Powers and duties of the prosecutor. En A. Cassese, P. Gaeta, & J. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the ICC: A commentary* (pp. 1138-1180). Oxford University Press.
- Vagias, M. (2014). *The territorial jurisdiction of the International Criminal Court*. Cambridge University Press.
- Vierdag, E. W. (1982). The law governing treaty relations between parties to the Vienna Convention on the law of treaties and states not party to the convention. *American Journal of International Law*, 76(4), 779-801.
- Webb, P. (2005). The ICC prosecutor's discretion not to proceed in the "interests of justice. *Criminal Law Quarterly*, 50, 305-348.
- Wenqi, Z. (2006). On co-operation by states not party to the International Criminal Court. *International Review of the Red Cross*, 88(861), 87-110.
- Wirth, S. (2003). Germany's new international crimes code: Bringing a case to court. *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 151-168.

## **Jurisprudencia**

- CPI, Sala de Apelaciones. (30 de noviembre de 2006). *Decision requesting information on the status of the preliminary examination of the situation in the Central African Republic*, ICC-01/05.
- CPI, Pre-Trial Chamber. (25 de octubre de 2017). *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-X.

CPI, Pre-Trial Chamber II. (12 de abril de 2019). *Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17.

CPI, Sala de Apelaciones. (5 de marzo de 2020). *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17 OA4.

CPII. (7 de septiembre de 1927). *The case of the S. S. Lotus (France v. Turkey)*.

TPIY. (5 de julio de 2001). *Prosecutor v. Goran Jelisi*, partly dissenting opinion of judge Wald, IT-95-10-A.

*United States v. Hastings*, 847 F. 2d 920,923 (1st Cir., 1998).

*Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Granch) 116, 136, 3 L.Ed. 287 (1812).

### Otras fuentes

Akande, D., & de Souza Días, T. (2019). The ICC pre-trial chamber decision on the situation in Afghanistan: A few thoughts on the interests of justice. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/the-icc-pre-trial-chamber-decision-on-the-situation-in-afghanistan-a-few-thoughts-on-the-interests-of-justice/>

Australia's Federal Prosecution Service. (s. f.). *Guidelines for the making of decisions in the prosecution process*. [https://www.cdpp.gov.au/sites/default/files/Prosecution-Policy-of-the-Commonwealth\\_0.pdf](https://www.cdpp.gov.au/sites/default/files/Prosecution-Policy-of-the-Commonwealth_0.pdf)

CPI. *Appeals Hearing*. (5 de diciembre de 2019). ICC-02/17-T-002. [https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2019\\_07401.PDF](https://www.icc-cpi.int/Transcripts/CR2019_07401.PDF)

CPI, Oficina del Fiscal. (2007). *Policy paper on the interests of justice*. <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>

CPI, Oficina del Fiscal. (2015). *Strategic Plan 2016 – 2018*. [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/en-otp\\_strategic\\_plan\\_2016-2018.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/en-otp_strategic_plan_2016-2018.pdf)

*Legal representatives of the victims, Victims' Appeal Brief*. (24 de junio de 2019). ICC-02/17 OA.

CPI, Oficina del Fiscal. (7 de junio de 2019). *Request for leave to appeal the "Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan"*, ICC-02/17.

Kersten, M. (2019). Whither the aspirational ICC, welcome the 'practical' court? *EJIL Talk*. <https://www.ejiltalk.org/whither-the-aspirational-icc-welcome-the-practical-court/>

Labuda, P. I. (2019). A neo-colonial court for weak states? Not quite. Making sense of the International Criminal Court's Afghanistan decision. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/a-neo-colonial-court-for-weak-states-not-quite-making-sense-of-the-international-criminal-courts-afghanistan-decision/>

"United States Imposes Economic Sanctions and Visa Restrictions on International Criminal Court Officials", *American Journal of International Law*, 115(1), 138-140.

Vasilev, S. (2019). Not just another 'crisis': Could the blocking of the Afghanistan investigation spell the end of the ICC? (Part I). *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/not-just-another-crisis-could-the-blocking-of-the-afghanistan-investigation-spell-the-end-of-the-icc-part-ii/>

# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

## Seleccionados en la V Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

¿Un Derecho penal «de» la comunidad?

*Wendy Pena González*

Bases para una justicia restaurativa-transicional en Colombia:  
problemas sobre la implementación de lo “restaurativo”  
en la JEP

*Joel Ramírez-Mendoza*

¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de  
personas mediante una acción civil *in forma pauperis*?

*Daniela Sodini*

Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de  
vigilancia: una reflexión sobre nuestros patrones de juicio  
ético y su disfuncionalidad

*Oswaldo R. Burgos*

# ¿Un Derecho penal «de» la comunidad?

A Criminal Law “of” the Community?

Uma lei penal “da” comunidade?

Wendy Pena González\*

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2021

Fecha de aprobación: 22 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10555>

Para citar este artículo: Pena González, W. (2021). ¿Un Derecho penal «de» la comunidad? *ANIDIP*, 9, 1-26. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10555>

## Resumen

El comunitarismo es una de las corrientes filosóficas que tienen mayor presencia en el debate académico actual, que se opone a las premisas del liberalismo. Así, el comunitarismo defiende la preeminencia de los valores éticos existentes en las comunidades y la pertenencia a estas sobre las nociones de derechos y justicia. Este artículo analiza la legitimidad de la influencia de la filosofía comunitarista sobre el derecho penal, mediante el estudio de la configuración de un derecho penal articulado en la defensa de los valores éticos comunitarios. Se comienza analizando el binomio comunitarismo-liberalismo, se estudia también la posición de la doctrina en relación con la neutralidad liberal y las posiciones relativas a la existencia de un mínimo ético, con lo que se defiende que el derecho penal debe ser neutral y no debe reflejar los valores dominantes en una comunidad dada. Además, se analizan diferentes manifestaciones del derecho penal comunitarista (el derecho penal del enemigo, el derecho penal de aporofobia y los delitos políticos), para concluir con su inadmisibilidad en el marco de los Estados democráticos y de derecho.

**Palabras clave:** comunitarismo; neutralidad; derecho penal del enemigo; aporofobia; delito político.

\* Universidad de Salamanca. Artículo desarrollado en el marco del contrato predoctoral de Formación para el Profesorado Universitario (FPU), financiado por el Ministerio de Universidades (Gobierno de España). El artículo forma parte del proyecto: Aporofobia y Derecho Penal, financiado por el Ministerio de Ciencias e Innovación (Gobierno de España), cuya Investigadora Principal (IP) es Ana Isabel Pérez Cepeda (referencia: RTI2018-095155-B-C21).

## Abstract

Communitarianism is one of the philosophical currents with the greatest presence in the current academic debate, opposing the premises of liberalism. Thus, communitarianism defends the preeminence of the ethical values existing in communities and the idea of membership over the notions of rights and justice. This article analyzes the legitimacy of the influence of communitarian philosophy on criminal law by studying the configuration of a criminal law articulated on the defense of communitarian ethical values. The article begins by analyzing the communitarianism-liberalism binomial. It also studies the position of the doctrine in relation to liberal neutrality and the positions concerning the existence of an ethical minimum. The essay argues that criminal law should be neutral without reflecting the dominant values of a given community. In addition, different manifestations of communitarian criminal law (the criminal law of the enemy, the criminal law of aporophobia, and political crimes) are analyzed. The article concludes with their inadmissibility in the framework of democratic states under the rule of law.

**Keywords:** Communitarianism; neutrality; criminal law of the enemy; aporophobic; political crime.

## Resumo

O comunitarismo é uma das correntes filosóficas que mais marcam presença no debate acadêmico atual, contrapondo-se às premissas do liberalismo. Assim, o comunitarismo defende a preeminência dos valores éticos existentes nas comunidades e pertencentes a elas sobre as noções de direitos e justiça. Este artigo analisa a legitimidade da influência da filosofia comunitarista no direito penal, estudando a configuração de um direito penal articulado na defesa dos valores éticos comunitários. Inicia analisando o binômio comunitarismo-liberalismo, estuda também a posição da doutrina em relação à neutralidade liberal e as posições relacionadas à existência de um mínimo ético, defendendo que o direito penal deve ser neutro sem refletir os valores dominantes em uma determinada comunidade. Além disso, são analisadas diferentes manifestações do direito penal comunitarista (o direito penal do inimigo, o direito penal da aporofobia e os crimes políticos), concluindo pela sua inadmissibilidade no âmbito dos Estados democráticos e de Direito.

**Palavras-chave:** comunitarismo; neutralidade; direito penal do inimigo; aporofobia; crime político.

## 1. Comunidad o individuo: el sempiterno debate

La cuestión de si la base última del derecho penal se ha de ubicar en el individuo (en el sentido del individualismo liberal universalista) o en la comunidad sigue siendo de interés en la doctrina (v. gr. Jakobs, 2010, pp. 15-ss.; Robinson, 2012, pp. 41-ss.). Tal análisis se puede enmarcar en la relación que existe entre el derecho penal y la filosofía política, pues es innegable que detrás de cualquier teoría de la criminalización hay un conjunto de ideas políticas sustantivas, además de la analogía existente entre la filosofía del derecho penal y la filosofía política (Gómez Lanz, 2018, pp. 4-ss.). Al ser el liberalismo y el comunitarismo los principales modelos teóricos que vertebran la discusión, parece oportuno estudiar su relación con los mismos.

El debate entre liberalismo y comunitarismo tiene raíces vetustas, si bien cobró una especial importancia a partir de la publicación del libro *A Theory of Justice*, de John Rawls (Alcácer Guirao, 1998, pp. 471-ss.) y de las subsiguientes críticas de los diferentes miembros de la corriente heterogénea de autores que se ha venido a denominar «comunitarismo».<sup>1</sup> En la actualidad el debate se mantiene con vigor en el ámbito académico y filosófico (sobre todo en el ámbito anglosajón aunque no exclusivamente). Asimismo, el discurso de la filosofía comunitarista se puede observar en las alocuciones políticas de corte patriótico y populista —es innegable la relación entre las ideas defendidas por el comunitarismo y el patriotismo, como se puede ver expresa o implícitamente en los discursos de algunos de sus autores (así, por ejemplo, en Sandel, 2016, p. 263; Laporta, 1995, p. 66)—.

Esta corriente filosófica se funda sobre las ideas de «bien» o «virtud» y de «pertenencia» o «membresía» a una comunidad. En este sentido, los diferentes autores comunitaristas se oponen a las ideas de la primacía de los derechos y la justicia sobre las diferentes concepciones del bien, y, por tanto, en definitiva se oponen al individualismo liberal. La filosofía comunitarista se opone a la idea de la atribución a los individuos de derechos fundamentales, con lo que se disipa la idea del individuo ante «realidades colectivas cercanas más fuertes o más valiosas» (Molina Álvarez de Cienfuegos, 1998, p. 25). La idea de membresía —que se puede considerar contrapuesta a la idea de ciudadanía (Santiago Juárez, 2010, p. 162)— es primordial para esta corriente. Así, por ejemplo, Walzer (1993) considera la membresía como condición de acceso a los demás bienes sociales, de tal manera que la concepción de la comunidad determina la inclusión —y el desdibujamiento, en

1 Dada la heterogeneidad de esta corriente y lo limitado en extensión de este trabajo, no se pretende realizar un análisis minucioso de todos sus representantes y corrientes, sino poner el foco en las líneas generales del comunitarismo (que se pueden considerar transversales a las diversas perspectivas comunitaristas), y en el comunitarismo más tradicional (del que MacIntyre y Sandel pueden ser considerados sus representantes).

la narración de la historia de la que formamos parte, según la terminología de MacIntyre (2019, p. 266)<sup>2</sup>— de sus miembros en ella, pero, sobre todo, implica la exclusión de los no-miembros del grupo y las ventajas que este brinde.

La importancia que la filosofía comunitarista concede a la exclusión de los extraños se basa en el hecho de que esta se sostiene sobre las patas de la virtud y la pertenencia:

la admisión y la exclusión se hallan en el núcleo de la independencia de la comunidad [...]. Sin ellas no podría haber *comunidades de carácter* históricamente estables, asociaciones continuas de mujeres y hombres con algún compromiso especial entre sí y un sentido especial de la vida común (Walzer, 1993, p. 73).

Así, se crea una barrera frente a la entrada de individuos extraños que no comparten historias comunes con el grupo (Santiago Juárez, 2010, p. 165) o que no son buenos (virtuosos) para los fines que la comunidad persigue (Sandel, 2016, pp. 208, 209-ss., 216-ss., 234). Además, las virtudes (predeterminadas por el *telos* y la costumbre de las comunidades) no son accesibles a todos los individuos, pues cada agente moral «hace lo virtuoso *porque* es virtuoso» (MacIntyre, 2019, p. 189).

La primacía de las concepciones ético-sociales sobre los conceptos de justicia y derechos determina la posición de la filosofía comunitarista en relación con la institucionalización de la moral. En este sentido, para los autores comunitaristas, las normas de la sociedad deben encarnar las nociones de bienes, virtudes y honores compartidas por la comunidad (Thiebaut, 1992, p. 266). Walzer (1993) considera que «una sociedad determinada es justa si es vivida de una cierta manera —esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros—» (p. 322). Estos autores defienden que las concepciones éticas que configuran la identidad de la comunidad o, según la denominación de Taylor (1996, p. 42), «los marcos referenciales», no deben pertenecer al ámbito privado de los miembros del grupo:

los comunitaristas conciben la política como una prolongación funcional de la actividad privada: los poderes públicos han de fomentar una línea uniforme de actuación colectiva basada en las ataduras morales que vinculan a los ciudadanos, con la finalidad última de perpetuar el *ethos* comunitario y “patriótico” (...) y de la estabilidad de la identidad común (Alcácer Guirao, 1998, p. 497).

2 También hace mención a la «narrativa» Taylor (1996, pp. 64-65, 68) y en el mismo sentido se pronuncia Sandel (2016, p. 252).

De esta manera, la neutralidad estatal es rechazada al considerarse que lo que es bueno para cada individuo viene determinado por la comunidad de pertenencia, por lo que no tiene sentido limitar la ética a la esfera privada. Indica Sandel (2016, pp. 250, 275) que si deliberar sobre lo que es bueno para un individuo supone reflexionar sobre lo que es un bien para la comunidad a la que pertenece, quizá la aspiración a la neutralidad es un error: «quizá no sea posible, ni siquiera deseable, deliberar sobre la justicia sin deliberar sobre la vida buena» (Sandel, 2016, p. 164). En definitiva, el *telos* de la comunidad en cuestión, que depende de las virtudes que aquella tenga por meritorias, determinará cómo debe desarrollarse institucionalmente esta sociedad (Sandel, 2016, p. 211).

Así, el comunitarismo justifica la intervención de la ética dominante de la sociedad en las instituciones estatales, de manera que las normas de la sociedad y todo el sistema de convivencia deben encarnar las nociones de bien compartidas por la comunidad (Thiebaut, 1992, p. 155), lo que contradice uno de los principios básicos de los Estados democráticos: la neutralidad estatal. Además, un riesgo claro al que se enfrenta la filosofía comunitarista al concebir nociones contextuales de bien y justicia es que el criterio pueda ser tan cerrado que ninguna diferencia pueda ser tolerada (Thiebaut, 1992, p. 58). Es decir, al no poner ningún límite a las concepciones morales de la comunidad en relación con los derechos, cualquier intolerancia puede ser admitida.

Por último, la primacía de lo que se considere bueno —por la comunidad dada— sobre lo que es justo lleva consigo otra implicación inevitable: la justificación del mantenimiento del *statu quo* por mucho que este sea contrario a los derechos. Al encontrar los fundamentos sobre la virtud en los recursos consuetudinarios de la comunidad y desdibujarse al individuo en el grupo, la virtud ya viene dada —el hombre es considerado «esencialmente un animal que cuenta historias», como defiende MacIntyre, (2019, p. 266)—.

En todo caso, en el marco de las sociedades contemporáneas, progresivamente más multiculturales, no parece posible que se pueda defender la existencia de una única noción compartida de bien o virtud, lo que implica que introducir las normas ético-sociales en la sociedad supone en todo caso imponer la moral dominante, ya sea por ser esta mayoritaria o impuesta de algún otro modo. En este sentido, parece que solo la garantía de las libertades a la propia identidad —incluso las minoritarias y las disidentes— pueden asegurar el pluralismo de todo tipo (Ferrajoli, 2019, p. 57).

A diferencia de ello, el liberalismo se ocupa «de lo justo, no de lo bueno» (Alcácer Guirao, 1998, p. 493), razón por la cual Rawls (1995) distingue entre los

principios de justicia —que denomina «términos justos de la cooperación social» y que son universales y primordiales— y las «doctrinas omnicomprendivas», es decir, las diferentes concepciones éticas de la sociedad —que son privadas, por lo que se permite a los ciudadanos escoger las opciones morales que estimen convenientes en garantía del pluralismo y la libertad—.

Por ello, la perspectiva liberal es, en este sentido, mucho más conciliable con los derechos humanos y los principios básicos de los Estados sociales y democráticos de derecho. Desde esta perspectiva liberal, frente a la posición comunitarista, en ningún caso se deja abierta la puerta a que lo que una sociedad conciba como bueno o malo pueda superponerse a lo que es justo.

## 2. ¿Un derecho penal «de» la comunidad?

Es evidente que hacia donde quiera que se oriente el derecho penal —bien sea hacia la perspectiva liberal, es decir, hacia la protección de la universalidad de individuos y la garantía de nuestros derechos o bien hacia la protección de la comunidad en que vivimos—, este sirve para garantizar la convivencia pacífica de los individuos en la comunidad. También lo es que las normas, incluidas las penales, emanan del contexto social y se ven condicionadas por este, y que si el derecho penal se orienta a la protección del individuo, protegerá también a la comunidad en la que convive. Todo derecho penal es, en este sentido, un derecho penal «para» la comunidad. Pero, ¿debe ser además un derecho penal «de» la comunidad? ¿Debe reflejar las nociones éticas del grupo social dado? ¿Deben estas superponerse a los límites de los derechos y las libertades y a la justicia?

Como se ha visto, la filosofía comunitarista defiende que el Estado no debe ser neutral en relación con las distintas posiciones de la vida buena, la virtud y los honores. Así, las instituciones a través de las cuales se desarrolla la actuación estatal deben posicionarse y desarrollar sus competencias siguiendo una perspectiva ética determinada: la de la comunidad. Ello hace suponer que será la dominante en la comunidad, dado que cada grupo, sociedad y comunidad dispone, por fortuna, de puntos de vista divergentes.

A diferencia de ello y esta es precisamente una de las ventajas de la modernidad, el liberalismo defiende la neutralidad del Estado, que no se debe posicionar sobre las distintas concepciones de la vida buena. En cambio, el Estado, así como sus instituciones, como el derecho penal, solo se debe ocupar de la justicia y los derechos.

La idea de un derecho penal comunitarista plantea las cuestiones de hacia dónde se debe orientar el derecho penal: si hacia la comunidad o al individuo, y la de la neutralidad del Estado.

## 2.1. La cuestión de la neutralidad del derecho penal

Uno de los principales avances de la modernidad es la separación entre derecho y moral, principio corolario del de legalidad (Ferrajoli, 2019, p. 53), que configura la idea de la neutralidad estatal como garantía de la existencia del Estado social y democrático de derecho y con este de los pluralismos éticos, políticos y culturales. En la doctrina existe un consenso generalizado sobre la idea de que «el derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral» (Ferrajoli, 2012, p. 109). Ello lleva consigo la imposibilidad de utilizar el poder punitivo para sancionar las diferencias éticas, culturales, políticas o religiosas.

Frente a posturas doctrinales ya históricas que atribuían al derecho penal un papel moralizador, un «máximo ético» (Luzón Cuesta, 2018, p. 27), el principio de separación entre derecho y moral se materializa con mayor vigor cuando la institución estatal en cuestión es el derecho penal. Uno de los principios del derecho penal, desarrollado con el objeto de limitar el brazo punitivo estatal para mantener su legitimidad, es el de la mínima intervención. El derecho penal es la manifestación más perturbadora y violenta del Estado que, articulándose a través de la mayor limitación de nuestros derechos fundamentales, no deja poner más barreras al poder punitivo en garantía de la libertad.

El principio de intervención mínima se articula a través de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad, estructurando la garantía de neutralidad penal. El primero de ellos se refiere a la necesidad de intervención; es decir, el derecho penal es subsidiario y solo debe intervenir en caso de ineficacia de otras alternativas. El segundo recoge la idea de que el derecho penal solo debe sancionar penalmente los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes para proteger, en última instancia, los derechos fundamentales (Muñoz Conde, 2001, pp. 561-ss.). Así configurado, el principio de ofensividad se erige en garantía de la laicidad del derecho, las libertades y el pluralismo (Ferrajoli, 2012, 109-ss.).

La moral, «aunque a menudo se suponga lo contrario» (Roxin, 1976, p. 23), no es ningún bien jurídico, de manera que al derecho penal no le corresponde la tarea de defenderla (Portilla Contreras, 2003, pp. 139-ss., Polaino Navarrete, 2003, p. 128, Alcácer Guirao, 1998, pp.-ss., Hormazábal Malerée & Bustos Ramírez, 1997, p. 59, Roxin, 1976, pp. 21-ss., entre otros). Así, el principio de intervención mínima pone un límite a la perpetua tensión entre seguridad y libertad a la que se ve sometida toda política criminal (Pérez Cepeda, 2007, pp. 95-ss.). Se puede encontrar el fundamento constitucional de tales principios limitadores del derecho penal tanto en los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución española), como, además, en las constituciones española (Berdugo Gómez de la Torre

et al., 2015, p. 95) e italiana en los artículos 9.2 y 3 respectivamente, que atribuyen al Estado la función de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En cualquier caso, la neutralidad en el derecho penal tampoco ha encontrado un unívoco medio de articulación a través de las diferentes voces doctrinales: parte de la doctrina ha defendido que al derecho penal le corresponde la defensa de un mínimo ético, pero otra defiende una absoluta neutralidad en los textos punitivos.

## 2.2. ¿Un «mínimo ético»?

Existen, *grosso modo*, dos posiciones doctrinales en relación con la defensa de la neutralidad del derecho penal. La primera de ellas defiende que este debe restringir sus intervenciones a la protección de los valores éticos esenciales de la sociedad —y únicamente de esos valores esenciales—, mientras que la segunda considera que en un Estado democrático y de derecho ninguna moral debe formar parte del derecho penal.

En general, el funcionalismo radical jakobsiano y su defensa de la prevención general positiva encuentra muchos puntos en común con el comunitarismo y la introducción de valores éticos en el derecho penal. Sin embargo, como señaló Alcácer (1998, p. 426), la prevención general positiva no necesariamente supone la introducción de los valores ético-sociales en el derecho penal, se puede adscribir tal posición a criterios liberales. Ese sería el caso de supuestos en que lo que se tuviese en cuenta en la función de restablecimiento de la vigencia de la norma fuesen elementos externos y no internos; es decir, basados en el comportamiento y no en las concepciones morales de los sujetos a los que se dirigen (Alcácer, 1998, p. 426).

En cualquier caso, en el funcionalismo radical de Jakobs parece claro que no se respeta el principio del derecho penal neutral, pues se introduce la defensa de la irrupción de la moral en las normas penales. Así, para Jakobs (2008), la vigencia de la norma debe afirmarse cuando es incumplida, pues su incumplimiento supone una negación de su vigencia, efecto del conflicto social entre el que cumple y el resto de la sociedad (pp. 35- ss.). Por otra parte, dentro de los planteamientos de este autor, «las normas necesitan de una cimentación cognitiva si se pretende que ofrezcan orientación; no basta con que puedan ser expuestas como correctas o plausibles» (Jakobs et al., 2008, p. 37), deben ser consideradas como tales, de manera que las expectativas normativas pasen a formar parte de la conciencia de los individuos hacia los que se dirigen y de la sociedad cuya existencia garantizan.

De esta manera, la prevención general de Jakobs es psicologista: requiere de la población una prestación moral al cumplimiento de las normas (Jakobs et al., 2008,

p. 152). Tal requerimiento de fidelidad al derecho no puede ser admisible en el marco de las sociedades democráticas donde los pensamientos diversos —incluidos los contrarios a normas existentes y su cumplimiento— deben ser respetados por el Estado. Como sugiere Ferrajoli (2012, p. 112), la teoría de Jakobs no pone ningún límite al derecho penal, convirtiendo todo delito en mera desobediencia.

Extramuros de la perspectiva de Jakobs, otras visiones de la prevención general positiva inciden en la inclusión de un mínimo ético en el derecho penal. Así, por ejemplo, Gil Gil (2003, pp. 9- ss.) ha sostenido una perspectiva de la prevención general positiva no psicologizante, adjudicándole a la pena la función de afirmación de la vigencia a la norma en sentido comunicativo, que persigue que se reafirmen los valores ético-sociales elementales que subyacen tras las normas penales en los destinatarios de estas (Gil Gil, 2003). Así, esta autora defiende la intervención de un mínimo ético como la mejor forma de proteger los bienes jurídicos.

Desde otra perspectiva, autores como Cerezo Mir (2004) y Antón Ónega (1944) han defendido que el derecho penal contiene las normas éticas básicas mínimas de la sociedad. Así, Cerezo Mir (2004, pp. 17-ss.) ha defendido que en la selección de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal las concepciones ético-sociales son decisivas, castigándose como delito las infracciones más graves de las normas de la ética social. Las normas de la ética social cambian con el tiempo, razón por la cual, según este autor, también cambian los bienes jurídicos objeto de protección penal. Sin embargo, el derecho penal solo debe proteger un mínimo ético, el necesario para la conservación de la sociedad: «el derecho penal ha de limitarse a tutelar las normas fundamentales de la Ética social» (Cerezo Mir, 2004, p. 18). En el mismo sentido, Antón Ónega (1944) defendió que la misión más elevada de la prevención general es «reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad» (p. 93) y solo de los preceptos morales estrictamente necesarios para la existencia del grupo social, por lo que no se corre el riesgo de absorber en la protección penal toda la moral.

La mayoría de las posturas hasta aquí expuestas en relación con la intromisión de un mínimo ético en el derecho penal se pueden considerar comunitaristas, en la medida en que legitiman la entrada de los valores morales dominantes de un grupo social en el ámbito de la norma penal, lo que es claramente contrario al principio de neutralidad propio de los Estados liberales en garantía del pluralismo y las libertades básicas. En el mismo sentido, Gómez Lanz (2018) ha indicado ya que el funcionalismo sistémico es un «paradigma exitoso de un derecho penal comunitarista» (p. 26), que considera que el derecho penal tiene por misión la confirmación de la identidad social.

Mir Puig (1976) sostenía, en *Introducción a las bases del derecho penal*, que era posible limitar la intervención penal según las valoraciones éticas de la sociedad (p. 159). Así, se distanciaba de la postura legitimadora del castigo de los actos exclusivamente inmorales, sosteniendo que solo se debe admitir que la punición de los ataques a bienes jurídicos sociales «deba *limitarse* (no que pueda ampliarse)» (Mir Puig, 1976, p. 159) por las valoraciones éticas de la sociedad.

Con posterioridad, Mir Puig (2003) ha sostenido que, en las normas penales, cobran especial importancia los valores jurídicos (pp. 73-ss.) que en ocasiones se encuentran explícitamente en la constitución o en otras normas, y en otros casos están implícitos en las normas jurídicas. Para Mir Puig (2003), es misión de la doctrina encontrar los valores que se encuentran tras las normas y, sobre ello, analizar su legitimidad (p. 77). Además, para el autor, «el jurista tiene que esforzarse por reflejar las aspiraciones más indiscutibles de su ámbito cultural» (Mir Puig, 2003, p. 78), donde las declaraciones internacionales de derechos humanos y constituciones son el punto de partida, para atribuirle una misión más garantista.

Pese a lo firme de su argumentación, en la posición defendida en este trabajo se disiente, en primer lugar, de la perspectiva inicialmente expuesta de Mir Puig (1976), pues se considera que permitiría justificar que el derecho penal (siquiera de modo subrepticio) introduzca valores en su normativa que sean contrarios a los principios que deben regir un Estado democrático. Es decir, si en una sociedad determinada la perspectiva ética dominante —que no tiene por qué ser la mayoritaria— considera que las grandes defraudaciones o el tráfico de drogas deben quedar al margen de la punición penal, porque aportan dinero a la sociedad, mientras mantiene la perspectiva de que es necesaria la retribución contra los pequeños hurtos, se están introduciendo valores en las normas penales y, en consecuencia, se está infringiendo el principio de proporcionalidad en la medida en que se sancionan con penas mucho más elevadas conductas mucho menos lesivas para los bienes jurídicos.

En cuanto a la segunda postura de Mir Puig (2003) en relación con los valores, pese a que se considera, como el autor hace, que los derechos humanos deben contextualizar el derecho penal, no se comparte la idea de que ello venga determinado por los valores culturales de un entorno determinado, sino por el hecho de que los derechos humanos son universales en el sentido que defiende Ferrajoli (2019, p. 52), es decir, desde la lógica de la cuantificación universal de sus titulares, vigente fuera de las áreas donde suscitan consenso.

También, desde una perspectiva más eficiente, no faltan autores que han defendido con sólidos argumentos que el derecho penal debe defender los valores de

la comunidad. En este sentido, Robinson (2012, pp. 45-ss.) ha defendido que las normas del derecho penal son objeto de mayor seguimiento cuando incorporan tales valores. Sin embargo, como indica Corcoy Bidásolo (2012, p. 154), la eficacia no puede ser el único criterio a tener en cuenta si se busca evitar el desarrollo de un Estado policial.

Contra posturas que incorporen cualquier ápice de valores morales se sitúan numerosos autores. Así, Roxin (1976, pp. 23-24) indica que el Estado no tiene legitimación para tutelar moralmente al particular, la intervención penal queda restringida entonces a la protección de bienes jurídicos y prestaciones. También a favor del principio de neutralidad entre derecho y moral se pronuncia Zaffaroni (1976, p. 25), sosteniendo que el derecho penal no puede tutelar la moral de otro modo más que posibilitándola, lo que permitirá el desarrollo libre de las posibilidades de los distintos individuos siempre que no incidan en un bien ajeno. En el mismo sentido, Polaino Navarrete (2003) se ha mostrado muy crítico con las posiciones defensoras de un mínimo ético en materia penal, en defensa de una autonomía plena del derecho penal y la moral (Polaino Navarrete, 2003, pp. 124-ss).

En cualquier caso, Ferrajoli (2011) ha defendido la relevancia de un derecho penal completamente separado de la moral, criticando toda postura que defienda un mínimo ético (pp. 31-ss.), considerando que no es más que la vieja tesis *iusnaturalista* o un reflejo del legalismo ético en que los principios constitucionales se pretenden en todo caso justos (Ferrajoli, 2019, p. 54; 2011, p. 31). En cambio, como sostiene este mismo autor, el universalismo de los derechos fundamentales permite tutelar al débil frente a cualquiera, también frente a las culturas dominantes en las comunidades de pertenencia (Ferrajoli, 2019, p. 49). Al riesgo tiránico de la mayoría o la cultura dominante solo se le puede poner límite a través de la preeminencia de los derechos y la absoluta separación entre derecho y moral, que son garantía de la libertad. Los derechos no se basan, como indica el autor italiano, en la pretendida validez ontológica o cultural o alguna coparticipación moral (Ferrajoli, 2019, pp. 51-ss.), sino en su atribución a todos los ciudadanos, con independencia de que susciten o no consenso en las tradiciones socioculturales en que estos viven.<sup>3</sup>

De la lectura de las aproximaciones doctrinales hasta aquí expuestas cabe concluir, en primer lugar, que dentro de este abanico de posibilidades teóricas lo que es en todo caso claro es que la neutralidad estatal y la separación entre derecho y moral —laicidad del derecho, en términos de Ferrajoli (2011; 2019)— son una garantía básica de los derechos y las libertades, y, con ello, del pluralismo.

3 Contra la tesis de Ferrajoli, se ha posicionado Atienza (2012, pp. 19-ss.).

En todo caso, Portilla Contreras (2003) ha defendido que no existe «ni existirá jamás un derecho penal neutral» (p. 139), porque se pueden encontrar bajo la superficie de la articulación de normas penales la preeminencia de valores como el mercado competitivo si bien ha de defenderse el mantenimiento de la neutralidad estatal a través de la separación entre derecho y moral frente a posiciones funcionalistas que imponen la fidelidad normativa (Portilla Contreras, 2003, pp. 139-ss.).

Aquí se defiende que el derecho penal debe ser neutral, no cabe la defensa de meros valores éticos a través del poder punitivo que configure a este como un método de perfeccionismo moral. Se considera que es garantía de ello que el derecho penal se oriente y se limite por la defensa de los derechos humanos considerados en sentido material.

En cualquier caso, la filosofía comunitarista proporciona un sostén para las posiciones que introducen la ética en el marco del derecho penal; no solo para la defensa de la introducción en el derecho penal de un mínimo ético, sino que prácticamente abren la puerta a posturas que defiendan la configuración del derecho penal con un papel moralizador. Gómez Lanz (2018) ya ha indicado que las perspectivas comunitaristas del derecho penal llevan consigo un énfasis punitivo —exacerbado en relación con los móviles o las opiniones— al pretender establecer un horizonte moral común, restringiendo el alcance del principio de lesividad e introduciendo en el derecho positivo la imposición de las convecciones éticas imperantes en la comunidad «sin otro límite que la propia decisión del legislador» (p. 23).

Como se ha señalado, el respeto a los derechos fundamentales y a los Estados sociales y democráticos de derecho imponen que cualquier papel moralizador de la sociedad a través del derecho penal sea descartado y, con ello, también todas las posturas que defienden la creación de un derecho penal «de» la comunidad y sus valores dominantes. Frente a ello, la idea rawlsiana de que el liberalismo se debe ocupar de la justicia y no de las concepciones del bien de la comunidad (Rawls, 2006, pp. 493-ss., Alcácer Guirao, 1998, p. 497) parece más conciliable con el contexto del Estado democrático de derecho. En el mismo sentido, Rawls (1995, p. 263) ha reiterado que en sociedades pluralistas la única alternativa a la neutralidad moral es el uso opresivo del poder estatal (Alcácer Guirao, 1998, pp. 494-495).

### **2.3. Autopoiesis y perpetuación del *statu quo***

Para el comunitarismo el derecho adquiere su legitimidad no por un presupuesto de consenso basado en el diálogo y la razón, sino por ser emanación de la comunidad dada (Alcácer Guirao, 1998, p. 496).

Esta retórica comunitarista es identificable con la visión del funcionalismo defendida por Jakobs (1996). Si las normas de la comunidad deben articularse de acuerdo con la concepción comunitaria del bien, es natural que, como considera Jakobs (1996), el derecho penal represente «la identidad no modificada de la sociedad» (p. 19), defendiendo que la posición del derecho penal solo tiene por objeto «proteger el *statu quo*», no «definir posiciones sociales o jurídicas» (Jakobs, 1996, pp. 40-41). Así, el derecho penal se presenta como instrumento de descripción científica de lo existente, «no se trata del derecho penal de una sociedad deseable, sino del derecho penal de aquella sociedad que ha generado el sistema jurídico» (Jakobs, 1996, p. 40) y, por tanto, la ciencia del derecho penal «es impotente frente a los cambios políticos de valores» (Jakobs, 1996, p. 41) y no puede optar en su favor. El comunitarismo tiene una retórica determinista<sup>4</sup> y justificante del *statu quo*, igual que sucede con la posición de Jakobs (1996).

Las posiciones expuestas del comunitarismo y de la prevención general positiva son criticadas (no sin razón) por una importante parte de la doctrina por ser autojustificadoras y, por tanto, no someter al derecho penal a ningún parámetro externo para defender su legitimidad.

Así, Ferrajoli (2012) afirma que la defensa del principio de ofensividad en el sentido heteropoiético de necesaria protección de los bienes jurídicos es garantía de separación entre derecho y moral. Sin embargo, el principio de ofensividad concebido como lo hace Jakobs (1996), de modo autopoiético —que requiere únicamente la perturbación de la estructura normativa de la sociedad o el «daño social»—, no garantiza límite alguno a la potestad punitiva, no puede impedir *per se* «la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”» (Ferrajoli, 2012, pp. 109-110). Como indica Ferrajoli (2012), la moral dominante se puede acabar representando como «moral oficial» (p. 110) a proteger, al considerarla como constitutiva de la estructura normativa de la sociedad.

Así, al introducirse la moral en la configuración legal de la sociedad, es inevitable considerar que lo legal se autojustificaría, afirmándose como justo por su mera existencia:

Si el bien tutelado por la norma penal y su misma “vigencia”, si el daño generado por el delito no consiste en la lesión de un bien externo a este, sino en la lesión de la misma norma jurídica, si, en últimas, el fin del derecho penal es la protección de sí mismo, entonces está

<sup>4</sup> El comunitarismo hace depender así «la crítica moral respecto de la práctica moral de la sociedad» (Nino, 1988, p. 367).

claro que una concepción así del bien jurídico, de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena no es capaz de sugerir ningún límite al derecho penal. Con base en esta concepción autopoiética, todos los delitos son delitos de mera desobediencia (Ferrajoli, 2012, p. 112).

Como indica Portilla (2003, pp. 139-ss.), basar la legitimidad de las normas en su mera existencia supone su aceptación acrítica; esto es contrario a la tarea de la ciencia penal, que es controlar críticamente la legislación (Donini, 2010, p. 4).

Tal concepción abre la puerta a todo autoritarismo intolerante. Ejemplo de ello son algunas normas que el nacionalsocialismo aprobó o intentó aprobar —*vid.* Muñoz Conde (2003, pp. 488-ss.) en relación con el proyecto de ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad—. Cualquier postura que permita la autojustificación de la norma por la norma o por los valores morales que esta encarna condena a sus destinatarios a la perpetuación del *statu quo* y a la homogeneización social. De hecho, los penalistas del nacionalsocialismo alemán se oponían a la idea de bienes jurídicos al considerarla individualista; defendían, en cambio, la idea de infracción de un deber, considerada más adecuada con la concepción colectivista del Estado (Mir Puig, 2003, p. 78).

#### **2.4. De un derecho penal «de» la comunidad a un derecho penal «para» la comunidad**

Se ha visto que la filosofía comunitarista defiende que las instituciones no deben ser neutrales, deben posicionarse y regirse por la concepción ética que prime en la comunidad. En este sentido, hay que aclarar que, como es evidente, los contextos y comunidades condicionan tanto la integración a la comunidad como la posición en la misma, premian por lo que se estima merecedor de honra y castigan por comportamientos indecorosos. Además, la concepción ética dominante en una sociedad condicionará las normas a través de las que se institucionalice. Sin embargo, no deja de ser verdad que tal situación ontológica no debe pasar al estadio de lo deontológico. El derecho debe ser neutral en relación con las concepciones morales en garantía de los derechos y libertades fundamentales y con ello del pluralismo de toda clase. Ello tiene especial relevancia en el derecho penal, dado su carácter limitador de derechos fundamentales, pues si se abre la puerta a la entrada de la moral en el derecho penal ello significará que no hay garantía de que la disidencia y la diferencia no serán oprimidas.

Por tanto, la posición defendida en este trabajo es la del liberalismo pluralista defensor de la separación entre derecho y moral, y, con ello, de la necesaria neutralidad

del derecho penal.<sup>5</sup> Pese a que, como se ha ya expresado, las normas penales surgen para garantizar los derechos de los individuos y su convivencia en la sociedad —y que con la protección de los individuos se beneficia la sociedad en su conjunto—, estas no tienen legitimidad, en cambio, para perpetuar perspectivas éticas sobre lo que es bueno o malo en una sociedad, a diferencia de lo que pueden hacer asociaciones o comunidades privadas (Rawls, 1995, p. 263).

En el marco de la defensa de la neutralidad del derecho penal se ha expuesto el dilema entre la conveniencia de mantenerlo como absolutamente neutral o la defensa del mantenimiento de un «mínimo ético» garantizado por el derecho penal. Algunos constitucionalistas, como Atienza (2012), han sostenido que la doctrina penal debería asumir que los conceptos básicos del derecho penal tienen un elemento valorativo inevitable que, para su comprensión y manejo, exigen la consideración de elementos morales (p. 38). En cambio, Ferrajoli (2012) no considera que se pueda deducir que las normas y constituciones incorporen valores; el que no se deba separar el derecho y la moral, como propone el constitucionalismo legalista, confunde la validez de la ley con la justicia y el «ser» legislativo del derecho con el «deber ser» constitucional (pp. 31-ss.).

En cualquier caso, por la limitación, este artículo no profundizará más en este debate, pero desde la perspectiva aquí defendida, lo que se sostiene es que el único «minimísimo ético» respetuoso con la libertad propia de los Estados democráticos es la configuración de los derechos humanos —en sentido material— como un límite y como un criterio orientador del derecho penal y de la política criminal.<sup>6</sup> Así, se mantiene la separación entre derecho y moral y la defensa de la neutralidad del derecho penal. Un derecho penal que no respete los derechos humanos en sentido material (principalmente, un derecho penal que no respete los que constituyen la base de aquellos: la dignidad, la libertad y la igualdad) o que no se oriente a su protección, no puede ser considerado neutral. La garantía de protección de los derechos humanos se articula a través de la exclusiva protección de las lesiones más graves hacia los bienes jurídicos más importantes que protegen, en definitiva, los derechos fundamentales (Muñoz Conde, 2001, pp. 561-ss., Roxin, 1997, pp. 55-ss.).

5 Sin embargo, dada la limitación del trabajo no se pretende profundizar en las posiciones del liberalismo, que pretenden ser analizadas con mayor profundidad en el futuro.

6 No se comparte la perspectiva de Jakobs (2008) cuando señala que pudiendo suceder que una sociedad sea irrespetuosa con los derechos humanos, no se podría «orientar al ciudadano con base en sus derechos humanos» (p. 28). No se habla aquí de orientar al ciudadano, sino de orientar al derecho penal, de ponerle límites; precisamente su orientación neutral a excepción de la necesaria perspectiva de la defensa de los derechos humanos es un límite necesario y elemental.

En conclusión, el derecho penal protege a la sociedad y a los individuos que la conforman. En este sentido, es un derecho penal «para» la comunidad. Sin embargo, no debe erigirse como un derecho penal «de» la comunidad dada, que defienda sus valores morales, pues no se puede garantizar que un sistema punitivo de tal calibre no se configure como autoritario e intolerante.

### **3. Algunas manifestaciones controvertidas del derecho penal «de» la comunidad**

Un derecho penal comunitarista entraña muchos peligros. Sus rasgos que, como se ha visto ya, implican una exacerbación punitiva, permiten identificarlo con muchos de los cambios acontecidos en el marco de la «expansión» del derecho penal que han llevado consigo la «deconstrucción del paradigma liberal del derecho penal» (Demetrio Crespo, 2006, p. 92). Muchos de los cambios derivados de una comprensión comunitarista de la intervención punitiva han sido identificados por Gómez Lanz (2018): una comprensión más amplia del principio de lesividad, la progresiva introducción de bienes supraindividuales, la generalización de los delitos de peligro abstracto y acumulativos, la propagación de delitos de infracción de deber y la punición de conductas correspondientes a opiniones morales divergentes (pp. 22-26). A continuación, se reseñan algunas de las manifestaciones más rudas de un derecho penal comunitarista.

#### **3.1. El «derecho penal» del enemigo**

El «derecho penal» del enemigo es la manifestación más cruda del derecho penal comunitarista. Como es sabido, en el marco del populismo simbólico y punitivo del derecho penal desarrollado en Occidente (Cancio Meliá, 2010, pp. 18-19), se ha venido reconociendo un derecho penal dirigido hacia la exclusión del enemigo. Inicialmente, las referencias a este derecho penal de neutralización de los enemigos se exponían como visión de la realidad normativa (Jakobs, 1996), pero después se configuró como posición teórica doctrinal, cuyo principal defensor es precisamente Jakobs (2008). En cualquier caso, se trata de una forma de derecho penal ya vigente (Cancio Meliá, 2008, p. 73).

Desde la perspectiva del derecho penal del enemigo se considera que no todos los miembros de la sociedad deben ser tratados como personas. En este sentido, indicaba Jakobs (2008) que «hoy todos deben ser tratados como personas en derecho (...) siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos» (p. 27). Así, el derecho penal del enemigo orienta el ordenamiento jurídico-penal

hacia la neutralización de una categoría «especial» de delincuentes: los enemigos (Cancio Meliá, 2010, p. 19). El enemigo frente al que reacciona este derecho penal es «un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*» (Jakobs et al., 2008, p. 51).

Se escinde el derecho penal en dos categorías diferenciadas aunque, precisamente una de las críticas de la doctrina es la imposibilidad de establecer un vallado que separe claramente a los ciudadanos y los enemigos, de manera que la puerta a la relajación de garantías y a la exclusión se abre a todos (Cancio Meliá, 2008, p. 86). Así, el del enemigo es solo uno de los dos «polos» del derecho penal, donde la finalidad del ordenamiento es combatir peligros. El otro polo del derecho penal ya se ha presentado, aquel del ciudadano: se garantiza la vigencia de la norma (Jakobs & Cancio Meliá, 2003, pp. 42-43).

Esta retórica recuerda a la comunitarista, donde el individuo se desvanece en el seno de la comunidad, que debe ser protegida por las instituciones y las normas, con lo que se justifica la exclusión o expulsión de los individuos extraños a la comunidad. Así, MacIntyre (2019), uno de los principales filósofos comunitaristas, indica que hay dos formas de fallar a una comunidad, dejando de ser bueno o virtuoso para el grupo o bien cometiendo un delito contra la ley:

Un delito contra las leyes destruye las relaciones que hacen posible la común persecución del bien; el carácter defectivo, a la vez que es más susceptible de cometer delitos, incapacita para contribuir al logro del bien sin el cual la vida común de la comunidad no tiene objeto (p. 192).

Un *inimicus* sería, por tanto, para Jakobs (2008) —siguiendo la terminología comunitarista— un miembro de la comunidad que tiene el carácter defectivo en extremo, de manera que no puede contribuir a los logros de esta y se vuelve un potencial delincuente de quien no se prevé que guarde fidelidad a la norma. Por tanto, no podrá cumplir el fin que, para Jakobs (2008), se atribuye al derecho penal del ciudadano, el restablecimiento de la vigencia de las normas penales desde una perspectiva psicologista de la tendencia hacia su cumplimiento.

Así, señala MacIntyre (2019) que, en el caso de cometerse un delito, la respuesta «habría de ser el considerar que la persona que los cometiera se excluía a sí misma de la comunidad» (p. 191). Esta idea es muy semejante a la expuesta por Jakobs et al. (2008) en relación con el derecho penal del enemigo, pues afirma que el enemigo se colocará a sí mismo en tal posición, la exclusión en una sociedad de la libertad siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en

ciudadano (p. 46). De esta manera, partiendo de la noción de que «quien deba ser persona, debe “participar”, y eso significa que debe hacer su parte, esto es garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico» (Jakobs et al., 2008, p. 45-46), no es que la sociedad no deje entrar al enemigo, sino que él se obstaculiza la entrada en ella. En cualquier caso, no se comprende la lógica de Jakobs et al. (2008) cuando expresa que el mecanismo de estabilización normativa propio de la prevención general positiva es un mecanismo social, pero al mismo tiempo entiende que los «enemigos» de la sociedad rescinden unilateralmente su condición de ciudadanos colocándose en aquella posición (p. 79).

El derecho penal del enemigo superpone la seguridad sobre la libertad, de manera que, pretendidamente, se configura como orientado hacia el combate de peligros. Las garantías se ven relajadas al aplicarlo, adelantándose las barreras de punición, incrementándose las penas y relativizando o suprimiendo garantías procesales. En realidad, el derecho penal del enemigo se orienta hacia la exclusión de los enemigos de la categoría de ciudadanos (Jakobs et al., 2008, pp. 77-ss.) de tal manera que, en realidad, no se declara a los «enemigos» como peligros a neutralizar, sino que son demonizados.

Su área paradigmática se encuentra en los delitos de terrorismo, pero el populismo punitivo ha hecho que se amplíe su aplicación no solo a los delitos de ideología afín al terrorismo, sino también a los de mera disidencia ideológica. En este sentido, en España es especialmente preocupante la configuración de delitos de expresión u opinión como el delito de enaltecimiento del terrorismo —artículo 578 CP, cuya aplicación ha sido sometida a una importante expansión hasta la intervención del Tribunal Constitucional— (Pena González, 2019b, pp. 87-ss; 2020), el amplísimo delito del artículo 510 CP, que castiga —entre un gran catálogo de conductas— la promoción (incluso indirecta) del odio, la hostilidad, la violencia o la discriminación contra grupos por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios —sancionando también la mera posesión de material idóneo para incitar indirectamente, por ejemplo, a la hostilidad contra tales grupos, nótese la amplitud de los conceptos jurídicos indeterminados que componen el delito—, u otros delitos, como el de mero acceso reiterado a páginas web idóneas para incitar a la colaboración con el terrorismo (artículo 575.2 CP). En todos estos delitos se trata de hacer desaparecer las ideas disidentes de las cabezas de quienes las piensan (Cancio Meliá, 2010, p. 285), no exigiéndose lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales.

El derecho penal del enemigo ya carece de legitimidad para los supuestos (más graves), a los que se supone que está destinado a responder (como el terrorismo),

pero, además, al someterse a una lógica «fuzzy» (Donini, 2007, p. 21) acaba por aplicarse a los meros disidentes ideológicos de la ética mayoritaria de la sociedad. Así, la ética dominante de la comunidad se impone de modo coactivo a los ciudadanos, y cualquiera de ellos puede convertirse en enemigo.

En definitiva, el derecho penal deja de ser un derecho penal del hecho para convertirse en un derecho penal de autor (Ferrajoli, 2012, p. 112); la tipificación penal deja de tener como base solo hechos, para fundarse también en otros elementos «con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de enemigos» (Jakobs et al., 2008, p. 88). En este sentido, ha señalado Ferrajoli (2012) que la función autopoiética de prevención general positiva de Jakobs (en el sentido ya expuesto) justifica la configuración como lesivas de las identidades personales «por ser (valoradas como) subversivas o terroristas o fundamentalistas o con diversas inclinaciones hacia el delito u objetivamente peligrosas o bien como enemigo» (Ferrajoli, 2012, pp. 112-113). Así, el derecho penal del enemigo renuncia al principio del hecho, dejando que una categoría de sujetos (cuya amplitud es indeterminada) quede excluida del círculo de ciudadanos, identificados como ajenos al sistema, enemigos.

En definitiva, el derecho penal del enemigo no es compatible con los presupuestos propios del Estado democrático y de derecho y se identifica con modelos despóticos y autoritarios (Ferrajoli, 2012, p. 113).

### 3.2. Derecho penal de aporofobia

Una manifestación más sutil, aunque también discutible, del derecho penal comunitarista se puede encontrar en el derecho penal de aporofobia. La aporofobia se ha definido como «el odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado» (Cortina Orts, 2017, p. 24) y su existencia y persistencia se basan en la presencia de instituciones que sostienen el *statu quo* de desigualdad y exclusión. Las cifras de desigualdad y pobreza no dejan de crecer y la situación se agrava ante la pandemia (Banco Mundial, 2020), por lo que los efectos de la aporofobia institucionalizada se acrecientan.

Precisamente, el derecho penal es una de esas instituciones, que, configurándose como clasista (Ferrajoli, 2019, p. 80), aporófoba y plutófila, focaliza la atención de la política criminal en los delitos menos dañinos, que son los que más cometen las personas pobres (Terradillos Basoco, 2020).

Un derecho penal democrático debe ser neutral. Ello se opone a la configuración desigual y discriminatoria del derecho penal, pues esta supone una intervención latente de los valores, como la productividad, asentados en las comunidades

neoliberales contemporáneas. Así, por ejemplo, *La piedad y la horca*, de Geremek (1989), muestra cómo los primeros esbozos del libre mercado y de la competencia durante el protocapitalismo introdujeron la idea de un *ethos* relacionado con la productividad, lo que lleva al desarrollo de diferentes políticas —prohibición de la mendicidad, registros de pobreza, obligación de trabajar, promoción de los valores del trabajo, etc. (Vid. Antón Ónega, 1944, pp. 90-ss.). Del mismo modo, como reseña Cerezo Mir (2004, p. 17), la supresión del delito de usura se justificó en el proyecto del Código Penal de 1992 (base del de 1994), en la Exposición de Motivos se señaló que «se ha aceptado que el precio del dinero es algo que depende del mercado y de las circunstancias que concurren».

Tales valores éticos de competencia y productividad tienen todavía mayor vigencia en las sociedades liberales occidentales contemporáneas. En cualquier caso, la concepción comunitarista, que justifica la expulsión de los individuos no virtuosos de la comunidad, legítima, en el ámbito de las sociedades liberales, que se justifique la criminalización de los pobres como no productivos y la recompensa a los poderosos y productivos.

Como expresa De Giorgi (2005), se criminaliza a los de siempre «los sin techo, los drogodependientes y pequeños traficantes, los grafiteros, las prostitutas y los jóvenes afroamericanos del gueto» (p. 171). En España son ejemplo de ello las distintas propuestas políticas hacia el endurecimiento de las reacciones punitivas a las «ocupaciones de inmuebles», o la reforma punitivista de la normativa penal en relación con el «top manta» desarrollada en 2015 (Martínez Escamilla, 2018).

Por otra parte, como ya se ha mencionado, Portilla (2003) ha identificado bajo la superficie del derecho penal la preeminencia de valores de la economía de mercado (p. 139), por ejemplo, en el ámbito de los grandes delitos económicos en que se descarta en España la intervención penal dentro de ciertos límites cuantitativos.

Así, lo que se ha venido a denominar derecho penal de aporofobia es un reflejo de la idea de que los pobres son malos para la comunidad, vagos e improductivos. Por tanto, en definitiva, no es respetuoso con la necesaria separación entre derecho y moral que la intervención penal se vea mediada por los valores éticos predominantes en la sociedad, ni siquiera si lo hace de modo latente.

Los filósofos comunitaristas son conscientes de estas críticas y han tratado de defender que el excesivo papel del mercado y la excesiva mercantilización de nuestras vidas son ajenos a lo que una sociedad debe considerar virtuoso (es el caso de Sandel, 2016, pp. 90-ss). Sin embargo, si imperan las nociones de lo bueno y lo malo sobre la justicia y los derechos, está claro que en el marco de las sociedades capitalistas occidentales *se debe* premiar al eficiente y competitivo y sancionar al

pobre disfuncional. Solo el límite de los derechos y, en el ámbito del poder punitivo, la neutralidad del derecho penal, pueden garantizar la no intromisión de los valores de mercado en las instituciones.

### 3.3. La cuestión de los delitos políticos

Un delito político es aquel que supone la incriminación de posturas ideológicas o políticas, que determina la intromisión del derecho penal en el ejercicio político y sanciona el mero ejercicio de actividades políticas<sup>7</sup> (Pena González, 2019a, pp. 79-ss., Benlloch Petit, 2001, p. 178).

Tales delitos no pueden existir en ordenamientos democráticos ni respetuosos con los derechos humanos. Allí donde no haya verdadera democracia, es decir, donde no haya posibilidades de acudir a vías pacíficas institucionales para realizar los fines ideológicos o políticos de los miembros de la sociedad, la resistencia frente a la opresión se acaba convirtiendo en delito político.

Del mismo modo, allí donde exista «delito político» no hay democracia. En este sentido, hay que aclarar que los delitos que sancionan, en el marco de los Estados democráticos y de derecho, determinadas acciones lesivas para bienes jurídicos con una pena más grave por la finalidad que persiguen no son delitos políticos (así sucede con los casos de los delitos de terrorismo y rebelión en el código penal español).<sup>8</sup> En ellos lo que se castiga es la utilización de medios antijurídicos y violentos para alcanzar fines para los que hay habilitados cauces democráticos; es decir, que se sancionan por generar una mayor lesividad, no solo a los concretos bienes jurídicos puestos en peligro —vida, integridad, etc.— sino también al mantenimiento del Estado democrático y de derecho.

En el mismo sentido, Lamarca Pérez (1993, p. 549) afirma que las actividades políticas en sí mismas no pueden ser delito en un sistema de libertades, mientras no se traduzcan en acciones delictivas que se orienten a alterar el orden constitucional. Además, como indica la autora, a pesar de que el legislador puede tener en cuenta la existencia de una finalidad política, no puede realizar distinciones en función de la inspiración, pues en tal caso se estarían juzgando según las ideologías y no según las conductas (Lamarca Pérez, 1993, p. 549). Igualmente, considera Benlloch Petit (2001), que, en un Estado democrático y pluralista, el derecho penal solo debe ocuparse de determinadas consecuencias delictivas de un conflicto político, pero no debe tomar postura en el conflicto político como tal (p. 178).

7 El concepto de delito político surge con el fin de excluir la extradición de tales delitos y de dispensarles un tratamiento más benévolo (Pena González, 2019a, p. 80).

8 Sin embargo, en la práctica, la continua apertura del concepto de terrorismo a fines no políticos y la reducción de las exigencias de lesividad hacen dudar de esta conclusión (Pena González, 2019a).

La inclusión de delitos políticos en el ordenamiento punitivo es otra manifestación extrema de un derecho penal «de» la comunidad, que no admite ninguna fórmula moral ni política ajena a la comunidad mayoritaria o predominante por la fuerza del Estado o de organizaciones paraestatales.

De esta manera, si existe el delito político, derecho y moral se funden y, como consecuencia, se sustrae a los ciudadanos de las posibilidades de participar con posiciones ideológicas diferentes, desarrollándose un Estado contrario a la tolerancia y al pluralismo. Queda patente el vínculo entre las fórmulas comunitaristas y el autoritarismo intolerante. En fin, como señala Ferrajoli (2019), solo las garantías de los derechos de libertad aseguran el igual valor, la igual dignidad social y la pacífica convivencia de todas las diferencias de identidad personal «cualesquiera que sean, incluso las diferencias (que juzgamos) más diversas» (p. 42).

## **Conclusiones provisionales: La neutralidad y los derechos humanos como límite al derecho penal**

En cualquier caso, las conclusiones extraídas en este trabajo son todavía provisionales y se enmarcan en una investigación más amplia que la autora está desarrollando.

Sin dejar de reconocer las aportaciones del comunitarismo y la complejidad de las diferentes teorías que componen tal corriente, parece importante identificar qué teoría política permite justificar manifestaciones del derecho penal como las aquí descritas.

Lo expuesto en este trabajo deja claro que un derecho penal que no solo se configure «para» la comunidad y sus individuos, sino también para defender la moral imperante «de» esa comunidad no puede ser considerado legítimo. Ha quedado patente que es necesaria la orientación y limitación del derecho penal hacia la defensa de los derechos humanos, en particular, de sus bases: la dignidad, libertad e igualdad, si no se quieren admitir derechos penales discriminatorios o excluyentes.

El comunitarismo proporciona una base filosófica óptima para la defensa de modalidades del derecho penal, que ya están presentes en los Estados y que son inadmisibles en los Estados democráticos al abrir las puertas a la intolerancia y la exclusión —como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de aporofobia o la existencia de delitos políticos—. Solo la posición del liberalismo universalista y con este, la neutralidad estatal, pueden poner límite a la coerción autoritaria de un Estado intolerante frente a posiciones minoritarias o no imperantes en relación con lo que es bueno.

El derecho penal no debe reflejar las virtudes de ninguna comunidad dada ni mucho menos de cualquier comunidad dada. Cuanto menos conciliables sean los

valores y virtudes de esa comunidad dominante con los derechos humanos de la universalidad de individuos, menos admisible será la introducción de valores de la sociedad en los textos punitivos. El ejercicio de la fuerza a través del derecho penal se articula, sustancia y legitima sobre la base de los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho, por lo que sus límites y su actuación se deben articular también a través de aquellos principios.

## Referencias

- Alcácer Guirao, R. (1998). Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 51(1-3), 365-578.
- Antón Ónega, J. (1944). *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Discurso de apertura del curso académico*. <https://gredos.usal.es/handle/10366/115904>
- Atienza, M. (2012). Constitucionalismo y derecho penal. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 19-39). Marcial Pons.
- Banco Mundial. (2020). *Entendiendo la pobreza*. <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#:~:text=De%20acuerdo%20con%20estimaciones%20del,magnitud%20de%20la%20crisis%20econ%C3%B3mica>
- Benlloch Petit, G. (2001). El derecho penal ante el conflicto político. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 54(1), 175-225.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Pérez Cepeda, A. I., & Zúñiga Rodríguez, L. (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (Tomo 1). Iustel.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Curso de derecho penal español*. Tecnos.
- Corcoy Bidásolo, M. (2012). Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 153-173). Marcial Pons.
- Cortina Orts, A. (2017). *Aporofobia: el rechazo al pobre*. Paidós.
- Demetrio Crespo, E. (2006). Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Nuevo Foro Penal*, (69), 65-99.
- Donini, M. (2010). Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa, *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, (13), 1-20.

- Donini, Massimo (2007). El Derecho penal frente al “enemigo”. En P. Faraldo Cabana (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 15-93). Tirant lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34, 15-53.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, (79), 100-114.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Geremek, B. (1989). *La piedad y la horca*. Alianza Editorial.
- Gil Gil, A. (2003). Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 9-36). Tecnos.
- de Giorgi, A. (2005). *Tolerancia cero*. Virus Editorial.
- Gómez Lanz, J. (2018). La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *InDret Penal*, (3).
- Hormazábal Malerée, H., & Bustos Ramírez, J. J. (1997). *Lecciones de derecho penal (Volumen I)*. Trotta.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. (2010). ¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal. En M. Polaino-Orts, M. Polaino Navarrete, & G. Jakobs (Eds.), *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social* (pp. 11-33). Ara Editores.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Jakobs, G., Cancio Meliá, M., & Feijoo Sánchez, B. (2008). *Teoría funcional de la pena y la culpabilidad*. Thomson Reuters.
- Lamarca Pérez, C. (1993). Sobre el concepto de terrorismo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 46(2), 535-560.
- Laporta, F. J. (1995). Comunitarismo y nacionalismo. *Doxa*, 17(8), 53-68.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de derecho penal, parte general*. Dykinson.
- Macintyre, A. (2019). *Tras la virtud*. Austral.

- Martínez Escamilla, M. (2018). La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *InDret Penal*, (1). <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1363.pdf>
- Mir Puig, S. (2003). Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 135-146). Tecnos.
- Mir Puig, S. (1976). *Introducción a las bases del derecho penal*. Bosch.
- Molina, I. (1998). *Conceptos fundamentales de ciencia política*. Alianza Editorial.
- Muñoz Conde, F. (2001). Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. En G. Quintero Olivares, & F. Morales Prats (Coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (pp. 561-574). Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. (2003). El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (487-510). Tecnos.
- Nino, C. (1998). Liberalismo “versus” comunitarismo. *RCEC*, (1), 363-376.
- Pena González, W. (2019a). *El concepto de terrorismo*. Ratio Legis.
- Pena González, W. (2019b). El delito de enaltecimiento del terrorismo en España: “Derecho penal” del enemigo. *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comen-tarios y casos prácticos*, (221).
- Pena González, W. (2020). El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la libertad de expresión y la exaltación del terrorismo, comentario a la STC 35/2020 de 25 de febrero. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (5).
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal. En P. Faraldo Cabana (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración* (pp. 95-159). Tirant lo Blanch.
- Polaino Navarrete, M. (2005). Funciones dogmáticas del derecho penal y legitimación material del sistema punitivo. *Derecho Penal y Criminología*, (79), 77-97.
- Polaino Navarrete, M. (2003). Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 109-134). Tecnos.

- Portilla Contreras, G. (2003). Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal. En J. L. Díez Ripollés (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (pp. 135-146). Tecnos.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Robinson, P. H. (2012). El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena. En J. C. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal* (pp. 41-65). Marcial Pons.
- Roxin, Claus. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Reus.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal, parte general (Tomo 1)*. Civitas.
- Sandel, M. (2016). *Justicia*. Penguin Random House.
- Santiago Juárez, R. (2010). El concepto de ciudadanía en el comunitarismo. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (23), 154-174.
- Taylor, C. (1996). *Fuentes del yo*. Paidós.
- Terradillos Basoco, J. (2020). *Aporofobia y plutofilia*. Bosch.
- Thiebaut, C. (1992). *Los límites de la comunidad*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Walzer, M. (1993). *Esferas de justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Zaffaroni, E. R. (1975). *Manual de Derecho penal, parte general*. Editorial Ediar.

# Bases para una justicia restaurativa-transicional en Colombia: problemas sobre la implementación de lo “restaurativo” en la JEP\*

Bases for Transitional-Restorative Justice in Colombia: Problems with the Implementation of “Restorative” in the JEP

Bases para uma justiça restaurativa-transicional na Colômbia: problemas relativos à implementação do “restaurativo” na JEP

Joel Ramírez-Mendoza\*\*

Fecha de recepción: 22 de abril de 2021

Fecha de aprobación: 24 de junio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10503>

**Para citar este artículo:** Ramírez-Mendoza, J. Bases para una Justicia Restaurativa-Transicional en Colombia: problemas sobre la implementación de lo “restaurativo” en la JEP. *ANIDIP*, 9, 1-36. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10503>

## Resumen

Tras el acuerdo de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, en el campo jurídico colombiano comenzó un particular desarrollo teórico sobre el significado de *justicia restaurativa*. Sin embargo, encuentro que el debate presenta algunas dificultades metodológicas para aproximarse a este concepto y, con ello, a su implementación. Así, la pregunta a resolver es ¿qué tanto puede entenderse la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como un modelo de justicia restaurativa? Atendiendo a que la justicia restaurativa a la que nos aproximamos nace de un contexto de transición dentro de un sistema judicial específico, distinta a la justicia restaurativa que se discute en el sistema penal ordinario, por ello se hace

\* Este artículo es una adaptación del marco teórico utilizado en la tesis del Máster de Derechos Humanos y Justicia Transicional en Ulster University en 2016.

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia) y magíster en derechos humanos y justicia transicional de la Universidad de Ulster (Reino Unido). Correo electrónico: morism@gmail.com

referencia a una *justicia restaurativa-transicional*. Luego, el concepto de justicia restaurativa está compuesto por varios elementos que, dependiendo del énfasis o de su agrupación, se pueden dividir en tres grandes acepciones: (i) la transformación de valores en la sociedad; (ii) las reparaciones y sanciones restaurativas, y (iii) los procesos restaurativos. Estas tres servirán como bases para aproximarnos a la JEP y evaluar qué tan “restaurativas” son sus finalidades, resultados y procedimientos, para así formular problemas para futuras investigaciones.

**Palabras clave:** Jurisdicción Especial para la Paz; justicia restaurativa; justicia transicional; acuerdo de paz; implementación de acuerdos.

### **Abstract**

After the peace agreement between the FARC-EP and the National Government, a peculiar theoretical development on the meaning of “restorative justice” began in the Colombian legal field. However, I find that the debate presents some methodological difficulties in approaching this concept and, thus, in its implementation. Thus, the question to be resolved is how much can the Special Jurisdiction for Peace (SJP) be understood as a model of Restorative Justice? Considering that the restorative justice we are approaching arises from a transitional context within a specific judicial system, different from the restorative justice discussed in the ordinary criminal system, reference is made to a transitional-restorative justice. Then, we note that the concept of restorative justice is composed of several elements, but, depending on the emphasis or their grouping, three major meanings can be pointed out: (i) one from the transformation of values in society; (ii) one related to restorative reparations and sanctions; (iii) and finally one related to restorative processes. These three will serve as a basis to approach the JEP and evaluate how “restorative” its goals, results, and procedures are and thus formulate problems for future research.

**Keywords:** Special Jurisdiction for Peace; restorative justice; transitional justice; peace agreement; implementation of agreements.

### **Resumo**

Após o Acordo de Paz entre as FARC-EP e o Governo Nacional, deu-se início a um desenvolvimento teórico particular no campo jurídico colombiano sobre o significado de “justiça restaurativa”. No entanto, considero que o debate apresenta algumas dificuldades metodológicas na abordagem deste conceito e, com ele, na sua implementação. Assim, a questão a ser resolvida é até que ponto a Jurisdição Especial para a Paz (JEP) pode ser entendida como um modelo de Justiça Restaurativa? Considerando que a Justiça Restaurativa de que estamos nos aproximando surge

de um contexto de transição dentro de um sistema judiciário específico, sendo diferente da justiça restaurativa que se discute no sistema penal comum; por este motivo, faz-se referência à uma justiça restaurativa - transicional. Em seguida, notamos que o conceito de justiça restaurativa é composto por vários elementos, mas, dependendo da ênfase ou do seu agrupamento, três amplos significados podem ser apontados: (i) um a partir da transformação dos valores na sociedade; (ii) um relacionado a reparações e sanções restaurativas; (iii) e finalmente um relacionado aos processos restaurativos. Esses três significados servirão de base para abordar a JEP e avaliar o quão “restauradores” são seus propósitos, resultados e procedimentos e, assim, formular questionamentos para pesquisas futuras.

**Palavras-chave:** Jurisdição Especial para a Paz; justiça restaurativa; justiça transicional; acordo de paz; implementação de acordos.

## Introducción

Tras el acuerdo de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, en el campo jurídico colombiano comenzó un particular desarrollo teórico sobre el significado de *justicia restaurativa*. Sin embargo, encuentro que el debate presenta algunas dificultades metodológicas para aproximarse a este concepto y, con ello, a su implementación. Así, la pregunta a resolver es ¿qué tanto puede entenderse la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como un modelo de justicia restaurativa? Para responder a esta pregunta, primero es necesario situar el concepto: la justicia restaurativa que nos ocupa nace de un contexto de transición dentro de un sistema judicial específico, distinta a la justicia restaurativa que se discute en el sistema penal ordinario, por ello se hace referencia a una justicia restaurativa-transicional. Luego, el concepto de justicia restaurativa está compuesto por varios elementos que, dependiendo del énfasis o de su agrupación, se pueden dividir en tres grandes acepciones: (i) la reconciliación cuando se valora una acepción que estudia su finalidad, entendida como la transformación de valores en la sociedad, que en algunos escenarios es llamada “reconciliación”; (ii) cuando se enfoca en sus resultados, se tratan tanto las reparaciones como las sanciones restaurativas, y (iii) cuando se consideran los procesos restaurativos. Estas tres acepciones nos servirán como base para aproximarnos a la JEP y evaluar qué tan “restaurativas” son sus finalidades, resultados y procedimientos, haciendo la salvedad de que las reflexiones de este texto son a partir del marco jurídico: decisiones y documentos que este sistema ha producido, no de sus prácticas. Así, en cada una de sus acepciones se harán algunas reflexiones sobre la relación entre la justicia restaurativa y la justicia transicional, para luego hacer comentarios sobre las aproximaciones que ha hecho la JEP, para así formular problemas que pueden ser tomados como

preguntas para investigaciones futuras o como puntos a tener en cuenta durante la implementación de lo transicional-restaurativo.

Es importante mencionar que en la JEP hay varios procedimientos para cada una de las materias que se vaya a tratar;<sup>1</sup> en ese sentido, nos concentraremos en el *proceso dialógico de verdad* que se adelanta en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas (Sala de Reconocimiento) en tanto que es el proceso que tiene mayor contacto con la justicia restaurativa, como veremos a lo largo del documento. Este texto concluye señalando algunos de los principales retos o problemas que presenta la JEP para la implementación de la justicia restaurativa en el proceso dialógico de verdad en la Sala de Reconocimiento.

## **1. La relación de los conceptos de justicia restaurativa y justicia transicional**

Al partir desde la justicia restaurativa, en este apartado, primero la abordaremos desde una perspectiva global, para luego dar un concepto de justicia transicional, que permita establecer unos puntos de contacto preliminares.

Uno de los retos de estudiar la justicia restaurativa es la variedad de definiciones sobre esta. Los profesores Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness (2007) explican que la justicia restaurativa es un concepto controvertido, ya que es difícil dar una única definición de ella (p. 6; Van Ness & Strong, 2015, p. 43). Ellos encuentran que el concepto de justicia restaurativa tiene tres características. En primer lugar, es valorativo porque se trata de evaluar una práctica o una situación. En segundo lugar, es un concepto abierto, en el sentido de que trata de incluir al mayor número posible de personas en relación con los hechos examinados. En tercer lugar, es un concepto “internamente complejo” porque se compone de al menos seis elementos que pueden pivotar según el punto de vista, que deben tenerse en cuenta al estudiar un programa o modelo (Johnstone & Van Ness, 2007, p. 6-8).

De estas tres características, se derivan seis elementos, que pueden agruparse en dos. El primer grupo, que comprende tres elementos, está relacionado con quienes participan en el proceso: las partes y su compromiso con el proceso y sus resultados; el empoderamiento de quienes participan en el proceso, y la reparación de las relaciones (Johnstone & Van Ness, 2007, p. 7). El segundo grupo, compuesto por otros tres elementos, está dirigido a aquellos que cumplen el rol de facilitadores o

1 En la JEP se pueden encontrar, entre otros, procesos judiciales en los cuales se trata de las amnistías, que se adelantan en la Sala de Amnistía e Indulto. De igual forma se pueden encontrar procesos en los que se busca definir la competencia y adecuación jurídica en los casos difíciles, que se adelantan en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas.

tomadores de decisiones, comprende: el reconocimiento de la responsabilidad y la reparación del daño; centrarse en el daño a la víctima y en las formas de reparación que pueden hacer frente a ese daño, y encaminar el procedimiento para que este se ajuste a ciertos valores o principios (Johnstone & Van Ness, 2007, p. 7).

Dependiendo de la importancia, las combinaciones y el énfasis que se le dé a estas tres características (lo valorativo, lo abierto y lo complejo) y seis elementos (agrupados en dos), Johnstone y Van Ness (2007) encuentran tres posibles acepciones de la justicia restaurativa: una sobre el encuentro, otra sobre sus resultados (principalmente los reparativos) y otra correspondiente a la transformación (pp. 9-16). Esto ayuda a entender por qué la justicia restaurativa es un concepto controvertido. Sin embargo, tener claridad sobre estas tres acepciones es útil para estudiar un mecanismo concreto.

A partir de la primera acepción —el encuentro— se elabora todo el desarrollo teórico en los procesos restaurativos como el de la mediación, donde los infractores, las víctimas y otros afectados tienen un papel activo —generalmente guiados por un facilitador, dentro de un proceso de toma de decisiones— (Johnstone & Van Ness, 2007, pp. 9-12). Bajo esta acepción, es posible utilizar la definición de justicia restaurativa de Tony Marshall (1996): “La justicia restaurativa es un proceso en el que todas las partes interesadas en un determinado delito, u ofensa, se reúnen para resolver colectivamente cómo tratar las secuelas del delito y sus implicaciones para el futuro” (p. 5). Esta definición reúne los principales puntos que deben tenerse en cuenta en cualquier proceso restaurativo. Desde este punto de vista, se debe resaltar que la justicia restaurativa es un *proceso presencial* en el que *las partes interesadas acuden de forma libre y voluntaria*. Aquí, el término “partes interesadas” es un término amplio que se ha utilizado para abarcar a todas las partes implicadas en el caso que se está estudiando: víctimas, delincuentes y comunidades (Zernova & Wright, 1998, p. 20; Raye & Roberts, 2007, p. 216). Desde este punto de vista y debido a que no es posible obligar al cumplimiento de valores como la cooperación y la reconciliación, los seguidores de este concepto son reacios a llevar profesionales o autoridades a estos espacios (Zernova & Wright, 2007, p. 92). Esta perspectiva de la justicia restaurativa ha sido criticada, en primer lugar, porque el encuentro puede tornarse imposible o perjudicial y, en segundo, porque no se contempla ningún resultado o acción después de este proceso, como la reparación del daño (Zernova & Wright, 2007, p. 92; Ni Aolain *et al.*, 2011, pp. 168-170).

La segunda acepción, relativa a los resultados, aporta principalmente la idea de la reparación del daño experimentado por las víctimas. En esta hay diferentes posturas: una de ellas considera innecesario someter al infractor a sufrimientos, como

la prisión, pero apoya la idea de que el infractor debe participar (activamente) en el acto de reparación (Johnstone & Van Ness, 2007, pp. 12-15). Una definición de la justicia restaurativa desde esta acepción es la de Gordon Bazemore y Lode Walgrave (1999): “es toda acción que se orienta principalmente a hacer justicia reparando el daño que ha sido causado por el delito” (p. 48).<sup>2</sup> Para que pueda llevarse a cabo la reparación es relevante la participación de los profesionales del derecho en la justicia restaurativa, por lo que se hace explícita la vinculación de la justicia restaurativa con la reparación. Dentro de esta definición, los profesionales tienen, al menos, dos funciones principales: ordenar reparaciones cuando el proceso no es una reparación voluntaria de los daños y revocar una decisión porque no está de acuerdo con los valores restaurativos (Zernova & Wright, 2007, p. 93). A partir de esto, es posible ver la diferencia de la definición de Marshall (1996), en tanto que deja abierta la posibilidad de usar la coerción hasta cierto punto (Zernova & Wright, 2007, p. 97).

La tercera acepción, la transformadora, está relacionada con la finalidad última de la justicia restaurativa: transformar la forma en que nos entendemos a nosotros mismos y nos relacionamos con los demás en nuestra vida cotidiana (Johnstone & Van Ness, 2007, pp. 15-16; Harris, 2006, p. 555). Esto está relacionado directamente con el concepto de reconciliación, que se estudiará en profundidad más adelante. Desde este marco, es posible encontrar otra definición de justicia restaurativa, como la que propone Luc Huyse (2003), adoptada también por Minow (1998, p. 12):

[1]a justicia restaurativa está pensada para tratar las faltas de manera diferente: trabaja con la plena participación de la víctima y de las comunidades pertinentes en la discusión de los hechos, la identificación de las causas de la mala conducta y la definición de las sanciones [...] el objetivo final es restablecer las relaciones en la medida de lo posible, tanto entre la víctima y el delincuente como dentro de la comunidad más amplia a la que pertenecen (p. 111).

Estas acepciones difieren entre sí. Por ejemplo, el concepto de Huyse (2003) es amplio y abarca tanto la acepción centrada en el proceso como la que está centrada en los resultados. Sin embargo, no incluye a los infractores, algo que sí hace la acepción centrada en el proceso de forma expresa, pero que la concepción centrada en los resultados no menciona. Otra diferencia es que el concepto de Huyse (2003) subraya tres resultados principales: la verdad —cuando habla de discutir los hechos e identificar las causas—, la plena participación y las sanciones, algo que el

2 Esta definición también a sido considerada por otros autores como Zernova y Wright (2007, p. 93).

concepto centrado en los resultados explica de forma general. Esto se debe a que cada línea tiene un punto de vista diferente: la acepción centrada en el proceso enfatiza el valor de la participación de las partes interesadas, mientras que la segunda enfatiza el valor de la reparación; por su parte, la acepción transformadora se centra en sanar las relaciones (Zernova & Wright, 2007, p. 99; Johnstone & Van Ness, 2007, p. 15).

Cada acepción tiene sus debates particulares, por lo que para una mejor comprensión es preferible hablar de líneas teóricas de la justicia restaurativa. Así, es posible hablar de tres líneas gruesas de trabajo y posturas teóricas, que permiten comprender que las acepciones presentadas están conectadas entre sí. De hecho, Johnstone y Van Ness (2007) lo explican utilizando el ejemplo de una casa en la que es fácil moverse (pp. 16-18). Los conceptos de Huyse (2003), Marshall (1996), y Bazemore y Walgrave (1999) ayudan a ver que dependiendo de la línea en la que se discuta la justicia restaurativa, la acepción puede aportar o excluir elementos que se relacionarán con un punto de vista lo que hace posible entenderla como una cuestión de grados, que resuena con sus características valorativas (Zernova & Wright, 2007, p. 96; Johnstone & Van Ness, 2007, p. 6; McCold, 2000, p. 3; Van Ness, 2002, p. 1). En este sentido, es posible afirmar que entre estas acepciones y como consecuencia de cada línea de desarrollo teórico existe una sinergia que hace difícil estar solo en una de ellas. Por lo tanto, para hacer un buen análisis de una práctica, hay que verla desde estas tres líneas en su conjunto.

Hecha esta exposición, es importante anunciar que vamos a entender la justicia transicional como un enfoque que

abar[ca] toda la gama de medidas judiciales y no judiciales, en particular los procesamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, o una combinación apropiada de esas medidas, a fin de, entre otras cosas, garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de recurso a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (UN – Consejo de Derechos Humanos, 2011, párr. 21).

Esta forma de aproximarse a la justicia transicional trae varias categorías analíticas que permiten crear relaciones con la justicia restaurativa como la finalidad de la reconciliación, los diferentes tipos de procedimientos y la inmensa importancia de reparar. Sin embargo, el libro *La JEP vista por los jueces* (Rojas, 2020), el cual compila los puntos de vista de los magistrados que aportaron a esta obra de las diversas aproximaciones a la justicia restaurativa, evidencia que es un tema aún en debate por lo que no se ha definido una posición colectiva sobre este. En tal sentido vamos a hacer algunos comentarios reflexivos en cada línea de análisis de la justicia restaurativa sobre su relación con la justicia transicional que sirven de bases para apreciar el proceso dialógico en la Sala de Reconocimiento de la JEP.

## **2. Bases para una justicia restaurativa-transicional**

Hay que tener en cuenta que la justicia restaurativa no fue pensada originalmente para ser aplicada a contextos de atrocidades masivas tras una situación de violencia a gran escala; en consecuencia, las posturas para su aplicación en estos contextos es reciente (Rohne *et al.*, 2008, pp. 3, 19). Situación diferente es la de la justicia transicional, en tanto que responde a cómo transitar de un contexto de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario en gran escala a otro contexto donde la población reconstruye la confianza en el Estado de derecho, gracias a unas medidas, tanto judiciales como administrativas, también de gran escala, que se pueden calificar dentro de las áreas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Aun así, algunas prácticas por las cuales se intentan acercar y mediar atrocidades masivas se pueden enmarcar en un modelo de justicia restaurativa como los tribunales Gacaca en Ruanda. Sin embargo, incluso estos mismo tribunales han sido criticados desde la teoría de la justicia restaurativa por sus “enormes dificultades para lograr el esclarecimiento de la verdad, la vergüenza reintegrativa y la reconciliación en cualquier sociedad que se recupere de una atrocidad masiva (...) también refleja las opciones deliberadas de un gobierno autoritario” (Waldorf, 2008, p. 432). En este sentido, consideramos que una aproximación a partir de las tres líneas de análisis, que se conectarán con otros marcos (reconciliación, reparación y criminología), aportan importantes reflexiones para hacer un mejor análisis respecto a las atrocidades que se cometieron en gran escala.

Este apartado expondrá las líneas de la siguiente forma: primero, se expondrá la línea cuya acepción se concentra en lo transformativo, donde se hace énfasis en los valores que encaminan todo en su conjunto a las finalidades de la justicia restaurativa, haciendo especial hincapié en el objetivo de sanar las relaciones, en

conjunto con el marco de la reconciliación; después señalaremos la línea que se concentra en los resultados reparativos, que articularemos con la teoría de la reparación dentro de la teoría de la justicia transicional. Para finalizar, se señalará la línea que se concentra en los procesos restaurativos, adicionalmente en este punto regresaremos a tratar un aspecto relativo a los resultados: los castigos restaurativos. Es importante aclarar que los castigos también son un resultado del proceso, pero debido a que hablar de castigos restaurativos es relativamente novedoso, para una mejor explicación se abordará desde los procesos restaurativos, en vez de tratarlo conjuntamente con las reparaciones.

### **2.1. Bases desde la línea transformativa: De la reconciliación y otros valores a la constitución de principios jurídicos**

Esta línea explorará la acepción transformadora de la justicia restaurativa en la cual se busca restaurar o sanar las relaciones entre las víctimas, los victimarios y, en algunos casos, las comunidades. Desde este punto de vista, la teoría de la justicia restaurativa ha desarrollado algunos valores esenciales para restaurar las relaciones, a partir de los cuales es posible entender los objetivos de las reparaciones y los procesos. Por esta razón, algunos estudiosos como Jennifer J. Llewellyn y Daniel Philpott (2014) plantean que la justicia restaurativa es en efecto una teoría relacional. Esto se debe a que esta toma las conexiones humanas —interconexión con los demás— como punto de partida y las reconoce como una necesidad humana fundamental —interdependencia— (p. 18; Pranis, 2007, p. 65).<sup>3</sup> De hecho, el término ‘restaurar’ hace referencia a la restauración de las relaciones, a la reparación de los daños y a la búsqueda de una convivencia futura pacífica (Lewelly & Philpott, 2014, p. 22). En relación con esto, la reconciliación puede entenderse como la curación de las relaciones interpersonales rotas y el restablecimiento de la armonía social y la solidaridad comunitaria (Amstutz, 2005, pp. 64, 97; VanAntwerpen, 2014, p. 80). Aunque los enfoques de la justicia restaurativa y de la reconciliación, entendidos como otro marco teórico, favorecen la curación de las relaciones, proceden de fuentes distintas. En este sentido, se expondrán primero los valores de la justicia restaurativa y después los del marco de la reconciliación.

Dentro de la justicia restaurativa, al igual que en su definición, no existe una lista definitiva de valores. No obstante, Kay Pranis (2007) distingue entre dos grupos de valores: uno que agrupa los del proceso y otro que agrupa los de los individuos.

3 En este punto es importante la mención teológica de Ubuntu, en cuyo concepto se puede entender que “las personas se distinguen unas a otras y son fines en sí mismas, pero solo a través del descubrimiento de su relación con otros en la red de la comunidad” (Tutu, 1999, p. 213).

En los primeros se incluyen “la dignidad, la inclusión, la responsabilidad, la humildad, el cuidado mutuo, la reparación y la no dominación” (p. 60). Estos valores buscan crear un espacio en el que las personas pueden sentirse seguras, lo que ayuda a “alimentar las buenas relaciones en los grupos y a garantizar que el grupo mantenga a los miembros individuales de buena manera” (Pranis, 2007, pp. 61-62). Estos valores crean una atmósfera que permite el florecimiento de valores entre los individuos que participan en el proceso, animando a las personas a actuar desde “su mejor yo”. La lista de valores individuales que ha creado Pranis incluye valores como el amor, el respeto y la capacidad de expresar las propias necesidades, que se llevan a cabo para promover las buenas relaciones. En este sentido, incluso si al principio de un proceso las partes interesadas no son capaces de actuar de acuerdo con esos valores, el facilitador debe supervisarlas y animarlas utilizando los valores del proceso, manteniendo siempre un espacio seguro para los participantes. Así, la seguridad —emocional, física, mental y espiritual— se convierte en algo primordial para apoyar el comportamiento basado en esos valores (Pranis, 2007, p. 65; Pranis & Stuart, 2006, 125-128).<sup>4</sup> Esta seguridad permite a todos los participantes declarar libremente todas las emociones y daños que forman parte de la reparación del daño (Sharpe, 2013, p. 190).

Lewellyn y Philpott (2014), citando a Christine Koggel, mencionan tres valores principales, que concuerdan con los mencionados anteriormente: el respeto, la inclusión y la dignidad. En relación con el respeto, explica que este nos lleva al reconocimiento y a la no interferencia en los derechos de los demás. La inclusión se refiere a animar y motivar el conocimiento y el interés por el bienestar de los demás. Por último, el valor de la dignidad, en este contexto significa la atención y el respeto a las necesidades e intereses en las relaciones implicadas. Ambos estudiosos explican también que estos valores deben estar equilibrados entre sí (Lewellyn & Philpott, 2014, p. 20).<sup>5</sup> En este sentido, al menos, estos tres valores deberían incluirse para ayudar a crear un ambiente de seguridad para los distintos actores de un proceso de la justicia restaurativa, que les anime a participar en el mismo.

Desde la reconciliación, entendida como un marco teórico, se aportan prácticas para identificar el daño y reparar una relación rota a causa de dicho daño. Es importante destacar que en este marco hay que distinguir dos escenarios: primero, cuando el daño no afecta más que a algunas relaciones específicas (Lewellyn &

4 Un ejemplo de esto es la atención psicosocial que se brindó en las comisiones de la verdad durante las audiencias en el caso de Sudáfrica (Hayner 2011, pp. 145-162).

5 En este punto, resulta interesante ver cómo el principio de proporcionalidad, que se discute ampliamente en la teoría de los derechos humanos, termina siendo sumamente importante para implementarlo.

Philpott, 2014, p. 26); segundo, cuando el daño es más amplio e incluye a todas las partes interesadas, así como a las comunidades y a los agentes del Estado, este escenario se considera como una *reconciliación política* (Daye, 2004, pp. 7-13; Llewellyn & Philpott, 2014, p. 28; VanAntwerpen, 2014, p. 106).<sup>6</sup> Centrándonos en este último, se requieren seis pasos para llegar a ella: (i) la inclusión de las instituciones, tanto políticas como económicas; (ii) el “reconocimiento del sufrimiento de las víctimas por parte de los miembros de la comunidad a través de procesos políticos oficiales” (Llewellyn & Philpott, 2014, p. 27), poniendo como ejemplo el trabajo de las comisiones de la verdad o los espacios de recuerdo: museos o monumentos; (iii) la “reparación, que ofrece una compensación material” (Llewellyn & Philpott, 2014, p. 27); (iv) la rendición de cuentas, que exige que el autor reconozca y repare los daños cometidos; (v) el acto de la disculpa por parte de los victimarios (Llewellyn & Philpott, 2014, p. 27; Minow, 1998, pp. 112-117; du Bois-Pedain, 2007, p. 287), y (vi) el acto personal y gratuito de perdón por parte de las víctimas (Llewellyn & Philpott, 2014, p. 27).

De estos pasos, el primero refleja la inclusión, que también se nombra como un valor de proceso en el marco de la justicia restaurativa, entendiendo que en estos escenarios la inclusión debe ser más amplia, en tanto que se invita a la participación de instituciones políticas y económicas. De los otros cinco pasos, es posible ver que el “reconocimiento” está en las prácticas dos y cuatro, y las reparaciones están en las prácticas tres y cuatro. En este sentido, es posible abstraer de los pasos dos, tres y cuatro, las categorías analíticas de *reconocimiento* y *reparación*. En relación con el reconocimiento, André du Toit (2005) los explica con terminología en inglés, de la que el español, en principio, carece: por una parte el reconocimiento como *acknowledgement* y, por otra, como *recognition*. El primero se relaciona con promover la aceptación de la realidad política principalmente vista en la comisión de la verdad. El segundo ayuda a dignificar a la víctima principalmente a través de un proceso de justicia. Desde ambas perspectivas es posible vincular la verdad, en términos generales, pero en este punto es importante subrayar la importancia de situar los casos judiciales en sus contextos (du Toit, 2005, p. 33). De los pasos cinco y seis —el acto de disculpa por parte del victimario y el acto de perdón por parte de la víctima, Desmond Tutu (1999) señala que, para evaluar la legitimidad de un acto de disculpa es necesario revisar su verdad y su reparación. Es decir, un verdadero acto de disculpa aporta a la verdad en tanto que explica las raíces de los actos, y

6 Es importante anotar que se ha venido desarrollando un concepto que es el perdón político, que consiste en “un proceso mediante el cual individuos, grupos y comunidades superan el legado de los daños cometidos (*wrongdoing*) a través de la interacción constructiva entre víctimas y victimarios” (Amstutz, 2005, p. 79).

ello encamina hacia la reparación o las enmiendas a las víctimas. Así, cuando se expresa una disculpa, con el reconocimiento de verdad y las reparaciones a que haya lugar, las víctimas tienen la oportunidad de otorgar o negar, de forma libre y voluntaria, el acto de perdón (Tutu, 1999, pp. 219-221).

El proceso de reconciliación promueve la inclusión de las víctimas, los victimarios, las comunidades y las instituciones en la medida de lo posible, tratando de desencadenar, por un lado, las disculpas a partir del reconocimiento de la verdad y las reparaciones a las víctimas, y por otro, la libre opción de las víctimas de perdonar. De estos seis pasos, el principal resultado es construir la *confianza*<sup>7</sup> entre las personas e instituciones que han participado en el proceso. Ante esto, Mark Amstutz (2005) encuentra tres tipos de confianza. Primero, una confianza mínima que se refiere a la coexistencia no letal, pero en la que no se han resuelto las razones que llevaron al conflicto. En segundo lugar, una confianza máxima, que significa que los conflictos se resolvieron y provocaron cambios de hábitos y valores entre los pueblos y el compromiso de no repetir el conflicto. Entre estos dos tipos de confianza, Amstutz define un tercer tipo: la intermedia, que promueve la tolerancia y el respeto entre los grupos políticos, que se denomina “reciprocidad democrática”. Este autor sostiene que la reconciliación puede obtenerse mediante procedimientos democráticos. Sobre este punto, Stéphane Leman-Langlois y Clifford Shearing (2008) afirman que la población necesita, al menos, un entorno específico que le permita implicarse en una sociedad democrática (p. 227). Por lo tanto, para la reconciliación es necesario, por lo menos, tener un nivel de confianza para una coexistencia no letal y una estructura democrática que le permita a la gente involucrarse.<sup>8</sup> Esto se articula en el concepto de *confianza cívica*, desarrollado por Pablo de Greiff (2006), que junto con los conceptos de verdad y reparación, se explicará en el siguiente apartado.

Sobre este punto resulta importante señalar que, precisamente desde esta forma de entender la justicia transicional, una de sus finalidades últimas es la construcción de confianza con el Estado de derecho. Así mismo, dos de las cuatro áreas que componen el estudio de la justicia transicional son la verdad y la reparación. Lo interesante será ver en la práctica cómo serán entendidos los apartados de la justicia transicional a la luz de los valores que establece la justicia restaurativa: interpretar los procesos judiciales junto con su marco normativo a la luz de la inclusión, la dignidad y el respeto, y comenzar a adecuarlos para que sean aplicados a gran escala. Así, en la técnica jurídica, esos valores toman fuerza cuando se consignan

7 Amstutz (2005) entiende confianza como “una actitud de ‘expectativa segura’ en la que las personas anticipan que otros individuos o grupos actuarán de manera decente, competente y aceptable” (p. 98).

8 Sobre este punto quiero simplemente señalar que de aquí se deriva la importancia de la participación política de las FARC-EP en el Congreso de la República tan pronto se surta el proceso de desmovilización.

en normas jurídicas o cuando estos son cristalizados en decisiones judiciales. En sentido práctico, estos valores deberían estar dentro de principios jurídicos para que se incorporen en el ejercicio práctico.

Un ejemplo, como bien lo señala Fabián Salvioli, actuando como relator especial de las Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (Relator Especial para VJRGNR), es el acto de disculpas públicas en tanto que, por su trasfondo articula las cuatro áreas de la justicia transicional, que a su vez se articula con la justicia restaurativa y la reconciliación, tiene un soporte relevante en el derecho internacional como una medida reparativa de satisfacción y, lo más importante, de dignificación de la víctima en tanto que es un reconocimiento a su humanidad y al daño que sufrió, entre otros grandes aportes (Naciones Unidas – Asamblea General [NU-AG], 2019). A partir del acto de disculpa por parte del victimario, se podría evaluar cómo se han implementado los valores y principios por los que abogan la reconciliación, la justicia restaurativa y la justicia transicional, en los distintos procesos, ya sean judiciales, administrativos y comunitarios, y de los resultados que emanen de estos. Sin embargo, desde el lente de la justicia restaurativa, si bien el acto de las disculpas es de suma importancia, esta nos recuerda que este es un resultado de un proceso de rehabilitación y reincorporación del victimario, y que estos también están incluidos y son tenidos en cuenta en el proceso restaurativo y que el siguiente acto igual o más importante es el de perdón por parte de la víctima.

Aterrizando a la JEP, insinuar una aproximación inclusiva de víctimas y victimarios puede resultar incómodo para algunos sectores. Sin embargo, el Acto Legislativo 1 de 2017 hace algunos tratamientos importantes sobre la inclusión: primero en su artículo 1 transitorio señala que la justicia restaurativa se orientará a

la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización [y atenderá] prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

Más adelante, en el artículo 11 transitorio señala que la ejecución de la sanción tendrá un componente restaurativo, lo que corresponde a una inclusión implícita de los victimarios en los procesos y resultados restaurativos. Estos componentes se implementan de mejor forma en la Ley 1922 de 2018, por la cual se establecieron las reglas de procedimiento de la JEP. Así, en su artículo 2, la Ley 1922, en engranaje

con el artículo 2 del acto legislativo, elabora el principio de la *centralidad de las víctimas*, junto con los llamamientos explícitos a la importancia de reparar a las víctimas. Paralelamente, esta ley señala en su artículo 48 parágrafo 2, referente a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, la participación de los comparecientes (para este escenario, personas con algún tipo de responsabilidad) con el fin de promover “el diálogo para profundizar en el enfoque restaurativo y transformador que se le otorga a este escenario en la JEP, con miras al fortalecimiento de los compromisos de verdad, reconciliación, reparación y no repetición”; esta enunciación trae implícitamente la inclusión de los victimarios, entendiéndolos como una categoría amplia que abarca a aquellas personas que tienen cierto grado de responsabilidad. A este punto, si bien se hace explícito el principio sobre la centralidad de las víctimas, algo muy propio de la justicia transicional, la inclusión como valor de la justicia restaurativa se encuentra implícitamente y por ello es posible rastrearla a lo largo del cuerpo normativo.

Retomando la Ley 1922, su artículo primero señala los principios que deben irradiar todos los procedimientos de esta jurisdicción. En dicho listado nos concentraremos en los principios de la *efectividad de la justicia restaurativa* y el *procedimiento dialógico*.<sup>9</sup> La efectividad de la justicia restaurativa está encaminada hacia la reparación de las víctimas; esto genera una dificultad en tanto que la restauración y la reparación, si bien son congruentes, no son iguales, como lo señalaremos más adelante. Respecto al proceso dialógico, por definición este trae consigo la inclusión,

9 “PRINCIPIOS. Además de los principios y reglas establecidos en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad, la ley estatutaria de administración de justicia de la JEP, las actuaciones, procedimientos y decisiones se regirán por los siguientes:

a) Efectividad de la justicia restaurativa. A fin de garantizar los presupuestos necesarios para asegurar la reconciliación y el establecimiento de una paz estable y duradera, las decisiones que pongan término a los procedimientos ante la JEP, además de cumplir con el principio de legalidad *deben procurar la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afecta das por el conflicto armado, las garantías de no repetición y el esclarecimiento de la verdad de los hechos*. Las medidas de restablecimiento de los derechos conculcados y resarcimiento del daño deben atender especialmente a la situación de vulnerabilidad previa, coetánea o posterior a las infracciones y crímenes perpetrados que guarden relación con la conducta. *Las medidas dirigidas a restaurar y reparar a las víctimas individuales y colectivas deben ser objeto de estricto cumplimiento. La JEP adoptará las decisiones necesarias para el efectivo cumplimiento de las sanciones impuestas;*

b) Procedimiento dialógico. *El procedimiento en casos de reconocimiento de la verdad tendrá un carácter dialógico o deliberativo, con participación de las víctimas y de los comparecientes a la JEP. El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. Se aplicará de preferencia el principio dialógico sobre el adversarial, respetando y garantizando en todo caso los principios de imparcialidad, independencia judicial, debida motivación, publicidad, debido proceso, contradicción, derecho a la defensa, presunción de inocencia, favorabilidad, libertad de escoger profesional del derecho con acreditación, que se encuentra legalmente autorizado por la legislación colombiana para apoderar a personas que deban acudir ante autoridad judicial o administrativa, participación de las víctimas y doble instancia” (Congreso de la República, 2018, Art. 1) (cursivas fuera del texto original).*

está muy encaminado al proceso y deja de lado algunos puntos importantes de lo restaurativo. A pesar de ello, como bien lo señala el magistrado Óscar Parra en su aclaración de voto, muchos de estos valores y principios deben ser revisados en la práctica: en las audiencias, en la forma como se abren los espacios para la participación de víctimas, teniendo en cuenta que la decisión de participar se debe a trabajo previo y que se debe garantizar los valores señalados previamente, principalmente la inclusión, el respeto y la dignidad. Sin embargo, estos valores específicos, desde la justicia restaurativa, no tienen desarrollo normativo por sí mismos. En este sentido, es tarea de la Sala de Reconocimiento y de las instancias superiores alimentar, a partir de su "debate creativo", los principios por medio de sus decisiones judiciales (JEP – Sala de Reconocimiento [JEP-SR], 2019, párr. 39).

Para entender un poco más cómo los principios del proceso dialógico y la efectividad de la justicia restaurativa operan, es necesario ver su materialización en los resultados y procesos. Es importante dejar claro que estos se deberán articular normativamente bajo la función interpretativa, principalmente de los jueces, con los valores arriba expuestos. Dicho de otra forma, los valores restaurativos deben ser considerados como criterios interpretativos al momento de la toma de decisiones. Sobre este punto existe una gran oportunidad a partir de las sentencias interpretativas, conocidas como *SENTIT*, regladas en el artículo 59 de la Ley 1922, como una competencia de la Sección de Apelación (JEP-SA). Estas sentencias permiten rastrear cómo estos valores de la justicia restaurativa se traducen a terminología más precisa, que se puede incorporar en el lenguaje jurídico. Un ejemplo de lo anterior es la incorporación del valor de la inclusión cuando, en la *SENTIT 1* (JEP-SA, 2019), se afirma que la justicia restaurativa es

aquella que promueve la participación voluntaria, efectiva y suficiente, en primer lugar, de las víctimas y, en segundo lugar, de los presuntos o declarados agresores, con la facilitación proporcionada por la JEP y la intervención circunstancial de otras autoridades o personas que fomenten un desenlace restaurador, entre las cuales pueden encontrarse profesionales que brinden asistencia psicosocial, espiritual o jurídica a los intervinientes en el diálogo, o miembros de la comunidad (párr. 161).

Esta definición, a pesar de que se hace desde la línea del proceso restaurativo, relaciona los principios de procedimiento dialógico, la efectividad de la justicia restaurativa y colinda con la centralidad de la víctimas. Otro ejemplo es cómo desde el valor del respeto en los procesos se busca que todos los participantes se sientan

parte de un espacio seguro para que puedan expresarse libremente; esto se articula bajo la interpretación de la SENIT 1, al afirmar que la administración de justicia debe orientarse hacia la *acción sin daño*, para evitar así cualquier posibilidad de revictimización (párrs. 72-78).

En este punto, un problema desde la práctica es entender que la agenda de la justicia transicional no necesariamente concuerda con la de la justicia restaurativa, más aun cuando estas se discuten en el campo político. Por ello surge la pregunta: ¿cómo se interpretan e implementan los principios y valores de lo transicional-restaurativo en cada una de las instancias judiciales? Dejando de lado cuál puede ser la respuesta, la invitación es a que esta sea acordada entre las y los jueces de la magistratura, como un colectivo.

## **2.2. Bases desde la línea reparativa: principal énfasis en la satisfacción de las víctimas**

Como se explicó en la última sección, aunque la idea principal de estos valores del proceso de justicia restaurativa y reconciliación es crear un ambiente seguro donde los interesados puedan ofrecer libremente actos de disculpa y perdón, es necesario materializar la verdad y la reparación. Además, no hay que perder de vista que el objetivo es construir la confianza, por lo menos en una convivencia no letal y una democracia viable. Aquí, para los contextos de atrocidades masivas es posible remitirse, desde la justicia restaurativa, a la teoría de la reparación, de la que Pablo de Greiff (2006) expone tres objetivos que abordan la reparación holísticamente: el reconocimiento, la confianza cívica y la solidaridad (p. 459). En relación con el tercer objetivo —las reparaciones—, la solidaridad puede entenderse como una nueva actitud que implica una preocupación por los intereses de los demás (de Greiff, 2006, pp. 464-466); esto permite conectar este objetivo con el cambio de hábitos que requiere la reconciliación, así como con el principio de dignidad al que se referían Llewellyn y Philpott (2014). Teniendo esto en cuenta, se pasará a estudiar la confianza cívica y profundizará en el tema de las reparaciones. El reconocimiento se estudiará en el contexto de la verdad como forma de satisfacción. Así, encontramos dos remisiones entre la línea transformativa y la línea reparativa: en primer lugar, del punto de contacto entre la confianza explicada por Amastutz y el objetivo de la confianza cívica por De Greiff (2006); en segundo lugar, de las reparaciones y la verdad como elementos esenciales para la reconciliación como explica Tutu (1999), que conecta con los significados generales de las reparaciones que también describe De Greiff (2006).

De Greiff (2006) explica que es posible confiar en alguien “cuando tenga razones para esperar de ella una determinada pauta de comportamiento, [...] pero también, y de forma crucial, la expectativa de que entre sus razones para actuar esté el compromiso con las normas y valores que compartimos” (p. 462). El adjetivo ‘cívico’ amplía el concepto de confianza para incluir a las personas que forman parte del mismo Estado; en palabras de De Greiff (2006): “que son miembros de la misma comunidad solo en el sentido en que son compañeros de la misma comunidad política” (p. 462). Desde el concepto de confianza cívica, aunque las personas confíen en los demás porque forman parte de la misma comunidad política, como un Estado, también es necesario contar con un mecanismo de confianza que pueda garantizar el comportamiento esperado. Así, la importancia del Estado de derecho, cuando se incumple una norma, permite reclamar ante un mecanismo legal, como el sistema judicial, que produzca los resultados esperados. El punto de contacto entre las reparaciones y la confianza cívica se debe a que “para las víctimas, las reparaciones constituyen una manifestación de la seriedad del Estado y de sus conciudadanos en sus esfuerzos por restablecer las relaciones de igualdad y el respeto” (de Greiff, 2006, p. 463). Este punto concuerda con el primer informe de De Greiff (2006), actuando como el primer Relator Especial para VJRGNR, que explica la necesidad de un mínimo de confianza en los resultados del sistema jurídico como parte de su operatividad (p. 452; NU-AG, 2012, párrs. 76, 78; NU-AG, 2014, párrs. 61-64, 75). Por ello es necesario hacer un esfuerzo para fortalecer el Estado de derecho. Este es el punto de contacto entre los procedimientos democráticos como consecuencia de la confianza intermedia que expone Amastutz y el Estado de derecho que es la base de los sistemas judiciales.

Las reparaciones tienen dos términos principales y se clasifican de diferentes maneras, dependiendo del que se estudie. Uno es jurídico y es un término amplio que se refiere a “reparar los diversos tipos de daños que las víctimas pueden haber sufrido como consecuencia de determinados delitos” (de Greiff, 2006, p. 452). El segundo está relacionado con el diseño de programas de reparaciones y “se refiere a los intentos de proporcionar beneficios directamente a las víctimas de ciertos tipos de crímenes” (de Greiff, 2006, p. 453). Dentro del primer término, la reparación se clasifica de acuerdo con las cinco áreas de reparación que incluyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que se describen en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, más conocido como los Principios y directrices sobre reparaciones (NU-AG, 2005).

El segundo término tiene dos clasificaciones: las reparaciones pueden ser, por un lado, materiales o simbólicas, y por otro, individuales o colectivas. Mientras que el término jurídico se utiliza más ampliamente, el término utilizado para diseñar programas se centra únicamente en las víctimas y no tiene en cuenta la búsqueda de la verdad, la justicia penal o las reformas institucionales. A pesar de las diferencias entre estos dos términos, es importante que en un contexto específico haya coherencia entre los mecanismos de reparación (externos) y los resultados de cada mecanismo de reparación (internos). En este sentido, debido a que la JEP se encuentra dentro del sistema judicial colombiano, este documento se centrará en la satisfacción como una medida reparativa.

El concepto de reparaciones debe relacionarse también con el reconocimiento de responsabilidad establecido por el sistema de justicia, como una forma de coherencia entre las reparaciones y la justicia. Esto se debe a que las reparaciones sin reconocimiento pueden ser vistas como un medio para hacer más aceptable la impunidad, y la justicia sin reparaciones ni reforma institucional puede ser vista como un gesto vacío (de Greiff, 2006, 461; NU-AG, 2014, párr. 62, 63, 83). Esta coherencia representa el enfoque holístico que apoya los cuatro pilares principales de la justicia transicional (verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición) que conecta con los objetivos de la confianza cívica mencionados anteriormente (NU – Consejo de Derechos Humanos [NU-CDH], 2012, párr. 20, 22-27 y 60).

La *restitutio in integrum* es el modelo de reparaciones que se utiliza normalmente, que trata de devolver a la víctima a una situación anterior al daño sufrido —*statu quo ante*— (de Greiff, 2006, pp. 455, 456; Uprimny & Saffon, 2009, p. 31). Sin embargo, uno de los problemas de este modelo es que volver a una situación anterior significa potencialmente volver a un contexto que viola los estándares de derechos humanos, como en las situaciones de Colombia, Perú o El Salvador, donde las sociedades han tenido problemas de exclusión social y marginación (Uprimny & Saffon, 2009, p. 34). En este sentido, las reparaciones, más que volver a una situación anterior, deben ser vistas como una oportunidad para transformar a una sociedad en democrática que satisfaga los estándares de derechos humanos, resolviendo las raíces del conflicto. A este enfoque se le ha llamado *reparaciones transformadoras*, que no son solo reparaciones para las víctimas, sino que también ven las reparaciones como un proyecto político que se traslada a la (re)construcción de la comunidad política (Uprimny & Saffon, 2009, pp. 34-43; de Greiff, 2006, pp. 454-455; Mani, 2005, pp. 74-75). Aunque las reparaciones transformadoras se vinculan a los programas de reparación, el concepto de reparaciones también debe ser coherente con el reconocimiento de responsabilidad establecido por el sistema de justicia.

En los Principios y directrices sobre reparaciones hay tres hitos en relación con los derechos de las víctimas, entre ellos: “a) Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; c) Acceso a la información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación” (NU-AG, 2005, párr. 11). Estos tres hitos deben estar presentes a la hora de otorgar reparaciones y también deben estar relacionados con las cinco áreas mencionadas anteriormente. Centrándonos en el área de satisfacción, es importante destacar los siguientes aspectos extraídos de los Principios y directrices sobre reparaciones:

La *satisfacción* debe incluir, en su caso, alguno o todos los aspectos siguientes:

[...]

b) La comprobación de los hechos y la revelación plena y pública de la verdad [...]

d) Una declaración oficial o una decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente relacionadas con ella;

e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de la responsabilidad;

f) Sanciones judiciales y administrativas contra las personas responsables de las violaciones (párr., 22)

A partir de este extracto, es posible entender lo que significa la verdad y la justicia. En este sentido, la verdad se entiende como el derecho a conocer los hechos y las circunstancias de cómo se produjeron los daños. Esto se traslada al deber de perseguir y castigar a los responsables de esos hechos y de remediar una situación concreta (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 53-57; NU-CDH, 2014, párr. 28; NU-Comisión de Derechos Humanos [NU-CODH], 2005, principio 4). Cuando un sistema judicial dicta una sentencia, está reconociendo a la víctima como titular de derechos, junto con la adjudicación se puede empezar a restablecer la igualdad entre el autor y la víctima (de Greiff, 2006, p. 460; NU-AG, 2014, párr. 22). Este reconocimiento de las víctimas es uno de los objetivos de la reparación, ya que así se promueve la confianza, principalmente hacia el Estado, y se fortalece el Estado de Derecho (NU-AG, 2014, párr. 19). También es relevante que la disculpa es una forma de reparación que implica el reconocimiento de los hechos (NU-AG, 2019).

En el marco de las reparaciones, como parte de la justicia transicional, tienen muchos puntos de contacto con la justicia restaurativa. La justicia restaurativa señala algunos de los puntos principales que deben ser subrayados, abordando las reparaciones desde el sentimiento de indignación de las víctimas por los daños sufridos, lo que las pone en una situación de carencia moral. Así, esta busca restablecer una situación de desequilibrio tras un daño (Sharpe, 2007, p. 25-29). Desde este punto de vista, los objetivos de la reparación son “reparar el daño, reivindicar al inocente, localizar la responsabilidad y restablecer el equilibrio” (Sharpe, 2007, p. 28). Estos cuatro objetivos se relacionan con el marco de las reparaciones de la siguiente forma. La reivindicación de la inocencia, entendida como una declaración moral y la recuperación del equilibrio se enmarcan en el reconocimiento de las víctimas a través de un proceso de adjudicación judicial. Por último, los deberes de investigación y enjuiciamiento retratan el objetivo de localizar la responsabilidad. En relación con este último punto, se plantea la cuestión de si, desde el marco de la justicia restaurativa, es posible o no aplicar una sanción.<sup>10</sup>

Se puede relacionar lo anterior con la línea transformativa en tanto que la reparación es un acuerdo que surge de un espacio en el que pueden interactuar las víctimas y los victimarios, según como se haya planteado el proceso (NU – Consejo Económico y Social [NU-CES], 2002 párr. 3; Rohne *et al.*, 2008, pp. 19, 26). La principal diferencia entre el sistema penal judicial y el punto de vista de la justicia restaurativa es que el sistema de justicia penal parte de una perspectiva adversarial, mientras que la justicia restaurativa adopta un enfoque no adversarial, donde las partes interesadas tienen la oportunidad de compartir entendimientos (Sharpe, 2013, pp. 179, 188, 193). Esto se debe a que las partes interesadas, tanto víctimas como victimarios, pueden tener diferentes percepciones de los hechos que produjeron el daño. A este respecto, Sharpe (2013), siguiendo a Judith Herman (2005), sostiene que

las víctimas necesitan una oportunidad para contar sus historias a su manera, en un entorno de su elección; el tribunal les exige que respondan a una serie de preguntas de sí o no que rompen cualquier intento personal de construir una narración coherente y significativa (p. 190).

Ivo Aertsen (2008) llama a esta construcción de la verdad una “búsqueda integradora de la verdad” porque viene de ambos lados (pp. 3, 19, 20). Aunque algunas personas no quieran participar en un proceso de este tipo, el encuentro en sí mismo, bajo los valores retratados como la seguridad y el apoyo, puede

10 Esta posibilidad será abordada en el siguiente apartado.

aportar reparaciones directas. El reto de la justicia restaurativa es aplicar esto en atrocidades a gran escala, la ventaja que las reparaciones tienen bajo la teoría de la justicia transicional.

Así, las reparaciones de la justicia restaurativa deben provenir necesariamente de un proceso no adversarial, donde, al menos, se incluya a las víctimas y los victimarios, donde su participación sea libre y segura. Uno de los principales objetivos del proceso es la reparación a las víctimas. Como parte de la reparación, es importante que se pueda expresar la verdad y las circunstancias de los hechos. Por ello, es importante que todas las partes interesadas puedan expresar sus puntos de vista sobre los hechos. En la misma línea, el proceso debe centrarse en las formas de reparación del daño. Es esencial que el proceso aporte coherencia entre la verdad y las reparaciones. La reparación planteada no solo debe devolver a la víctima a una posición anterior al daño, sino que debe crear una agenda para mejorar las condiciones de vida de las víctimas. El principal objetivo resultante de las reparaciones es apoyar la construcción de la confianza entre las partes del proceso y entre estas y el Estado.

En este sentido, para evaluar la JEP resulta importante explicar, en el supuesto del victimario, que en el vocabulario de la JEP se denominan comparecientes, este reconozca los crímenes cometidos bajo el marco del conflicto armado. En ese sentido, si bien se va a tratar las sanciones propias como castigos, en este punto resulta llamativo tratar su contenido reparador. Es importante aclararle al lector:

El Acuerdo Final de Paz y sus normas de implementación, confieren a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) la competencia para aplicar tres tipos de sanciones a los partícipes determinantes de los crímenes más graves y representativos ocurridos en el marco del conflicto armado interno: (i) las sanciones ordinarias, con privación de la libertad por un periodo de 15 a 20 años; (ii) las sanciones alternativas, con privación de la libertad de 5 a 8 años, que serán impuestas cuando se aporte verdad plena y se acepte responsabilidad ante la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad; y (iii) las sanciones propias, que se imponen a quien aporte verdad plena y detallada y acepte responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, y que exigen la realización de trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador, acompañadas de medidas de restricción efectiva de libertades y derechos por un tiempo de 5 a 8 años (JEP – Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad [JEP-SecR], 2020, pp. 10-16).

En este sentido es importante entender que las sanciones propias están encaminadas a la reparación de las víctimas, lo que es un condicionante para tener los beneficios que establece el acuerdo. Así, las sanciones propias buscan que se realicen trabajos, obras o actividades de contenido restaurador-reparador hacia las víctimas, conocidas como TOAR. Esto quiere decir que las reparaciones no necesariamente son indemnizatorias, sino que traen consigo obligaciones principalmente de hacer. Se piensa que estas acciones, además de reparar a las víctimas, deben permitir la reintegración del compareciente a la sociedad y con ello restablecer las relaciones sociales. Sobre este punto, uno de los grandes retos consistirá en cómo la JEP podrá otorgar reparaciones integrales, en tanto que si bien los aportes de los TOAR son importantes, no se puede dejar de lado la importancia de las indemnizaciones individuales. Si uno revisa el apartado en el acuerdo de paz sobre las medidas sobre las reparaciones integrales, estas en su mayoría son colectivas. No obstante, no se hace referencia a la indemnización individual como una medida reparativa (Olásolo & Ramírez-Mendoza, 2017, 1042). Esto se termina resolviendo medianamente con el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 1 (2017) en el cual el Estado garantiza el derecho a la reparación integral a las víctimas, pero esto queda en cabeza del Sistema Integrado de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición —sistema del que la JEP hace parte, junto con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas—. Ante esta dificultad, se podría observar la experiencia cuando se logró articular el Sistema de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) con los programas de reparación en el marco de la Ley 1448 de 2011, por la cual se creó la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV o Unidad de Víctimas) y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras (URT o Unidad de Restitución de Tierra). Esta articulación entre la Ley 975 y la Ley 1448 se dio gracias a la Ley 1592 de 2012, que tuvo tanto aciertos como desaciertos.

Los puntos de vista desde la justicia transicional por los cuales se promueve una reparación integral transformadora para las víctimas y los de la justicia restaurativa, que buscan formas de empoderamiento a la víctima para que esta pueda contar su verdad, reestablecer los lazos sociales y reconstruir la confianza tienen como principal objeto de observación a los TOAR. En este sentido, buena parte de los retos van a girar en torno a cómo los TOAR podrán mantener la coherencia interna entre la sanción propia de las exigencias de reparar a las víctimas, vistas desde ambas justicias. Adicionalmente, en tanto que es claro que no están previstas indemnizaciones individuales, o por lo menos no explícitamente ni fácilmente rastreable, las

reparaciones también tendrán que guardar una coherencia externa tanto con el Sistema Integrado de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, como con otras entidades del Estado, como la UARIV y la URT.

### **2.3. La línea del proceso restaurativo y del castigo como resultado**

Este apartado estudiará dos puntos principales. Primero, se explicará qué es un proceso de justicia restaurativa, qué tipo de procesos hay en general y cómo los procesos de justicia restaurativa han sido utilizados por el sistema de justicia penal. Segundo, se explicará qué tipo de sanciones podría esperar el delincuente a partir de un proceso de justicia restaurativa establecido legalmente. Esta línea es relativa a los procesos restaurativos, pero el punto de atención en los procesos restaurativos gira alrededor del “encuentro” entre víctimas y victimarios, principalmente, y, en algunos casos, las comunidades, cuyas participaciones deben ser de forma libre y voluntaria.

Los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal* (Principios básicos de la justicia restaurativa) definen el proceso restaurativo en los siguientes términos:

[E]l proceso en el que la víctima y el delincuente, y, en su caso, cualesquiera otros individuos o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan juntos y activamente en la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador (NU-CES, 2002, párr. 3).

Aunque este concepto explica que la justicia restaurativa puede ser cualquier proceso, existen principalmente tres modelos prototípicos del proceso. El primer modelo de justicia restaurativa es la mediación víctima-delincuente (VOM, por sus siglas en inglés). Se trata de un encuentro entre la víctima y el infractor y la participación de un facilitador imparcial. Este modelo comenzó como una forma de abordar el problema del vandalismo de los adolescentes en Canadá. Con el paso del tiempo, el VOM empezó a contar con más participantes, como padres o personas que apoyaban a la víctima o al infractor. Algunas mediaciones llevadas a cabo fueron sin comunicación directa entre la víctima y el infractor, por lo que el diálogo fue a través de un mediador o facilitador, que debía vigilar los valores que se explicaban en la línea transformativa (Raye & Roberts, 2007, pp. 212- 213). El segundo modelo es el Family Group Conferencing (FGC), comúnmente conocido como Conferencing, que proviene de la cultura maorí en Nueva Zelanda. Este modelo es diferente al VOM porque el objetivo principal es involucrar a las familias de las víctimas y de los delincuentes (Raye & Roberts, 2007, pp. 212- 213). El último modelo es el de los Círculos, utilizado en algunas comunidades aborígenes de

América del Norte, como los navajos. La diferencia con el VOM y el FGC es que este modelo hace mucho hincapié en la participación de la comunidad. Este modelo se utiliza para algo más que dictar sentencia; pretende resolver los problemas de una comunidad, dar atención a las víctimas y preparar a los delincuentes para el círculo de sentencias o cómo recibirlos después de estar en prisión (Raye & Roberts, 2007, pp. 215-216).

Entre estos tres modelos, Barbara Raye y Ann Roberts (2007) encontraron seis categorías de *diálogos* restaurativos, pero para el propósito de esta discusión, solo se discutirán tres. La primera categoría es el diálogo indirecto en el que el facilitador ayuda a enviar mensajes entre las partes, que puede utilizarse cuando hay dificultades de comunicación directa entre estas. La segunda categoría es el diálogo guiado, que permite al facilitador ser más activo durante el proceso, haciendo preguntas, comentarios u observaciones. La tercera categoría es un diálogo dirigido, en el que el facilitador puede tomar la decisión (Raye & Roberts, 2007, pp. 219-224). Es importante destacar que Raye y Roberts (2007) diferencian estos procesos de justicia restaurativa de los procedimientos judiciales diciendo que estos no funcionan con la lógica de la persuasión a una autoridad, así como que estas decisiones no son impuestas (p. 222). Sin embargo, la razón por la que se seleccionaron estas tres categorías es que la combinación de ellas hará que sea similar al proceso ante un tribunal, bajo las condiciones de no imposición ni persuasión.<sup>11</sup>

Estos procesos restaurativos provienen principalmente de procedimientos informales en comunidades indígenas y en casos de conflictos interpersonales. Los procedimientos de justicia restaurativa comenzaron a expandirse dentro de los sistemas judiciales, principalmente en los países europeos, gracias a la Recomendación del Comité de Ministros N° R (99)19 relativa a la mediación en materia penal en el Consejo de Europa en el 2000. Esta recomendación contribuyó a poner en marcha los principios básicos de la justicia restaurativa (Rohne *et al.*, 2008, p. 13). A pesar de la expansión de las herramientas restaurativas para una respuesta alternativa al crimen, estas siempre estaban rodeadas por el sistema penal (Boutellier, 2006, pp. 39-41; Zernova, 2007, pp. 53-57; Zernova & Wright, 2007, pp. 96, 97). En casos de violencia a gran escala, generalmente la justicia restaurativa funciona como un sistema complementario del procedimiento penal común, que ayuda a apoyar la capacidad de un sistema judicial (Aertsen, 2008, p. 433-434). Aertsen (2008),

11 En este punto es importante considerar que tras el acuerdo de paz entre las FARC-EP, en ese entonces, y el Gobierno Nacional, la decisión que tienen los integrantes de base en las estructuras de poder no es una decisión completamente libre. Sin embargo, la oferta que propone la JEP es bastante persuasivo para tomar la decisión de aceptar su competencia, so pena de que el caso sea remitido al sistema penal ordinario, ya sea como detenido o como prófugo.

siguiendo los Principios básicos de la justicia restaurativa, sostiene que son necesarios cuatro elementos esenciales para la aplicación de la justicia restaurativa en estos contextos más amplios: "(1) una víctima identificable; (2) la participación voluntaria de la víctima; (3) un delincuente que acepta su responsabilidad; (4) la participación no forzada del delincuente" (p. 430). Además, el facilitador debe ser neutral y el proceso debe ser confidencial. En este último punto, los Principios básicos de la justicia restaurativa sostienen que el diálogo no debe realizarse en público, como regla general. Sin embargo, este mismo párrafo explica las excepciones de "acuerdo de las partes o según lo exija la legislación nacional" (NU-CES, 2002, párr. 14).

Dentro de los procesos restaurativos existe una aparente tensión entre los Principios básicos de la justicia restaurativa, los Principios y directrices de reparación y el Conjunto de principios de lucha contra la impunidad. Al final del párrafo tres, los Principios básicos de la justicia restaurativa establecen que los resultados de los procesos de justicia restaurativa están "orientados a satisfacer las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente" (NU-CES, 2002, párr. 3). En el campo de las reparaciones este ha sido el principal objetivo. Sin embargo, la reintegración del delincuente podría estar en tensión con los Principios y directrices sobre reparaciones y los principios contra la impunidad. En efecto, los Principios y directrices de reparación establecen, en el apartado relativo a la satisfacción, que "se impondrán sanciones judiciales y administrativas a los responsables de las violaciones" (UN-AG, 2005, párr. 22). En el mismo sentido, el Conjunto de principios contra la impunidad afirma en su principio 1:

La impunidad surge del incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de investigar las violaciones; de adoptar medidas apropiadas con respecto a los autores, especialmente en el ámbito de la justicia, garantizando que los sospechosos de responsabilidad penal sean perseguidos, juzgados y *debidamente castigados*[...]" (UN-CoDH, 2005, principio 1).<sup>12</sup>

Este último punto debe leerse junto con la definición de impunidad que da el mismo instrumento:

12 Cursivas fuera del original.

‘Impunidad’ significa la imposibilidad, *de jure* o *de facto*, de hacer rendir cuentas a los autores de las violaciones —ya sea en el marco de un procedimiento penal, civil, administrativo o disciplinario— al no estar sometidos a ninguna investigación que pueda conducir a que sean acusados, detenidos, juzgados y, en caso de ser declarados culpables, *condenados a penas apropiadas*, así como a reparar a sus víctimas (UN-CoDH, 2005, definición A. Impunidad).<sup>13</sup>

Mientras que el principio básico de la justicia restaurativa se acerca a los delinquentes buscando cómo reintegrarlos, los Principios y directrices de la reparación mencionan sus sanciones, y el Conjunto de principios contra la impunidad se ocupa del castigo adecuado y debido. La justicia restaurativa se aproxima a este punto manteniendo que la sanción tiene funciones rehabilitadoras, que es el punto de contacto entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva. En estos principios, la sanción es una consecuencia de la violación masiva de los derechos humanos, pero la forma en que se aplican estas sanciones es diferente, como se ha entendido comúnmente. Las expresiones “debidamente castigados” y “condenados a penas apropiadas” se entienden de la misma manera, ya que estas sanciones deben darse a través de un debido proceso que debe responder al contexto, que no siempre significa prisión (Van Ness, 2014, p. 133; Mani, 2005, p. 73). Por lo tanto, es necesario que el delincuente sea castigado como parte del resultado de los procesos de justicia restaurativa, pero la comprensión de la “adecuación” del castigo puede ser vista desde un punto de vista diferente.

Es importante señalar que la justicia restaurativa se construyó conceptual y prácticamente como una teoría alternativa a la justicia retributiva, que puede entenderse como la práctica dominante en el sistema judicial penal (Roche, 2007, pp. 75, 76; Zornova & Wright, 2007, 96). Esta dicotomía se ha utilizado para dar sentido a la justicia restaurativa. Una de las distinciones esenciales entre ambas es el concepto de delito: la justicia retributiva “define al Estado como víctima, define la relación ilícita como violación de las normas y considera irrelevante la relación entre víctima y delincuente” (Roche, 2007, p. 76 citando a Zerh, 1990, p. 184), mientras que el enfoque de la justicia restaurativa “identifica a las personas como víctimas y reconoce la centralidad de las dimensiones interpersonales” (Mani, 2002, p. 33). Sin embargo, es importante elaborar un concepto que pueda entenderse por sí mismo, sin necesidad de compararlo con su opuesto (la justicia retributiva), principalmente porque puede provocar algunos malentendidos. Estos

13 Cursivas fuera del original.

malentendidos se deben a que la justicia retributiva ha perdido su verdadero significado, ya que ha pasado de ser una teoría de la pena que estudia cómo hacer que el castigo sea proporcional al acto delictivo a ser una palabra utilizada indistintamente para referirse a la “venganza” o a las “represalias” (Roche, 2007, pp. 76-77). Decir que “la práctica de la justicia penal es la justicia retributiva dominante” ignora los principios de la justicia rehabilitadora en los sistemas de justicia penal modernos —por lo menos en lo normativo—, cuyos objetivos principales están relacionados con la rehabilitación del delincuente (Roche, 2007, pp. 77-88; Strong, 2015, p. 112). De hecho, algunos sistemas penales actuales han construido nuevas herramientas que pueden corresponder más a la teoría de la justicia restaurativa, pero no permiten clasificar un sistema penal como un modelo retributivo o restaurativo puro.

En relación con el punto anterior, Van Ness (2014) explica que el enfoque de la justicia restaurativa sobre el castigo está en una escala diferente a la que normalmente se ha entendido en la teoría de la justicia retributiva. Un marco de justicia restaurativa busca que el autor del delito acepte la responsabilidad de forma voluntaria, reconociendo el daño cometido ante las víctimas. Con la aceptación sincera del agravio, es posible buscar la reparación del daño causado y mirar hacia un futuro mejor para las partes, las víctimas, los delincuentes y las comunidades, según el caso (Strong, 2015, pp. 133-134). Antony Duff (2011) explica que el reconocimiento de un ilícito debe afligir al victimario, como sostiene la teoría retributiva. Sin embargo, la diferencia entre la forma de entender el castigo en la concepción común del retributivismo y la justicia restaurativa está relacionada con el tipo de aflicción; la primera busca el sufrimiento del infractor, mientras que la segunda busca el remordimiento del infractor: el remordimiento trae consigo la disculpa y la intención de reparar el daño sufrido por las víctimas (Duff, 2011, pp. 367, 380-382). En este sentido, Theo Gavrielides (2013) explica que el *castigo restaurativo* aporta elementos rehabilitadores al infractor. Este castigo debe producir una aflicción que desencadene una catarsis, que necesita de la narración, y trae correcciones de la distorsión de la comprensión de los hechos, así como la producción del dolor mismo, como la ansiedad, la pena, la piedad y el miedo. La catarsis permitirá la reintegración del delincuente a la sociedad (Gavrielides, 2013, pp. 311, 323-328).

En este mismo sentido lo ha tomado la Corte Constitucional al afirmar que

[e]n el marco de la justicia restaurativa, la reparación es un elemento central según el cual se pretende recomponer a la víctima como titular de derechos, al tiempo que se generan espacios de rehabilitación del victimario, de manera que se garantice la no repetición de los hechos y la reconstrucción del tejido social de la comunidad.

En este sentido, el punto de atención está en que a lo largo del proceso restaurativo, las víctimas se vayan empoderando y redignificando para que en el momento de la reparación y de la disculpa se sientan satisfechas; asimismo, durante el proceso, el victimario debe sentir una aflicción por el daño causado a la víctima, que lo llevará a una catarsis que le genere genuinamente ofrecer una medida reparativa y la petición del perdón a las víctimas. Si bien pareciera ser romántico, los esfuerzos deberían estar encaminados a la atención psicosocial de las víctimas, los procesos de rehabilitación de los victimarios y al diseño de procesos restaurativos en cada una de las instancias judiciales. Precisamente sobre este punto, retomando la definición que se plantea en la SENIT 1 (2019), el proceso dialógico debe “propicia[r] un escenario de encuentro u oportunidades de interacción comunicativa entre personas que pueden necesitarlo” (párr. 161).

Por la forma como está constituida la JEP y en tanto que el Tribunal de Paz establecerá los TOAR que sean pertinentes, en principio con mutuo acuerdo con las víctimas, se puede afirmar que el proceso dialógico que enmarca la JEP es un proceso indirecto, guiado y facilitado por un grupo de árbitros, llamados magistrados de la sala y de la sección de primera instancia. En este punto es importante retomar parte de lo que señala el honorable magistrado Oscar Parra en su aclaración de voto:

[L]a centralidad de los derechos de las víctimas depende de los efectos restaurativos de dicha participación. La paulatina construcción de confianza y preparación socioemocional de las partes será crucial para evitar que la intervención en estas etapas tan iniciales no constituya una diferencia con las experiencias adversariales anteriores. Considero equívoco un entendimiento del carácter dialógico como un llamado a interlocución permanente y directa en todo momento procesal. Por el contrario, lo dialógico está dirigido a que la interacción entre víctima y compareciente esté lo más preparada posible (JEP – SR, 2019, párr. 31).

En este punto resulta clave, en tanto que se demuestra un adecuado entendimiento de los valores y principios que debe irradiar la justicia restaurativa, una participación directa de las víctimas con la debida atención psicosocial. De no tener esta atención, se las podría llevar a una revictimización, y como se señaló previamente (SENIT 1) es importante que en el proceso se tenga como principio la acción sin daño. En este sentido, se aplauden estas decisiones cautas por parte de la sala. Sin embargo, en cierto momento debe ser inevitable la participación de las víctimas para lograr establecer cuáles deben ser los TOAR. Como bien señalan los

lineamientos para establecer los TOAR, las víctimas deberán participar (JEP – SecR, 2020 pp. 10-16). No obstante, el principal problema a señalar es que no se ha contemplado en los lineamientos de los TOAR el castigo restaurativo.

## **Conclusión: bases de la justicia restaurativa y la reflexión del proceso en la Sala de Reconocimiento**

Las tres líneas de la justicia restaurativa están conectadas entre sí, lo que significa que desde cualquier punto de vista es posible pasar de una a otra, estableciendo así un marco de acción más que una definición precisa. A su vez, estas pueden utilizarse para determinar en qué medida un proceso con sus resultados se ajustan a dichos parámetros. En otras palabras, se trata de un concepto apreciativo para revisar en el caso a caso cómo se han utilizado sus principios y valores y su materialización.

A partir de estas tres líneas, es importante subrayar que estos procesos no son adversariales sino dialógicos y que se debe intentar incluir a las personas que están interesadas en participar en el proceso, principalmente, las víctimas y los victimarios. Esto significa que las víctimas deben tener *locus standi*. Estos procesos pueden adelantarse a través de un diálogo indirecto y guiado, cuyo *facilitador* se convertirá en un tomador de decisiones, ahora llamado árbitro; en el caso concreto de Colombia este rol es asumido por los magistrados de la JEP. El árbitro no debe imponer sus decisiones a las partes del proceso; hay que recordar que el árbitro viene de una adaptación del rol de facilitador, y por eso mismo debe promover que las partes del proceso se sientan seguras, entendiendo el término seguridad como la búsqueda que durante el diálogo nadie se sienta amenazado y manteniendo el principio de la acción sin daño. El facilitador también debe vigilar los valores de inclusión, respeto y dignidad entre los participantes. En este mismo sentido, el facilitador debe promover la libre participación activa de las personas implicadas, de acuerdo con los valores de respeto, dignidad e inclusión.

El diálogo debe centrarse en tres puntos principales: la verdad, la reparación y las sanciones. La forma en que un proceso restaurativo debe acercarse a la verdad es tratando de definir las raíces del conflicto. A partir de la participación activa, donde los participantes pueden expresar los hechos y su interpretación de los mismos, se puede establecer la verdad. En relación con las reparaciones, es importante que desde estos procesos haya coherencia entre las decisiones de los mismos y el mecanismo de reparación del daño.

Siguiendo los Principios y directrices de reparación y el Conjunto de principios contra la impunidad, si bien la verdad es también una forma de reparación, en

el ámbito de la satisfacción, también debe haber una sanción dirigida a los infractores. Este último punto implica el deber del Estado de investigar y enjuiciar. Sin embargo, los procesos de justicia restaurativa tienen un enfoque diferente para establecer la sanción. Desde la perspectiva de la justicia restaurativa, la sanción tiene que producir un dolor dirigido a la rehabilitación y curación del infractor. El dolor tiene que producir sentimientos como el remordimiento, la lástima o la ansiedad, que pueden ser catárticos para el infractor. Esta catarsis ayuda a sanar y rehabilitar a los delincuentes, para que puedan integrarse en la sociedad. Se señala además que los procesos de justicia restaurativa no dan lugar a una situación de impunidad porque su objetivo es establecer la verdad y reparar a las víctimas, observando que estos resultados deben ser un acuerdo de las partes. En segundo lugar, las sanciones al autor del delito funcionan de manera diferente a lo que se entiende comúnmente en la justicia retributiva. La sanción tiene que provenir de un debido proceso, buscando que se genere una aflicción, con la intención de generar remordimiento; esto, en principio, mueve a los victimarios hacia el reconocimiento de las víctimas y puede catalizar el acto de disculpa. Esta aflicción busca sanar y rehabilitar al delincuente, ayudándole a reintegrarse en la sociedad. Según la lógica de la justicia restaurativa, se espera el punto de la reintegración en tanto que se considera que el proceso restaurativo para el victimario sea rehabilitador.

Frente a esta relación entre reparación y castigo, la JEP ha creado una serie de lineamientos importantes alrededor de los TOAR; sin embargo, esto genera una serie de retos. El primero es que los TOAR deben guardar una coherencia interna para satisfacer, desde la justicia transicional, reparaciones integrales transformadoras a las víctimas, como también, desde la justicia restaurativa, un empoderamiento y redignificación por parte de ellas. Como una derivación de este reto o problema, resulta necesario que también haya una coherencia externa con otras entidades del Estado, como la UARIV o la URT, en tanto que, como está constituida la JEP, no están en capacidad de satisfacer los criterios de reparación integral. Otro reto serían los castigos restaurativos, en tanto que no hay una enunciación clara o rastreable de cómo los TOAR podrían generar una aflicción como por la que se aboga en la justicia restaurativa.

A pesar de estos retos, el conjunto de resultados del proceso de la justicia restaurativa (verdad, reparación y sanciones) tiene varios objetivos. En primer lugar, los procesos crean el ambiente para desencadenar actos de disculpa por parte del agresor, lo que pone a las víctimas en la libertad de elección de perdonar al agresor o rechazar la petición de perdón, recordando que los actos de la disculpa y perdón

son completamente parte de la esfera privada. En segundo lugar, a partir de estos resultados florece la confianza entre las personas y entre estas y el Estado.

Habiendo mencionado algunos elementos esenciales y característicos de la JEP, encontramos que los valores que la teoría de la justicia restaurativa considera esenciales si bien no son completamente incorporados textualmente en los principios de la Ley 1922, ha habido importantes desarrollos jurisprudenciales e interpretativos que se aproximan a ellos. La función interpretativa de las y los jueces de la JEP es una oportunidad para que la magistratura pueda enriquecerlos a partir de debates creativos de los cuales se puedan hacer efectivos los valores que este tipo de justicia propone.

## Referencias

- Aertsen, I. (2008). Racak, Mahane Yehuda and Nyabyondo: restorative justice between the formal and the informal. En I. Aertsen, J. Aesovska, H. Rohne, M. Valiñas, & K. Vanspauwen (Eds.), *Restoring justice after large-scale violent conflict. Kosovo, DR Congo and the Israeli-Palestinian case*. Willing Publishing.
- Amstutz, R. (2005). *The healing of nations: the promise and limits of political forgiveness*. Rowman & Littlefield publishers.
- Bazemore, G., & Walgrave, L. (1999). Restorative justice: In search of fundamentals. En G. Bazemore & L. Walgrave (Eds.) *Restorative juvenile justice: Repairing the harm of youth crime*. Criminal Justice Press.
- du Bois-Pedain, A. (2007). *Transitional amnesty in South Africa*. Cambridge University Press.
- Boutellier, H. (2006). The vital context of restorative justice. En I. Aertsen, T. Daems & L. Robert (Eds.), *Institutionalizing restorative justice*. Willan Publishing.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2014) *The right to truth in the Americas*. OEA/Ser.L/V/II.152. <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/right-to-truth-en.pdf>
- Colombia, Congreso de la República. Acto Legislativo 1, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”, (4 abril 2017).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1922, Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (18 julio 2018).

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los hechos y conductas [JEP-SR]. Auto 080 de 2019, Decidir recurso de reposición interpuesto en contra del Auto No. 062 del 9 de mayo de 2019, Aclaración de Voto. Magistrado Oscar Parra Vera. (28 mayo 2019). [https://www.coljuristas.org/observatorio\\_jep/documentos/sala\\_de\\_reconocimiento/20190528-Auto\\_SRVR-080\\_28-mayo-2019-Autoriza\\_participacion\\_victimias\\_versiones\\_voluntarias.pdf](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/sala_de_reconocimiento/20190528-Auto_SRVR-080_28-mayo-2019-Autoriza_participacion_victimias_versiones_voluntarias.pdf)

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad [JEP-SecR]. (2020). *Lineamientos en materia de sanción propia y trabajos, obras y actividades con contenido reparador-restaurador*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/SiteAssets/Paginas/Conozca-Los-lineamientos-en-materia-de-sanción-propia-y-Trabajos%2C-Obras-y-Actividades-con-contenido-Reparador---Restaurador/28042020%20VF%20Lineamientos%20Toars%20y%20SP.pdf>

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, Sección de Apelación [JEP-SA]. (2019). Sentencia Interpretativa TP-SA-SENTIT 1 [SENTIT 1]. (3 abril 2019).

Daye, R. (2004). *Political forgiveness: lessons from South Africa*. Orbis Books

Duff, A. (2011). Restoration and wrongdoing. En M. Tonry (Ed.) *Why punish? How Much? A reader on Punishment*. Oxford University Press.

Gavrielides, T. (2013). Restorative pain: A new vision of punishment. En T. Gavrielides y V. Artinopoulou (Eds.) *Reconstructing restorative justice philosophy*. Ashgate.

de Greiff, P. (2006). Justice and reparations. En Autor, *Handbook of reparations*. ICTJ – Oxford University Press.

Harris, M. (2006). Transformative justice: The transformation of restorative justice. En D. Sullivan & L. Tifft (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Routledge.

Hayner, P. (2011). *Unspeakable truths: transitional justice and the challenge of truth*. Routledge.

Herman, J. (2005). Justice from the victim's perspective. *Violence Against Women* 11(5). <https://doi.org/10.1177/1077801205274450>

- Huyse, L. (2003). Justice. En D. Bloomfield, T. Barnes, & L. Huyse (Eds.) *Reconciliation after violent conflict a handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Johnstone, G., & Van Ness, D. (2007). The meaning of restorative justice. En Autores, *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.
- Leman-Langlois, S., & Shearing, C. (2008). Transition, forgiveness and citizenship: The TRC and the social construction of forgiveness. En F. du Bois & A. du Bois-Pedain (Eds.), *Justice and reconciliation in Post-Apartheid South Africa*. Cambridge University Press.
- Llewellyn, J., & Philpott, D. (2014). Restorative justice and reconciliation: Twin frameworks for peacebuilding. En Autores, *Restorative justice, reconciliation and peacebuilding*. Oxford University Press.
- Mani, R. (2005). Reparation as a component of transitional justice: Pursuing 'reparative justice' in the aftermath of violent conflict. En K. Feyter, S. Parmentier, M. Bossuyt, & P. Lemmends (Eds.), *Out of the ashes. Reparation for victims of gross and systematic human rights violetions*. Intersentia.
- Mani, R. (2002). *Beyond retribution: Seeking justice in the shadows of war*. Polity Press.
- Marshall, T. (1996). *Restorative justice: An overview*. Home Office.
- McCold, P. (2000) Toward a holistic a holistic vision of restorative justice juvenile justice: A reply to the maximalist model. *Contemporary Justice Review*, 3(4), 357-414.
- Minow, M. (1998) *Between vengeance and forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*. Beacon Press.
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [NU-AG]. (2005). Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005 05-49645 60/147. [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/60/509/Add.1)]. A/RES/60/147
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [NU-AG]. (2012). *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. A/67/368

- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [NU-AG]. (2014). *Promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. A/69/518
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General [NU-AG]. (2019). *Disculpas por violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario*. A/74/147
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos [UN-CDH]. (2014). *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff*. Doc A/HRC/27/56
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social [NU-CES]. (2005). *Promoción y protección de los derechos humanos*. E/CN.4/2005/102/Add.1
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social [NU-CES]. (2002). *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos [NU-CDH]. (2012). Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. A/HRC/21/46
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos [NU-CDH]. (2011). Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/RES/18/7
- Ni Aolain, F., Haynes, D. F., & Cahn, N. (2011). *On the frontlines: Gender, war, the post-conflict process*. Oxford University Press.
- Olásolo, H., & Ramírez-Mendoza, J. M. F. (2017). The Colombian integrated system of truth, justice, reparation and non-repetition. *Journal of International Criminal Law*, 15(5), 1011-1047. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqx057>
- Pranis, K. (2007). Restorative values. En G. Johnstone & D. W. Van Ness (Eds.), *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.
- Pranis, K., & Stuart, S. (2006). Peacemaking circles. Reflections on principal feature: Reflection on principal features and primary outcomes. En D. Sullivan & L. Tiff (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Routledge.

- Raye, B., & Roberts, A. (2007). Restorative processes. En G. Johnstone & D. Van Ness (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.
- Roche, D. (2007). Retribution and restorative justice. En G. Johnstone & D. Van Ness (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.
- Rohne, H., Arsovska, J., & Aertsen, I. (2008). Challenging restorative justice – State-based conflict, mass victimisation and the changing nature of warfare. En I. Aertsen, J. Aesovska H. Rohne, M. Valiñas, & K. Vanspauwen (Eds.), *Restoring justice after large-scale violent conflict. Kosovo, DR Congo and the Israeli-Palestinian Case*. Willing Publishing.
- Rojas Betancourth, D. (Ed.). (2020) *La JEP vista por sus jueces (2018 - 2019)*. Jurisdicción Especial para la Paz. <https://www.jep.gov.co/Documents/LA%20JEP%20VISTA%20POR%20SUS%20JUEVES.pdf>
- Sharpe, S. (2013) Relationality in justice and repair: Implications for restorative justice. En T. Gavrieldes & V. Artinopoulou (Eds.), *Reconstructing restorative justice philosophy*. Ashgate.
- Sharpe, S. (2007) Idea of reparation. En G. Johnstone & D. Van Ness (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.
- du Toit, A. (2005). Los fundamentos morales de las comisiones de verdad la verdad como reconocimiento y la justicia como recognition: Principios de la justicia transicional en la práctica de la comisión de verdad y reconciliación (cvr) sudafricana. En *18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia*. Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos. <https://doi.org/10.34720/r9s4-t420>
- Strong K. H. (2015) *Restoring justice: An introduction to restorative justice*. Routledge.
- Tutu, D. (1999) *No future without forgiveness*. Rider.
- Uprimny, R., & Saffon, M. P. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En C. Diaz Gomez, N. C. Sanchez, & R. Uprimny (Eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. ICTJ – DeJusticia.
- Van Ness, D. & Strong, K. (2015). *Restoring justice: An introduction to restorative justice*. Routledge.
- Van Ness, D. (2014). Accountability. En J. Llewellyn & D. Phillipot (Eds.) *Restorative justice, reconciliation and peacebuilding*. Oxford University Press.

- Van Ness, D. (2002). The shape of things to come: A framework for thinking about a restorative justice system. En E. Weitekamp & H. Kerner (Eds.), *Restorative Justice: Theoretical foundations*. Willan Publishing.
- VanAntwerpen, J. (2014). Reconciliation as heterodoxy. En J. Llewellyn & D. Phillipot (Eds.) *Restorative justice, reconciliation and peacebuilding*. Oxford University Press.
- Waldorf, L. (2008). Rwanda's failing experiment in restorative justice. En D. Sullivan & L. Tift (Eds.), *Handbook of restorative justice*. Routledge.
- Zernova, M. (2007). *Restorative Justice: ideals and realities*. Ashgate.
- Zernova, M., & Wright, M. (2007). Alternative visions of restorative justice. En G. Johnstone & D. Van Ness (Eds.) *Handbook of restorative justice*. Willian Publishing.

## ¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de personas mediante una acción civil *in forma pauperis*?

Is it Possible to Provide Compensation to Victims of Human Trafficking through a Civil Action *in forma pauperis*?

É possível uma reparação integral para as vítimas de tráfico de pessoas por meio de uma ação civil *in forma pauperis*?

Daniela Sodini\*

**Fecha de recepción:** 21 de abril de 2021

**Fecha de aprobación:** 22 de julio de 2021

**Doi:** <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11423>

**Para citar este artículo:** Sodini, D. ¿Es posible la reparación integral a víctimas de trata de personas mediante una acción civil *in forma pauperis*?, *ANIDIP*, 9, 1-28. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.11423>

### Resumen

La trata de personas supone una grave violación de los derechos humanos fundamentales de sus sobrevivientes. Aunque la persecución penal de los autores y su eventual condena permita a la víctima librarse del sometimiento que padecía, esto no le asegurará la reparación integral del daño sufrido por el delito. Para obtenerla, el proceso penal argentino exige asumir el rol de actor civil o, de lo contrario, se rechazará cualquier pretensión resarcitoria. El principal inconveniente es que los requisitos para reclamar la indemnización para una víctima en situación de vulnerabilidad significarán la imposibilidad de llevar adelante cualquier reclamo al no contemplar la posición desventajosa en que se encuentra la víctima de trata para litigar contra quien poco tiempo antes era su explotador. Esto entra en colisión con

\* Abogada de la Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina), especialista en derecho penal (UBA), máster en nuevos delitos penales (Universidad del Salvador, Argentina) y doctoranda en derecho de la Universidad de Alcalá (España). Algunos de los conceptos desarrollados en el presente artículo fueron abordados en el trabajo final integrador presentado en la especialización en Magistratura de la Universidad Nacional de La Matanza (2015, inédito).

los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos por Argentina de garantizar el acceso a la justicia y la reparación económica de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Esta investigación indagará sobre la posibilidad de que el Estado otorgue un acceso integral a la justicia sin someter a la víctima a exigencias procesales para alcanzar la reparación económica que signifiquen una nueva victimización o impidan la satisfacción de sus derechos.

**Palabras clave:** trata de personas; reparación integral; acceso a la justicia; vulnerabilidad; derechos humanos.

### **Abstract**

Human trafficking is a serious violation of the fundamental human rights of its survivors, and although the criminal prosecution of its perpetrators and their eventual conviction will allow the victim to free herself/himself from the subjugation suffered, it will not ensure full reparation for the harm suffered due to the crime. To obtain it, the Argentinean criminal process requires the victim to assume the role of civil plaintiff. Otherwise, any claim for compensation will be rejected. The main drawback is that the requirements for claiming compensation for a victim in a situation of vulnerability will make it impossible to pursue any claim as it does not consider the disadvantaged position in which the victim of trafficking finds herself/himself to litigate against the person who shortly before was her/his exploiter. This clashes with Argentina's international human rights commitments to guarantee access to justice and economic reparation for those in vulnerable situations. This research will investigate the possibility of the state granting comprehensive access to justice without subjecting the victim to procedural requirements for financial reparation, which would result in new victimization or prevent the fulfillment of their rights.

**Keywords:** Human trafficking; compensation; access to justice; vulnerability; human rights.

### **Resumo**

O tráfico de pessoas é uma grave violação dos direitos humanos fundamentais de seus sobreviventes e, embora o processo criminal dos perpetradores e a eventual condenação permitam à vítima se libertar da sujeição que sofreu, não garantirá a reparação integral dos danos sofridos pelo crime. Para obtê-lo, o processo penal argentino exige que se assuma o papel de ator civil ou, caso contrário, qualquer pedido de indenização será rejeitado. A principal desvantagem é que os requisitos para reclamar indenização para uma vítima em situação de vulnerabilidade significará a impossibilidade de realizar qualquer reclamação não considerando

a posição desvantajosa de vítima de tráfico para litigar contra quem pouco tempo antes era o seu explorador. Isso se choca com os compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pela Argentina para garantir o acesso à justiça e a reparação econômica às pessoas em situação de vulnerabilidade. Este trabalho investigará a possibilidade de o Estado conceder acesso integral à justiça, sem submeter a vítima a demandas processuais para obter uma reparação econômica que represente uma nova vitimização, ou que impeça o cumprimento de seus direitos.

**Palavras-chave:** tráfico de pessoas; reparação integral; acesso à justiça; vulnerabilidade; direitos humanos.

## Introducción

El delito de trata de personas supone una grave violación de los derechos humanos fundamentales de la víctima (ACNUDH, 2014) porque niega su condición de persona y la asimila a un objeto comercializable en el mercado de bienes y servicios. La persecución penal de los autores y eventual condena, si bien permitirá a la víctima librarse del sometimiento que padecía, no le asegurará la reparación integral del daño sufrido por el delito, pues será necesario solicitar una reparación económica por medio de una indemnización. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido el deber de satisfacer dicho derecho por parte de los Estados y sostenido en reiterada jurisprudencia: “es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (Villagrán Morales y otros [*Caso de los “Niños de la Calle”*] c. Guatemala, 2001, párr. 59).

Precisamente, todo daño provocado por el delito tiene como consecuencia la obligación de reparar el perjuicio sufrido, pero ante una grave violación de derechos humanos y frente a los sobrevivientes<sup>1</sup> en condición de vulnerabilidad, la reparación se vuelve impostergable. Si bien esta obligación recae en la persona condenada o en quien se hubiere beneficiado económicamente de la explotación, lo cierto es que si el derecho interno no habilita un acceso real y efectivo a la justicia que incluya la reparación económica ante el interés expreso de obtenerla de la persona afectada por el delito, esta situación podría significar una responsabilidad internacional para el Estado.

A pesar de que la Argentina se ha comprometido internacionalmente a garantizar el acceso a la justicia y a generar las condiciones para asegurar la reparación económica a víctimas en situación de vulnerabilidad, tanto en instrumentos internacionales

1 A lo largo de este trabajo, se utilizarán indistintamente los términos de víctimas y sobrevivientes, aunque sea preferible este último término en virtud de la connotación de reparación y resiliencia que conlleva (ONU Mujeres, s. f.).

de *soft law* como en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) exige la constitución en actor civil o, de lo contrario, se rechazará el otorgamiento de cualquier reparación. Esto es lo que ha ocurrido cuando, ante propuestas concretas, los tribunales rechazaron acuerdos preparatorios argumentando que los damnificados no se habían constituido en la causa como “actores civiles” (Cruz Nina, Julio César; Huarina Chambi, Silvia s/ trata de personas, 2016, [Cruz Nina]).

En un escenario ideal, quien sufrió un daño a causa de un delito debería encarar un reclamo resarcitorio por sus propios medios o evitando la subrogación de la acción. Sin embargo, en la trata de personas y delitos conexos se da una situación particular que dificulta cualquier posibilidad real de realizarlo. En ese sentido, es posible pensar en una solución que recoja una visión restaurativa que ponga el foco en la compensación del daño a la víctima, que haga responsable a los declarados culpables (UNODC, 2006, p. 6).

Las exigencias para la interposición de una demanda resarcitoria resultan incompatibles con un sobreviviente vulnerado, lo que podría significar la violación de derechos de raigambre constitucional por una norma que los reglamenta y no está diseñada para contemplar la posición desventajosa en que se encuentra la víctima de trata, por ejemplo, para litigar contra quien poco tiempo antes era su explotador. Como se abordará más adelante, quienes han sobrevivido a delitos tan aberrantes como la explotación de personas atraviesan un largo proceso con miras a su recuperación y, en la mayoría de los casos, recién se autoperciben como víctimas luego de avanzado el proceso o de la condena de los responsables. Esta circunstancia se suma a las numerosas adversidades que deben pasar y que conspiran contra las reales posibilidades de encarar una demanda civil para obtener una compensación económica. Si se parte de postulados estrictamente retribucionistas, el rol central del proceso penal es la identificación y sanción de los responsables del delito. No obstante, a partir de la introducción de una visión más restaurativa (tal como se podría advertir, por ejemplo, con la sanción de la Ley 27.372), podría entenderse que poco a poco se va adoptando una perspectiva que otorga a la víctima un rol más importante en el proceso que no la limita a ser solo testigo de los hechos que se pretenden esclarecer y que se orienta a reparar el daño sufrido por el delito (Gutiérrez Rodríguez, 2017, p. 48).

Por ello, lo que aquí se propone es flexibilizar los requisitos para interponer una acción civil resarcitoria a fin de cumplir con los derechos de acceso a la justicia y reparación integral. Este planteamiento no rechaza el acompañamiento y asistencia que las personas sobrevivientes a estos delitos requieren, sino que reconoce

las limitaciones de este tipo de ayuda que se advierte insuficiente al momento de reclamar un resarcimiento frente a su explotador.

Aquí juega un rol especial el acceso a la justicia (o jurisdicción) que, en palabras de Pozzo (2012), “constituye un ‘derecho puente’ para la obtención del reconocimiento ante la justicia de los otros derechos fundamentales que posee todo el ser humano por su condición de tal” (p. 161). Resultaría estéril consagrar derechos si luego la regulación del proceso constituye un verdadero obstáculo para su consecución.

Así planteado, hasta podría acarrear la responsabilidad internacional de la Argentina, por cuanto el Estado debe garantizar un efectivo acceso a la justicia (Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], artículo 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], artículo 14), pues de lo contrario, violaría el principio de igualdad y defensa en juicio reconocidos tanto en la Constitución Nacional ([CN] artículos 16 y 18), como en tratados internacionales.

Si bien la reparación incluye distintas modalidades, la propuesta que aquí se realiza se refiere únicamente a la económica y las posibilidades para acceder a ella. Por esa razón, no se abordarán reparaciones simbólicas, en especial atendiendo a la vocación transformadora de las reparaciones en el derecho internacional, como podrían ser aquellas de orden simbólico o atinentes a erradicar situaciones de discriminación estructural —tal como ha sido expuesto en el caso *González* y otras [*Campo Algodonero*] c. México (párr. 450)—. Lo que se pretende en este estudio es asegurar un acceso a la reparación económica como integrante del derecho al recurso y acceso a la justicia.

## 1. Derecho a la reparación en el contexto internacional

El derecho a reparación está ampliamente reconocido en diversos tratados internacionales y regionales de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 8, establece el derecho de toda persona a un recurso efectivo. Por su parte, el PIDCP determina que los Estados deberán garantizar que toda persona, ante la violación de un derecho, pueda interponer un recurso efectivo (artículo 2.3). En el mismo sentido, lo hacen la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 13), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 13), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 7. 1. a), la Carta Árabe de Derechos Humanos (artículo 9) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), por mencionar algunos.

Los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves*

*del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Principios sobre el derecho a obtener reparaciones) ofrecen mecanismos para que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales contenidas en los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, expresados en principios y directrices, tal como su nombre indica. La primera obligación consiste en respetar, asegurar y aplicar las normas de derecho internacional que incluyen el deber de proporcionar a las víctimas recursos eficaces, entre los que encontramos la reparación (artículos 1 y 3). El artículo 11 establece como derechos de las víctimas contar con un acceso igual y efectivo a la justicia y a la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido. Sobre este último derecho, el documento explica que la reparación debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y que la parte responsable, ya sea el Estado o un tercero particular, deberá conceder la reparación (o indemnizar al Estado si este reparó a la víctima). Además, el documento determina como parte de las obligaciones de los Estados establecer procedimientos para que tanto individuos como grupos de víctimas puedan presentar demandas de reparación y obtenerla (artículo 13), como medidas para proporcionar un adecuado derecho de acceso a la justicia.

Por su parte, la relatora especial sobre la trata de personas entiende que el derecho a la reparación no se limita al derecho sustantivo, sino que también incluye un “conjunto de derechos procesales necesarios para facilitar el acceso a una reparación” (Ezeilo, 2011, 7). Es decir, en la medida en que la ley procesal no permita una posibilidad real de obtener una reparación, esta no se verá satisfecha a la luz de la normativa internacional de derechos humanos.

La obligación de proporcionar mecanismos efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos para obtener reparación por el daño sufrido ha sido ratificada en distintas ocasiones por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), el Consejo de Derechos Humanos y otros organismos de derechos humanos (ACNUDH, 2014, p. 35).

Por otro lado, el compromiso estatal frente a ellas fue compelido por la ONU en los principios adoptados en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, en la que se reconoce a las víctimas el derecho de acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta reparación (principio 4) para lo que los Estados deberán establecer y reforzar los mecanismos judiciales y administrativos que permitan la obtención de “reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles” (principio 5). También postula que los procedimientos judiciales deben adecuarse a las necesidades de las víctimas a fin de que, entre

otros, se eviten demoras innecesarias en la ejecución de las causas e indemnizaciones (principio 6).

Asimismo, en el documento elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas* (ECOSOC, 2002), encontramos el principio nueve que recomienda a los Estados proporcionar asistencia jurídica y de otra índole mientras duren las acciones penales y civiles. En el documento se explica que la reparación plena y efectiva se dará de las siguientes formas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Con relación a la restitución, señala que significará, siempre que sea posible, “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario” (artículo 19). La indemnización habrá de concederse “por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario” (artículo 20).

En el ámbito americano, la CADH brinda el fundamento jurídico general para el sistema de reparaciones por violaciones de derechos humanos. Su artículo 63. 1 establece que, ante la violación de un derecho o libertad protegido en dicho instrumento, se garantizará al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, si ello fuera procedente, se dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una indemnización.

Argentina adoptó una postura más comprometida al aprobar la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT), con lo que reforzó aquellos principios internacionales y asumió el compromiso de dictar los procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en el tratado obtener una indemnización y restitución (artículo 25. 2).

Para el caso de trata y explotación de personas, distintos documentos e instrumentos jurídicos reconocen el derecho a la reparación económica. Por ejemplo, el artículo 6. 6 del Protocolo de Palermo, que complementa la CNUDOT, promueve que cada Estado parte prevea en su ordenamiento medidas que permitan a las víctimas obtener indemnización por los daños sufridos. Si bien el lenguaje utilizado por el Protocolo de Palermo no pareciera ser imperativo, lo cierto es que teniendo en cuenta el carácter progresivo de los derechos humanos y el principio de interpretación *pro persona*, debe entenderse como una obligación de garantizar la reparación de los daños sufridos como consecuencia del delito para todos los Estados

parte. Esto corresponde a que sea entendido en el sentido de que el Estado debe asegurar los mecanismos necesarios para conseguirla, posición que se ve respaldada por la decisión de la Corte IDH en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil* de 2016, sobre el que ampliaré más adelante.

En esa línea, y con relación a los bienes decomisados por ser producto o provecho del delito o instrumento,<sup>2</sup> el artículo 14. 2 de la CNUDOT establece la prioridad a la entrega del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado requirente para cubrir las indemnizaciones o devolver los activos a sus propietarios legítimos, es decir, establece la preferencia de la restitución por sobre el decomiso o cualquier otro derecho que se pretenda hacer valer sobre los bienes.

En nuestra región, con la suscripción de la Convención de Belem do Pará, los Estados parte se comprometieron no solo a condenar la trata de personas como una manifestación de la violencia contra la mujer, sino que también asumieron la responsabilidad de “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (artículo 7. g).

En Europa, encontramos el Convenio del Consejo de Europa sobre la Trata de Seres Humanos que reconoce a las víctimas el derecho a recibir una compensación económica por parte de los tratantes y, en ese sentido, exige a los Estados adoptar las medidas necesarias para garantizar las indemnizaciones (artículo 15).

Ahora bien, que normativamente exista la posibilidad de obtener reparación económica por el delito no implica su obtención, especialmente cuando se trata de violaciones a derechos humanos y las víctimas son vulnerables. La experiencia indica que quienes han sido subyugados al poder del tratante, restringiéndoseles su libertad, autonomía y poder de decisión nunca iniciarán una pretensión resarcitoria por sí solas. No es fácil liberarse del sometimiento (que puede persistir después de la liberación física), lo que demuestra la desigualdad de fuerzas entre una y otra parte.

Es importante tener presente que además de la barrera económica y los problemas que puedan suscitarse en torno a su seguridad, en muchos casos la víctima debe concebirse como sujeto de derechos. Muchas veces ni siquiera se autoperciben como víctimas y, tal como afirman Requena Espada *et al.* (2012, p. 6), tampoco son conscientes de la vulneración de los derechos humanos que padecieron ni terminan de comprender la magnitud de la afectación de sus derechos. Aquí adquieren importancia

2 Sobre el decomiso de activos que sirvieron para el delito o son producto o provecho de este, ver el capítulo 6. 2.

las *Guías de Santiago sobre protección de víctimas-testigos*<sup>3</sup> al recomendar que la intervención de la víctima en el proceso no suponga un costo que no pueda afrontar o que le impida intervenir en él (artículo 5. d). Es decir, corresponde al Estado (en este caso representado por los operadores jurídicos, ante la carencia de una norma procesal específica) disponer de los medios necesarios para que las reivindicaciones que la víctima pueda hacer durante la sustanciación del juicio penal no se vean limitadas por la imposibilidad de afrontar los costos de dicha participación o porque esta implique asumir roles que dilaten la satisfacción de sus derechos. La evidente asimetría entre víctima y victimario en estos casos dificulta cualquier posibilidad real de que el damnificado asuma un rol activo para obtener una reparación.

En este escenario, un procedimiento que no contemple las características especiales de una víctima en condición de vulnerabilidad atentará directamente contra el derecho de acceso a la justicia y el principio de igualdad. De nada servirá que se reconozca a la víctima un derecho a la reparación si no puede acceder de manera efectiva al sistema de justicia para obtenerla. Por esa razón entiendo que desde el Estado deben adoptarse las medidas necesarias para que la reparación del daño sufrido no se vea entorpecida por el hecho de cumplir con el procedimiento vigente, sin ningún tipo de miramientos, con un régimen más cercano a la burocracia que a un buen servicio de justicia.

La Corte IDH se ha expresado no solo sobre el concepto de trata y explotación de personas a la luz de los estándares internacionales, sino que también lo ha hecho sobre el derecho a la reparación económica de las víctimas de esta atroz violación de derechos humanos. Así, por ejemplo, lo manifestó en el caso *Trabajadores de Hacienda Brasil Verde*, donde también reconoció la responsabilidad estatal por actos de terceros. En este sentido, la Corte IDH entiende que la indemnización es el medio más adecuado para reparar los daños ocurridos a partir de la violación de los derechos humanos y afirmó en el caso *Velásquez Rodríguez*:

la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación al estado anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral (párr. 26).

3 Son recomendaciones concretas dirigidas a los operadores jurídicos, especialmente a los fiscales, aprobadas en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero de Ministerios Públicos (AIAMP), el 9 y 10 de julio de 2008. El Ministerio Público Fiscal (MPF) argentino aprobó el documento mediante Resolución PGN n° 174/08.

Como presupuesto para dicha reparación, la Corte IDH consideró que el Estado tiene la obligación no solo de prevenir las violaciones de los derechos humanos, sino también de investigarlas seriamente, imponer sanciones y “asegurar a las víctimas una adecuada reparación” (párr. 174).

En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, la Corte IDH condenó a Brasil por considerarlo responsable internacionalmente por la violación al derecho de no ser sometido a formas de esclavitud moderna y trata de personas, así como también de la violación de las garantías de debida diligencia, plazo razonable, el derecho a la protección judicial y de acceso a la justicia. La importancia de este fallo radica en que es el primero que la Corte IDH expide sobre esclavitud y trata de personas y donde tuvo la oportunidad de desarrollar y actualizar nociones sobre estos delitos.

La Corte IDH ordenó a Brasil retomar las investigaciones sobre el caso y declaró la imprescriptibilidad de los delitos de esclavitud y formas análogas y la reparación a las víctimas, ya que el proceso no había ofrecido un “mecanismo de reparación para las víctimas”. Además, dispuso la reparación económica de las personas sobrevivientes, rescatadas en 2000 y 1997 (párrs. 406, 413 y 445).

Respecto de la acción civil presentada, que terminó mediante conciliación, concluyó que no había tomado en consideración la gravedad de los hechos denunciados ni la necesidad de reparación de los sobrevivientes. Entendió que esta situación se tradujo en una “denegación de justicia en perjuicio de las víctimas”, pues el Estado no les proveyó de “un recurso efectivo a través de las autoridades competentes, que tutelara sus derechos humanos contra los actos que los vulneraron” (párr. 404). En esto radica la trascendencia del caso, pues la Corte IDH consideró responsable a Brasil por no haber ofrecido un mecanismo de reparación para los sobrevivientes y estimó que el Estado tenía una responsabilidad mayor de proveer un recurso sencillo y efectivo para la protección de sus derechos, incluida su reparación económica, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se hallaban.

## 2. La reparación en el Código Penal argentino

Respecto de la reparación de perjuicios en el derecho penal argentino, el artículo 29 del Código Penal (CP) dispone que la sentencia podrá ordenar la indemnización del daño moral y material, la restitución de la cosa obtenida por el delito y el pago de costas. Seguidamente, establece que la obligación de indemnizar es preferente a cualquier otra que el condenado contrajere con posterioridad a la comisión del delito y determina el orden de preferencia para la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias para el caso en que los bienes no sean suficientes. De esa manera, dispone que, en primer lugar, se cancelará la indemnización de daños y perjuicios y, luego, será el turno del resarcimiento de los gastos del juicio (CP, artículo 30).

De todo delito nace la obligación de reparar, lo que puede procurarse a partir de la acción civil. Como las obligaciones de indemnizar son diferentes a la pena que pueda aplicarse al imputado (por ejemplo, multa), las reparaciones pueden hacerse efectivas con bienes del condenado, aunque haya fallecido o de un tercero, pues la reparación posee naturaleza civil (D'Alessio, 2005, p. 179).

Para el caso de trata de personas, la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) profundizó el análisis en torno a las reparaciones económicas y precisó que el artículo 29 CP debe interpretarse bajo el prisma de los tratados internacionales de derechos humanos y el Protocolo de Palermo. Asimismo, como la restitución es una medida accesoria a la condena, puede ordenarse de oficio sin necesidad de que se hubiera iniciado la acción civil y, por consiguiente, el Ministerio Público Federal (MPF) está legitimado a solicitarla en virtud de su función constitucional de defensa de la legalidad (*Cruz Nina*).

A pesar de que se entiende que la restitución procede de oficio, los tribunales son reticentes a aplicarla y muchas veces pretenden que la persona sobreviviente litigue la acción civil no solo para obtener indemnización, sino también restitución. En el caso de quienes sufrieron el delito de trata de personas, esta situación adquiere una relevancia especial, pues en la práctica significa vedarle cualquier posibilidad de reparar el daño sufrido como consecuencia del delito. Si se repasan los argumentos esgrimidos por los jueces para rechazar ese pedido, se advierte que se basan en una errónea interpretación de la ley vigente, lo que convierte sus decisiones en arbitrarias.

En el siguiente capítulo, detallaré brevemente cómo está regulada la acción civil en el proceso penal. También explicaré los puntos más salientes del primer caso en el que una sobreviviente de trata de personas asumió el rol de actora civil.

### **3. La acción civil para obtener la reparación económica por el daño sufrido**

#### **3.1. La demanda civil en el proceso penal**

El artículo 14 del CPPN establece que la restitución de la cosa obtenida por el delito y la pretensión resarcitoria solo podrán ser ejercidas por el titular de ese derecho subjetivo con patrocinio jurídico. Luego, dispone que para ello debe asumir el rol de actor civil (CPPN, artículo 87), por sí o por mandatarios, lo que se podrá hacer en cualquier momento del proceso hasta la clausura de la instrucción.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> El Código Procesal Penal Federal, Ley 27.063, (CPPF) establece en su artículo 40 la acción civil para la reparación o indemnización de los daños producidos por el delito. En su artículo 42, determina como condición para su ejercicio la constitución de querellante y ejercerla conjuntamente con la acción penal.

A pesar de que la norma procesal es la que determina cómo debe ejercerse la vía reparatoria, esta especie de reglamentación no puede significar un obstáculo para la concreción de esa pretensión y, por tanto, debe garantizársele a la víctima el cobro de la indemnización. Es decir, el derecho a recibir un resarcimiento no debe verse limitado por una deficiente o inadecuada regulación, ante la posibilidad de que ello pueda constituir una revictimización. Con el análisis de la situación de los sobrevivientes de trata y explotación de personas, se advertirá que el procedimiento actualmente vigente para obtener el resarcimiento por el daño causado en la práctica no permite alcanzar dicho objetivo.

### **3.2. El caso *Alika Kinan***

Este caso fue el primero en el que una víctima de trata demandó a sus tratantes y obtuvo reparación integral por el daño sufrido. El 30 de noviembre de 2016 se condenó a tres personas por el delito de trata agravado por la pluralidad de víctimas, en perjuicio de ocho de ellas (entre las que se encontraba la querellante y actora civil *Alika Kinan*), que habían sido rescatadas de un local nocturno de la ciudad de Ushuaia. También se hizo lugar a la demanda civil y se condenó a los imputados y a la Municipalidad de Ushuaia a abonar una suma de dinero por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

La CFCP confirmó la reparación de daños y perjuicios dispuesta en favor de *Alika Kinan*, aunque dispuso el reenvío para que se fije un nuevo monto indemnizatorio acorde a lo postulado por la actora civil. Lamentablemente, ella fue la única que obtuvo reparación económica porque se constituyó en actora civil, mientras que las restantes sobrevivientes no lo consiguieron al no haber asumido ese rol.

### **3.3. El rol del Ministerio Público de la Defensa**

Este acápite se destinará a realizar una aclaración sobre la función del Ministerio Público de la Defensa de Argentina, que según el artículo 1 de su Ley Orgánica (27.149), tiene como función principal la “defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos”. En ese marco, se creó el Programa de Asistencia y Patrocinio para las Víctimas de Delito de Trata de Personas.<sup>5</sup> Si bien es loable el desempeño de esta dependencia, lo cierto es que su alcance está limitado a los recursos reales de brindar asesoramiento a las víctimas para obtener la reparación integral. Por ejemplo, en el mencionado caso *Alika Kinan*, fue precisamente este programa el que patrocinó

5 Este programa fue creado por Resolución DGN n° 993/2014 y puesto en marcha el 1 de septiembre de 2014.

su acción civil; no obstante, las otras siete personas damnificadas identificadas en el caso por diferentes razones no lo fueron y quedaron sin reparación económica.

Lo mismo ocurre con la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372), que creó la figura del Defensor Público de Víctimas. Entre sus funciones se encuentra la de brindar asistencia y patrocinio jurídico a aquellas víctimas que “por la limitación de sus recursos económicos o vulnerabilidad resultara necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa, en atención a la especial gravedad de los hechos investigados” (artículo 11) y en su caso querellar. Esta última aclaración pareciera limitar la actuación al impulso penal particular sin hacer referencia al ejercicio de la acción civil.<sup>6</sup>

Estas condiciones reducen las posibilidades reales de que las personas sobrevivientes de trata y explotación puedan contar con el patrocinio jurídico necesario para entablar una demanda civil de indemnización, porque además de las limitaciones para contar con la asistencia letrada, también deben recordarse los obstáculos que se les presentan para asumir un rol activo en su reclamo de reparación. Es ilustrativo a ese respecto lo que aconteció en un caso de trata por explotación sexual en el que una de las dos personas que se habían constituido como actoras civiles debió renunciar porque ser actora civil en su demanda resarcitoria le requería un esfuerzo personal, mental y emocional con el que no contaba.<sup>7</sup>

Como puede advertirse, aún cuando quienes fueron objeto de explotación pudieran contar con el asesoramiento letrado para obtener una reparación económica, puede serles difícil lidiar con las vicisitudes del proceso. Esta situación podría no solo conculcar su derecho a la reparación económica, sino también representar un obstáculo a su derecho de acceso a la justicia.

#### **4. Propuesta de reclamo indemnizatorio para sobrevivientes de trata de personas**

A lo largo del presente trabajo se ha intentado demostrar la particularidad del delito de trata y explotación de personas en cuanto a su doble condición de delito de criminalidad compleja y de grave violación de derechos humanos, lo que impacta irremediablemente en sus víctimas. Entre todas las dificultades que ellas deben atravesar, la posibilidad —o, mejor dicho, la imposibilidad práctica— de entablar una demanda civil para reclamar por los daños y perjuicios sufridos por el delito es una circunstancia que interpela, o tendría que interpelar, a todos los operadores jurídicos.

6 Otro dato relevante es que el primer defensor de víctimas prestó juramento recién el 3 de diciembre de 2020, quien tiene competencia territorial en la provincia de Salta.

7 Esta situación se desarrolla en el apartado 4. 1.

Por tal motivo, se propone un mecanismo sencillo que permitiría a las víctimas alcanzar una reparación económica integral, hasta tanto la legislación procesal adecúe el procedimiento para obtener las indemnizaciones a dichas víctimas y su condición de vulnerabilidad.

#### **4.1. El reclamo por indemnización en forma “pauperis” o “in pauperis”**

Si se tiene en cuenta que de las 1500 víctimas identificadas en la justicia federal desde la entrada en vigor de la Ley 26.364 hasta diciembre de 2017 —y las miles de otras que no han sido individualizadas— solo una pudo asumir el rol de actora civil sin que se verificara el inicio de ninguna demanda en el fuero civil, queda claro que la manera en que está regulado el reclamo para la reparación de daños y perjuicios en el proceso penal no es la más apropiada para las víctimas de este delito.

Es más, en 2019 y con los cientos de víctimas que se han agregado a las estadísticas de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), solo una más ha podido estar en condiciones de entablar una demanda penal y civil para obtener la indemnización por los daños sufridos. Este caso es además esclarecedor sobre el punto que vengo tratando en este trabajo, ya que otra de las víctimas también había asumido dicho rol, pero tuvo que desistir de este. Sobre tal decisión, en la sentencia condenatoria se explicó:

no es posible dejar de lado el desistimiento de querrela realizado por la víctima identificada como A1. En esa oportunidad, refirió que lo hacía por motivos personales, que ameritaban dedicar tiempo a cuestiones que la ayuden a “superar los hechos denunciados”. Además, explicó que busca priorizar su salud física y mental, agregando que su intervención en estos actuados necesariamente implicaba una participación activa que no deseaba seguir teniendo (Tomasi, Silvio Ángel y otros s/trata de personas, 2019).

Esto demuestra claramente los inconvenientes que atraviesan las víctimas de trata de personas cuando entran en contacto con el sistema penal y por las que sigue representando un obstáculo tener que litigar para conseguir una reparación integral.

La Corte Suprema de la Nación (CSJN) ha dicho que las leyes de fondo no deben ser desvirtuadas por el procedimiento que se utilice para aplicarlas cuando sostuvo que “al determinar la forma de hacer efectiva una convención también especial, la ha rodeado de garantías destinadas a asegurar su inmediata efectividad y sin las cuales se comprometería la existencia misma del derecho que se ejercita” (CSJN Fallos, 138:157). Esta cita ofrece la posibilidad de desarrollar una alternativa que, desacralizando las formas, no entorpezca el acceso a la jurisdicción a quienes

se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad que, de ese modo, les permita obtener una reparación económica sin necesidad de cumplir los exigentes requisitos de la acción civil.

Vale la pena destacar el voto del ministro de la CSJN, el doctor Petracchi en otro precedente en el que aseguró:

La Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico de que es base normativa deben ser examinadas como un todo coherente y armónico en el cual cada precepto recibe y confiere su inteligencia de y para los demás. De tal modo, ninguno puede ser estudiado aisladamente sino en función del conjunto normativo, es decir, como partes de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, reacia a ser contenida en fórmulas inmutables (CSJN Fallos, 312:2192).

No puede soslayarse que la acción civil fue delineada en otro contexto y que durante estos años ha habido una evolución en pos de los derechos de reparación y acceso a la justicia, por lo que deben buscarse soluciones a estas falencias.

En el fallo *Cruz Nina*, el doctor Hornos fue contundente al explicar qué debe entenderse por ley vigente en el proceso penal, cuando dijo: “el concepto de Ley Vigente abarca a la Constitución Nacional, a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los restantes Pactos Internacionales, y al Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación”.

Maier (2012b) señala con claridad que el sistema penal no está organizado como servicio público orientado a la víctima que en el ámbito del derecho privado constituye un problema crítico de acceso a la justicia. Por ello, ofrece una solución que de alguna manera da sustento a la propuesta que formulo en este trabajo, cuando refiere:

Si se liga ciertos progresos normativos con la reparación y un mejor desarrollo procesal de las facultades de la víctima en el procedimiento penal, con un acceso adecuado de la víctima al mundo judicial, universo la mayoría de las veces inescrutable de antemano y motivo de temor para la víctima (curioso: idéntico temor al del imputado; reflejo: temor ciudadano ante los tribunales de justicia), se podría esperar resultados convincentes [...] Entre nosotros, ya han sido dados algunos primeros pasos. Uno de ellos es la llamada *delegación de la acción civil*, instrumento teórico para corregir el acceso de la víctima a la justicia penal y para lograr que se le repare el daño (Maier, 2012b, p. 632).

Esto autoriza a pensar en una solución que se adecue a la situación de las víctimas de trata que les facilite el acceso a la reparación. En efecto, en situaciones donde se presentaba un conflicto entre las formas y los derechos, la CSJN admitió la relativización de las reglas para no impedir el goce de los derechos reconocidos en normas de jerarquía superior.

El derecho penal no debe ser concebido como manifestación del poder estatal, sino como una instancia de resolución de conflictos sociales en la que la aplicación de soluciones alternativas es posible y donde la víctima tiene un papel preponderante (Maier, 2012a, p. 88).

Todo lo señalado interpela a los operadores jurídicos y obliga a buscar alternativas dentro del derecho procesal que atiendan a las necesidades especiales que presentan las víctimas de trata de personas y que sean más adecuadas a su situación al punto de que les permita una reparación económica. En consecuencia, deben diseñarse propuestas armónicas que respeten los derechos de las víctimas, reconocidos en el derecho internacional de derechos humanos sin violentar el derecho de defensa en juicio.

La pretensión indemnizatoria se verá obstaculizada en los casos de personas que han sido subyugadas al poder del tratante no solo restringiendo su libertad, sino también su autonomía y poder de decisión. Ni siquiera el “rescate” de la víctima logra liberarla del sometimiento, que en la mayoría de los casos muchas veces persiste aun después de la liberación física.<sup>8</sup>

Tal como se indica en la guía elaborada por la PROTEX (2016, p. 16), uno de los mecanismos de control más efectivos es la amenaza de represalias contra ellas o sus seres queridos, lo que obviamente conspira contra las posibilidades de peticionar por reparaciones. Frente este panorama, debe procurarse que el sobreviviente no esté obligado a asumir una persecución para obtener una reparación económica, imponiéndole conseguir el patrocinio de un abogado e impulsando su pretensión, cuando en realidad tiene otras prioridades o simplemente miedo de enfrentar a quien le sometió y vejó. La desigualdad entre ambas partes es evidente y el Estado debe procurarle a la víctima una solución viable para obtener la reparación económica por el daño sufrido.

Por ello, como alternativa se propone que para estos supuestos tan especiales se permita a las personas damnificadas interponer un reclamo de índole civil sin las formalidades impuestas por el proceso penal y al que he llamado: acción civil indemnizatoria *in pauperis*.

8 Para una aproximación a las dificultades de los sobrevivientes de trata de personas para tener acceso a la justicia y el sometimiento que padecen producto de su explotación ver Colombo y Mángano (2018, p. 90), donde los autores recogen varios testimonios que son esclarecedores.

Para su desarrollo, se parte de la idea del recurso interpuesto en forma *pauperis*, doctrina elaborada por la CSJN que permite la impugnación de una resolución judicial en un proceso penal por parte de una persona imputada sin la debida asistencia letrada, a pesar de que no cumpla con las exigencias formales, dada la situación de desvalimiento en que se encuentra el afectado.

En efecto, la doctrina *pauperis* establece que, en aplicación al reconocimiento que hacen los artículos 8. 2. h de la CADH y 14. 5 del PIDCP del “derecho de recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior”, los requisitos formales para la interposición de un recurso no pueden perjudicar a los imputados, titulares del derecho a impugnar una decisión que desatienda su reclamo. Así lo sostuvo en el precedente, Scilingo (CSJN, Fallos 320:854), que luego fue reiterado en numerosas oportunidades, en las que dejó en claro que el rigorismo formal debe ceder ante el reclamo informal del interesado que demuestra su voluntad impugnativa y para el caso de que se trate de una persona que carezca del correspondiente amparo y asesoramiento (Palazzi, 2000).

Esta doctrina, que en principio se limitaba a personas detenidas, fue ampliada por la propia CSJN que extendió su aplicación a otros supuestos (por ejemplo, situación de indefensión).

En 2012 amplió aún más el alcance del instituto y admitió un recurso *in pauperis* en un amparo de salud a quien lo había interpuesto contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia provincial que consentía su desafiliación de la obra social por haber cumplido 25 años, a pesar de su delicado estado de salud y su discapacidad (Quinteros, Virginia s/su presentación, 2012). La CSJN declaró procedente el recurso y condenó a la obra social a reafiliarla.

Como se ve, este fallo aceptó la interposición de un recurso en una causa no penal sin cumplir con los requisitos formales, pues la actora se encontraba en una condición de vulnerabilidad por ser discapacitada, sin recursos económicos y mujer. Estos presupuestos fueron estimados como fundamento suficiente para autorizar la revisión de una decisión jurisdiccional ante la manifestación informal de impugnar una resolución que le resultaba adversa. Tal como se recordó en el dictamen fiscal, en situaciones delicadas, como las referidas a la salud, la CSJN había

interpretado que toca a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar el inicio de un nuevo proceso (CSJN, Fallos, 327:2127; 329:4918; 330:4647; 331:563, etc.)

Con este precedente, queda claro que la posibilidad de flexibilizar las exigencias formales no se reduce a los casos penales, lo que permitiría aplicarse en casos de trata y explotación de personas para que las víctimas reclamen la reparación económica, entendiendo que ellas también son vulnerables y tienen inconvenientes para ejercer su derecho de acceso a la jurisdicción.

Precisamente, el derecho a recurso no se limita a la posibilidad de revisar una sentencia, sino que constituye una de las garantías fundamentales del derecho internacional de derechos humanos. Siguiendo esa línea, el párrafo sexto del artículo 6 del Protocolo de Palermo impone la adopción de medidas para que los sobrevivientes de trata y explotación de personas obtengan una indemnización. Se pone también en juego el derecho reconocido a la víctima de tutela judicial efectiva (artículos 18 de la CN, 8. 2. h de la CADH y 14. 5 del PIDCP) y la idea de concebir al derecho penal como una instancia de solución de conflictos y no únicamente como un ejercicio del poder punitivo del Estado.

En efecto, el derecho a una tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceso a la jurisdicción. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2007) elaboró un informe donde recalcó que las acciones judiciales fueron pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos “clásicos” y, por tanto, se han establecido procedimientos sencillos y rápidos para amparar derechos en casos graves y urgentes, dejando de lado otro tipo de derechos. Por ende, advirtió la existencia de inconvenientes para ejercitar dichas acciones al excluir la tutela de derechos de los no considerados fundamentales o por estipular requerimientos excesivos para su admisión. Concluye que el derecho de tutela judicial efectiva requiere de procedimientos judiciales que no “presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos”.

Sentado ello, se cuenta con los fundamentos jurídicos y doctrinarios para aceptar un reclamo indemnizatorio en forma *pauperis*, resta determinar cómo se podría llevar adelante esa acción.

#### **4.2. Método para interponer la acción en forma *pauperis* o *in pauperis***

Como ya se ha mencionado, quienes han sobrevivido a la trata de personas por las condiciones personales, por el delito que padecieron y por el mismo contacto con el sistema de justicia pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad para el que, en la práctica, no es posible asumir un rol activo en el proceso penal —mucho menos en el fuero civil—, con el propósito de obtener una indemnización. Por ello, es responsabilidad del Estado encontrar la manera de superar los obstáculos que se presentan procesalmente al disponer requisitos extremadamente formales.

Se reconoce que el primer mecanismo para hacerlo sería mediante la sanción de una ley, pero hasta que ello ocurra y para no dejar desamparadas a quienes hoy son víctimas podría crearse pretorianamente una vía alternativa. Resulta evidente que las vías procesales actuales son inoperantes y, por tanto, deben ser adecuadas para posibilitar un real acceso a la justicia a fin de obtener una satisfacción a sus necesidades económicas.

En ese sentido, cada uno de los requisitos exigidos para entablar la pretensión resarcitoria podría ser reemplazado por un mecanismo menos formal, pero que no signifique violentar el derecho de defensa del demandado. Por ejemplo, el requisito de manifestar expresamente la voluntad de ejercer la pretensión resarcitoria podría verse satisfecho con la suscripción de un acta o protocolo en el que la víctima exprese claramente aquella decisión, en la primera oportunidad posible.

Por consiguiente, sería necesario tomar el recaudo de que durante el proceso, el titular de la acción exprese su voluntad de obtener una indemnización y se fije un monto para determinar la pretensión (aunque, como ya vimos, en virtud del artículo 29. 2 del CPN el juez posee facultades amplias para fijar la indemnización cuando no haya plena prueba).

Luego, la determinación de la relación causal entre el daño producido y el hecho que lo provoca puede verse realizada en el requerimiento de elevación a juicio.<sup>9</sup>

Para asegurar la inviolabilidad de la defensa en juicio y evitar que una sentencia indemnizatoria sea sorpresiva para el legitimado pasivo, la pretensión resarcitoria podría ser promovida desde la Fiscalía, quien está habilitada para intervenir en aquellos conflictos en los que esté afectado gravemente el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de una de las partes o la notoria asimetría entre ellas (Ley 27.148, artículo 2, inciso e).

De esa manera, podría intentarse una reparación en la que la concreción de la pretensión en los casos de trata de personas y delitos conexos la realice el fiscal, para lo que sería necesario que, sin demasiadas formalidades:

- El consentimiento de la persona afectada, por lo que se deberá procurar que en la primera oportunidad posible y cuando se estime oportuno se deje constancia de la decisión de pretender un resarcimiento económico por el daño sufrido.
- Una vez expresada la voluntad de la víctima de obtener una indemnización, el fiscal en el requerimiento de elevación a juicio (o formulación de la acusación) incluya un apartado donde se indique el monto aproximado que se

9 De acuerdo con el CPPF (Ley 27.063), esto podría satisfacerse al momento de formular la acusación en los términos del artículo 274.

reclama, con indicación de los rubros que se pretenden cubrir. La descripción de los hechos que dieron origen al daño y el vínculo entre la víctima y el suceso antijurídico estaría correctamente acreditado con la descripción de los hechos que se hace en el requerimiento y su valoración.

## **5. Recursos económicos para solventar las reparaciones**

### **5.1. Recuperación de activos en trata de personas y delitos conexos**

En primer término, se ha de aclarar que las reparaciones económicas a las que vengo haciendo mención en este trabajo no están concebidas para ser asumidas por el Estado, en lo que podría pensarse como una suerte de indemnización general, sino que aquellas determinadas judicialmente deberán ser solventadas, en principio, por los bienes de los responsables de haber cometido el delito o de quienes, sin haber sido considerados autores o partícipes (sin haber sido imputados siquiera), se beneficiaron de la actividad delictiva.

Para ello, es fundamental que durante la sustanciación del proceso se realice una investigación patrimonial que identifique los activos que servirán para hacer frente a las reparaciones que se determinen, tal como establece el párrafo segundo del artículo 28 de la Ley 26.364 (incorporado por Ley 27.508), que obliga a los magistrados y funcionarios del poder judicial y MPF a practicar dicha investigación en la primera oportunidad posible.

La legislación argentina, en línea con los compromisos internacionales asumidos por el país mediante la suscripción de la CNUDOT, otorga prioridad absoluta a los derechos de restitución y reparación económica de las víctimas del caso respecto del decomiso y de la pena de multa (CP artículos 23, 29 y 30). Precisamente, el artículo 14. 2 de dicha convención internacional estipula la prioridad de la devolución del producto de los delitos contenidos referidos allí para indemnizar a las víctimas. El artículo 23 CP dispone que el producto o provecho del delito será decomisado en favor del Estado, salvo que previamente corresponda satisfacer los derechos de restitución o indemnización del damnificado.

Para el caso de la trata de personas y delitos conexos, el citado artículo 23, párrafo sexto CP determina que también se decomisarán los muebles o inmuebles donde se mantuvo a la víctima privada de su libertad o donde fue objeto de explotación. Además, los párrafos tercero y cuarto del artículo 23 CP extienden el alcance del decomiso de las ganancias que son producto o provecho del delito a terceros no condenados: (a) personas de existencia ideal que se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito cometido por sus órganos, miembros y administradores, y (b) quienes se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito a

título gratuito. El artículo 32 de la CPN también autoriza ir en contra de terceros para las reparaciones si estos obtuvieron un beneficio económico del delito.

## 5.2. Función subsidiaria del decomiso

De lo expuesto en los apartados anteriores, ha quedado claro que las reparaciones económicas que se fijen en cada caso tendrán privilegio por sobre los decomisos que dispongan, de modo que, si hubiera víctimas identificadas, los importes correspondientes a las reparaciones deberán asegurarse con los bienes, ya sean producto o provecho del delito o su instrumento, en virtud del orden de prioridades que establecen en forma expresa los artículos 30 del CP y 14. 2. de la CNUDOT que expresamente disponen que las indemnizaciones y devolución del producto a sus legítimos propietarios (restitución) tienen consideración prioritaria frente a su decomiso.

Entonces, si los bienes de los condenados no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, estos se destinarán en forma preferente a reparar los daños causados a las víctimas del delito. Así lo ha reconocido la Sala II de la CFCP en el citado fallo *Montoya*, cuando estimó que el Tribunal Oral Federal había aplicado

erróneamente el artículo 23 cp y favoreció el patrimonio de entidades estatales —entre otros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación— por sobre la indemnización correspondiente a las víctimas y el destino asignado legalmente a los bienes sujetos a decomiso. De tal suerte, omitió atenderse a un deber que es primario y básico en la actuación judicial: reparar a la víctima antes que beneficiar al propio Estado.

En otro antecedente, la misma Sala había considerado:

a distancia de la ley, se evidencia una situación paradójica, donde se da preeminencia a aumentar el patrimonio estatal en detrimento del derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los autores responsables. En efecto, resulta plausible que el decomiso en favor del Estado determine la insolvencia de los encartados, quienes pueden no disponer de patrimonio para cumplir con las reparaciones (Quiroga, José Luis s/ recurso de casación, 2017).

## 5.3. Fondo fiduciario Ley 26.334

La Ley 26.364 determina que los bienes decomisados en estos casos se destinarán a un fondo de *asistencia directa a las víctimas* administrado por el “Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas” (artículo 27). Esta norma fue complementada con la recientemente

sancionada Ley 27.508 (y su decreto reglamentario 844/2019) que crea un fondo fiduciario que administrará el dinero en efectivo y el producido de la venta de los bienes decomisados en el marco de los procesos judiciales por trata y explotación de personas, así como del lavado de activos provenientes de dichos delitos,<sup>10</sup> con sentencia firme o cuando, sin estar firme, el juez de la causa autorice la venta.

Además, esta norma define la prioridad en el destino de los bienes decomisados y estableció la responsabilidad solidaria del fondo para responder frente a los sobrevivientes del delito de trata y explotación de personas por las restituciones y reparaciones económicas que, luego de ser ordenadas judicialmente, no pudieron ser satisfechas con los bienes del condenado (artículo 3).

## Conclusiones

La comunidad internacional ha reconocido a través de diversos instrumentos la obligación de reparar económicamente por el daño sufrido como consecuencia de un delito, especialmente, cuando se trata de una grave violación de derechos humanos.

En Argentina, si bien los códigos procesales del fuero civil y penal regulan la posibilidad de formular un reclamo por los daños y perjuicios provocados por el delito, lo cierto es que este tipo de demanda no tiene en consideración las especiales dificultades que deben atravesar las víctimas de trata de personas, suscitadas por el delito que padecieron, por su situación de vulnerabilidad y las vicisitudes propias de su contacto con el sistema penal, que muchas veces acentúa aquella condición. Estas circunstancias hacen que, en la práctica, sea imposible que quienes fueron atravesados por este delito puedan entablar un reclamo indemnizatorio.

Así se vulneran sus derechos a la reparación y de acceso a la jurisdicción, ambos con reconocimiento internacional. Al respecto, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, la Corte IDH fue contundente al sostener que no contar con un procedimiento adecuado que permita acceder a una reparación económica en un caso de trata de personas, era violatorio de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH. No quedan dudas, entonces, de que ante la situación de vulnerabilidad de los sobrevivientes, el Estado es responsable de proveer un recurso sencillo y efectivo para la protección de sus derechos.

10 Resulta importante la incorporación del decomiso de bienes provenientes del delito de lavado de activos, pues como bien señala Aboso (2013), los enormes beneficios económicos obtenidos a partir de explotación de las personas son incorporados al mercado y transformados o convertidos para ocultar su origen ilícito (p. 64).

Por ello, es inaceptable que quienes sufrieron tan aberrante delito no puedan contar con la reparación económica que les posibilite, de alguna manera, recuperar la autodeterminación que les fue arrebatada. La iniquidad de esta situación debe interpelar a los funcionarios judiciales y magistrados ante una legislación procesal que constituye una privación de derechos contraria al derecho internacional de los derechos humanos.

En este contexto, formulé como propuesta la implementación de un mecanismo sencillo, en el marco de un proceso penal, que flexibilice las formas y requisitos a efectos de ofrecer una solución sencilla y compatible con los estándares de derechos humanos para que los sobrevivientes en situación de vulnerabilidad obtengan una reparación económica integral. Basado en la doctrina desarrollada por la CSJN para admitir determinados recursos *in pauperis*, a este procedimiento lo he denominado “acción civil indemnizatoria *in pauperis*”. Se trata de una herramienta asequible que sería llevada adelante por el MPF, a instancias de la víctima, concomitantemente con la acción penal y despojada de las formalidades exigidas por el ordenamiento procesal penal en el que la acusación sería el momento en el que se precise la pretensión resarcitoria.

Esta idea poco convencional fue receptada por la CSJN que aceptó la desacralización del proceso con el propósito de asegurar el acceso a la justicia. En definitiva, la “acción civil indemnizatoria en forma *pauperis*” sería una alternativa que, al desacralizar las formas, confiere a las víctimas una vía de acceso a la jurisdicción, sin arriesgar su integridad física o la de sus seres queridos. Esta solución se enmarca en lo que se ha denominado “perspectiva de vulnerabilidad”, que no es otra cosa que un enfoque que necesariamente deben tener los funcionarios judiciales y magistrados para comprender la realidad de quienes entran en contacto con el sistema penal y así adoptar decisiones que contemplen soluciones acordes a dichas condiciones, aunque ello signifique relativizar ciertas formalidades cuyo rigorismo termina por configurar una violación de derechos humanos.

Ante la carencia en el ordenamiento interno argentino de una herramienta para cumplir con las obligaciones internacionales de reparar los daños ocasionados por las violaciones a los derechos humanos, se cuenta con la base legal y dogmática que sustenta la aplicación de la acción civil *in pauperis*, que se erige como una alternativa viable hasta tanto se implemente un mecanismo legal compatible con los estándares internacionales.

## Referencias

- Aboso, G. E. (2013). *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Editorial B de F.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (1981). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf)
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (1987). *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf)
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2014). *Los derechos humanos y la trata de personas 36*. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf)
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas [AGNU]. (2006). *Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_60-147/ga\\_60-147\\_ph\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_ph_s.pdf)
- Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas [AGNU]. (2011). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Sra. Joy Ngozi Ezeilo*. A/HRC/17/35. <https://undocs.org/sp/A/HRC/17/35>

- Cámara Federal de Casación Penal [CFCP], Sala I, Argentina. Cruz Nina, Julio César; Huarina Chambi, Silvia s/ trata de personas (30 de diciembre de 2016). <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/cruz-nina-julio-cesar-huarina-chambi-silva-s-trata-de-personas/>
- Cámara Federal de Casación Penal [CFCP], Sala II, Argentina. Quiroga, José Luis s/ recurso de casación (6 de abril de 2017).
- Cámara Federal de Casación Penal [CFCP], Sala II, Argentina. Montoya, Pedro y otras s/ recurso de Casación (12 de abril de 2018). <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/montoya-pedro-eduardo-y-otras-s-recurso-de-casacion/>
- Colombo, M., & Mángano, M.A. (2018) Breves notas sobre la reparación a las víctimas de trata de personas a través del recupero de activos. En M. V. Rodríguez (Comp.), *Reparación integral: un derecho de las víctimas de trata de persona* (pp. 85-100). Defensoría General de la Nación de Argentina.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2007). El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. <http://www.cidh.org/countryrep/Accesso-DESC07sp/Accessodesci-ii.sp.htm>
- Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas [ECOSOC]. (2002). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. E/2002/68/Add.1. <https://undocs.org/E/2002/68/Add.1>
- Consejo de Europa. (2005) *Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos*. <https://www.idhc.org/img/bulletins/files/ConveniodeConsejoEuropa-Trata%281%29.pdf>
- Consejo de Europa. (1998). *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Reparaciones y costas* (21 de julio de 1989). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas* (20 de octubre de 2016). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. *González, y otras (Campo Algodonero) c. México* (16 de noviembre de 2009).

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Fallos*, 138:157. <http://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=138&pagina=157#page=157>

CSJN *Fallos*, 312:2192. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=1481>

CSJN. Scilingo, Adolfo [*Fallos* 320:854] <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6191>

CSJN [23 de febrero de 2012]. Quinteros, Virginia s/su presentación. Q.43.XLV. Recurso de hecho. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=129331> y [https://www.mpf.gov.ar/dictamenes///2011/beiro/4-abril/quinteros\\_virginia\\_q\\_43\\_l\\_xlv.pdf](https://www.mpf.gov.ar/dictamenes///2011/beiro/4-abril/quinteros_virginia_q_43_l_xlv.pdf)

D'Alessio, A. J. (2005). *Código Penal comentado y anotado parte general*. La Ley Argentina.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Garantías para el acceso a la justicia, el rol de los defensores públicos oficiales .

Guías de Santiago sobre protección de víctimas-testigos (XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos [AIAMP], el 9 y 10 de julio de 2008).

Gutiérrez Rodríguez, M. (2017). Las víctimas ante la Corte Penal Internacional: ¿efectiva realización de los derechos de participación y reparación? En E. Maculan & A. Gil Gil (Coords.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva* (pp. 47-79). Dykinson.

Maier, J. (2012a). *Derecho procesal penal I*. Editores del Puerto.

Maier, J. (2012b). *Derecho procesal penal II*. Editores del Puerto.

- Oficina contra la Droga y el Delito, Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT) y sus protocolos*. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Oficina de la Droga y el Delito, Organización de las Naciones Unidas [UNODC]. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de Manuales sobre Justicia Penal*. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (s. f.). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- ONU Mujeres. (s. f.). *Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>
- Palazzi, P. (2000). El derecho a una defensa eficaz en el proceso penal. *Revista el Derecho*, 164, 624.
- Pozzo, M. (2012). Garantía para el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables. Empoderamiento de los Defensores Públicos Oficiales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(6), 159-162.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, Argentina. (2016). El testimonio de la víctima de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial. <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-V%C3%ADctima-Trata.pdf>

- Requena Espada, L., Giménez-Salinas Framis, A., & de Juan Espinosa, M. (2012). Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14-13), 13:1-13:28. <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-13.pdf>
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Argentina. *Montoya, Pedro y otros s/ inf. art. 145 bis -conforme Ley 26.482* (30 de noviembre, 2016).
- Tribunal Oral Federal 4, Argentina. *Tomasi, Silvio Ángel y otros s/trata de personas* (26 de septiembre, 2019). CFP 6013/2013/TO1.

# Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de vigilancia: una reflexión sobre nuestros patrones de juicio ético y su disfuncionalidad

Moral Circle, Law Exclusion and Surveillance Capitalism: A Reflection of Our Ethical Judgments' Patrons and Their Dysfunction

Círculo de moralidade, exclusão legal e capitalismo de vigilância: uma reflexão sobre nossos padrões de julgamento ético e sua disfuncionalidade

Oswaldo R. Burgos\*

Fecha de recepción: 21 de abril de 2021

Fecha de aprobación: 22 de julio de 2021

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10515>

**Para citar este artículo:** Burgos, Oswaldo R. (2022). Círculo de moralidad, exclusión jurídica y capitalismo de vigilancia. Una reflexión sobre nuestros patrones de juicio ético y su disfuncionalidad. *ANIDIP*, 9, 1-31.

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10515>

## Resumen

Nuestras sociedades exponen una insostenible fracturación de sus tramas inter-subjetivas por la que millones de personas son privadas de sus derechos, que sobreviven en territorios resignados por la juridicidad, negadas por el sistema que las excluye. Aunque la exclusión jurídica precede al capitalismo de vigilancia, esta resulta funcional a sus objetos de predicción y comercialización de identidades y conductas futuras. Los excluidos del derecho y los incluidos deficientemente son, en los términos de esta lógica, el descarte. En su primera parte, este ensayo defiende la noción de existencia de una retroalimentación y continuidad del sistema excluyente: más capitalismo de vigilancia supone más certeza en las conductas

\* Abogado por la Universidad Nacional de Rosario (UNR), Argentina. Posgrado en derecho de daños, por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y en antropología urbana por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Revisor de publicaciones sobre ética y justicia en la *Revista Internacional de Filosofía "Daimon"*, de la Universidad de Murcia, España. Premio al Mérito Jurídico del Colegio de Abogados de Rosario. Correo electrónico: [osvaldo@burgos-abogados.com.ar](mailto:osvaldo@burgos-abogados.com.ar)

futuras y, consecuentemente, más descarte, más exclusión. Para ello recurre a la lectura de Zuboff, anotando las implicancias necesarias de la fragmentación que esta autora describe, en un escenario de sociedades pauperizadas. Luego, a partir de una lectura de Benhabib, se compromete con la idea de que los esquemas de “éticas de círculo” —que hoy monopolizan el debate filosófico específico, desde la separación de las perspectivas éticas y jurídicas, que clausuran toda discusión sobre la eticidad de la justicia— legitiman y aceleran el proceso, naturalizando la pulverización del espacio político. Finalmente, desde una lectura de Fricker, la propuesta es hacer uso de las nociones conceptuales aportadas por esta autora en el marco del pensamiento feminista y —extrapolándolas al contexto de la exclusión jurídica, cuyas escalas el capitalismo de vigilancia acelera, en una concentración del saber, del poder y de la riqueza que las éticas de círculo legitiman— pensar desde ella una *ética de justicia* que avance sobre los prejuicios identitarios negativos que sostienen la injusticia epistémica y sustituya la compartimentación y el enfrentamiento como patrones de juicio por el reconocimiento al carácter intersubjetivo de cada subjetividad, construida y reconstruida continuamente en sus relaciones. En sentido estrictamente jurídico, esto significaría dejar de entender el derecho como un mecanismo de orden que se agota en la sanción, para empezar a entenderlo como una promesa común (un com-promiso) de evitación de los daños y minimización del impacto disvalioso de su inscripción en el entramado social, que obviamente incluye la sanción, pero que ya no puede agotarse en ella. Consecuentemente, esto llevará a sustituir el imperativo ético de jerarquizar lo intragrupal en las responsabilidades morales y jurídicas —que tiende a la perpetuación de la desigualdad y, en contextos de desigualdad obscena y recursos limitados, resulta naturalmente funcional a la institucionalización de prácticas corruptas y mafiosas— por un esquema que recepte la responsabilidad exigible del Estado en situaciones de marginalidad y marginación que hacen del respeto al derecho una exigencia heroica.

**Palabras claves:** capitalismo; exclusión; prejuicios; ética; justicia.

### **Abstract\*\***

Our societies expose an unsustainable fracture of their intersubjective plots by which millions of people are deprived of their rights and survive in resigned territories by the law, denied by the system that excludes them. Although law exclusion precedes surveillance capitalism, it is functional to its goals of prediction and merchandizing

\*\* Agradezco al profesor Martín A. Frúgoli, doctorando en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) Argentina, con estudios de posgrado en Law and Economics en Harvard Law School, en University of Oregon School of Law y en University of Chicago Law School (EE. UU.), por la elaboración de este abstract.

of future identities and behavior. Those who are excluded from the law and those who are poorly included are, in such context, the discarded. The first part of this essay defends the notion of the existence of feedback and continuity of the exclusionary system: more surveillance capitalism means more accuracy in the predictions of future behavior and, consequently, the more discard, the more exclusion. To do this, the author resorts to reading Zuboff, noting the necessary implications of the fragmentation that she describes, in a scenario of pauperized societies. Then, based on a reading of Benhabib, the author commits himself to the idea that the schemes of “circle ethics” —which today monopolize the specific philosophical debate, from the separation of ethical and legal perspectives, closing any discussion on ethics of justice— legitimizing and accelerating the process, naturalizing the pulverization of the political space. Finally, from a reading of Fricker, the proposal is to make use of the conceptual notions contributed by this author within the framework of feminist thought and —extrapolating them to the context of legal exclusion, whose scales the surveillance capitalism accelerates, in a concentration of knowledge, power and wealth that the moral circle legitimizes— to think from it of an ethics of justice that advances on the negative identity prejudices that sustain epistemic injustice. And that substitutes compartmentalisation and confrontation as patterns of judgment for recognition of the intersubjective character of each subjectivity, continually constructed and reconstructed in their relationships. In a strictly legal sense, this would mean ceasing to understand the law as a mechanism of order that is exhausted in the sanction, and understanding the law as a common promise (a commitment) to avoid harms and minimize the disvalued impact of its registration in the social network, which obviously includes the sanction but can no longer be exhausted on it. So consequently, this would mean replacing the ethical imperative of prioritizing the intra-group in moral and legal responsibilities —which tends to perpetuate inequality and, in contexts of obscene inequality and limited resources, is naturally functional to the institutionalization of corruption and Mafia practices— by a scheme that receives the enforceable responsibility of the government in situations of marginalization and marginalization that pays respect for the law through a heroic demand.

**Keywords:** Capitalism; exclusion; prejudice; ethics; justice.

## Resumo

Nossas sociedades expõem uma fratura insustentável de suas teias intersubjetivas por meio da qual milhões de pessoas são privadas de seus direitos e sobrevivem em territórios resignados pela lei, negados pelo sistema que as exclui. Embora a exclusão legal preceda o capitalismo de vigilância, ela é funcional para seus

objetos de previsão e comercialização de identidades e comportamentos futuros. Os excluídos de direito e os incluídos de maneira deficiente são, nos termos dessa lógica, o descarte. Em sua primeira parte, este ensaio defende a noção da existência de retroalimentação e continuidade do sistema excludente: mais capitalismo de vigilância significa mais certeza nos comportamentos futuros e, conseqüentemente, mais descarte, mais exclusão. Para tanto, recorre à leitura de Zuboff, observando as implicações necessárias da fragmentação que esta autora descreve, em um cenário de sociedades pauperizadas. Em seguida, a partir de uma leitura de Benhabib, se compromete com a ideia de que os esquemas da “*ética do círculo*” - que hoje monopolizam o debate filosófico específico, a partir da separação das perspectivas éticas e jurídicas, encerrando qualquer discussão sobre a ética da justiça - legitimam e aceleram o processo, naturalizando a pulverização do espaço político. Por fim, a partir de uma leitura de Fricker, a proposta é fazer uso das noções conceituais aportadas por esta autora no marco do pensamento feminista e - extrapolando-as para o contexto da exclusão jurídica, em cujas escalas a vigilância do capitalismo acelera, numa concentração de conhecimento, do poder e da riqueza que as éticas do círculo legitimam - pense a partir dela uma *ética da justiça* que avance sobre os preconceitos identitários negativos que sustentam a injustiça epistêmica e substituem a compartimentação e o confronto como padrões de julgamento pelo reconhecimento do caráter intersubjetivo de cada subjetividade, continuamente construído e reconstruído em suas relações. No sentido estritamente jurídico, isso significaria deixar de entender o direito como mecanismo de ordem que se esgota na sanção, para começar a entendê-lo como uma promessa comum (um compromisso) de evitar danos e minimizar o impacto desvalorizado de seu registro na rede social, que obviamente inclui a sanção, mas não pode mais se esgotar nela. E, conseqüentemente, substituir o imperativo ético de priorizar o intragrupal nas responsabilidades morais e legais - o que tende a perpetuar a desigualdade e, em contextos de desigualdade obscena e de recursos limitados, é naturalmente funcional à institucionalização de práticas corruptas e mafiosas - por um esquema que recebe a responsabilidade executória do Estado em situações de marginalidade e marginalização que tornam o respeito pelo direito, uma exigência heroica.

**Palavras-chave:** capitalismo; exclusão; preconceitos; ética; justiça.

## Introducción: Notas metodológicas

En lo metodológico, el ensayo establece primero sus bases teóricas para, luego de una breve descripción de las particularidades de la vida y el condicionamiento de la relación con el derecho en los territorios “liberados” del imperio de la ley, detenerse en la descripción de los distintos modelos éticos de jerarquización de lo intragrupal. Después de exponer ampliamente sus contradicciones insalvables y su disfuncionalidad jurídica —manifestada de manera irrefutable en la resolución insatisfactoria que cada uno de ellos sería capaz de ofrecer ante un dilema habitual— pasa a las conclusiones, en las que aporta los elementos que estima de consideración imprescindible para la elaboración de la *ética de justicia* que propone.

### 1. Shoshana Zuboff: La era del capitalismo de vigilancia

No es hechicería, es capitalismo: lógica de acumulación. No es el dios de Einstein y de Born perdiéndolo todo en una partida de dados; tampoco es Atenea alterando el destino de las flechas. Son Google, Facebook y otras divinidades menores haciendo de Silicon Valley un Olimpo, traduciendo a datos, cosificando, apropiándose de todo lo que ocurre en el espacio-tiempo, incluidos nosotros y nuestras conductas a futuro y aquellos que serán los que seremos.

“El capitalismo de vigilancia reclama para sí la experiencia humana, entendiéndola como una materia prima gratuita, que puede traducirse en datos de comportamiento” advierte Zuboff (2020). Y explica: ese *excedente conductual* se transforma en *insumos de procesos avanzados* que, mediado por *inteligencia de máquinas*, ofrece *productos predictivos* comercializables, en un *mercado de futuros conductuales*. No somos el producto, somos la fuente, afirma. Pero tal vez, en esta nueva instancia de *olvido del ser*, ahora como (id)entidad, ni siquiera seamos eso; ante la urgencia de minimizar el error predictivo, la tentación de intervenir es grande y el paso a la manipulación (el formateo) de las conductas, ínfimo.

Es ahí donde surge la *nueva forma de poder* que, según Zuboff (2020), signa esta era: el instrumentalismo.<sup>1</sup> Se trata de orientar la conducta de otros para los propios fines mercantiles, ofreciendo —cada vez más— accesibilidad a cambio de —cada vez más— dependencia. La adicción sostiene el servicio y exige, en el proveedor,

1 Aquí cabe una aclaración necesaria: en base a las descripciones aportadas por la misma Zuboff, preferimos recurrir a la introducción de este neologismo y no a la usual etiqueta de *instrumentalismo*, para caracterizar el tipo de poder que la autora denuncia. Así, porque no se trata de la simple jerarquización de la utilidad por sobre cualquier otra consideración, a la que suelen referir las concepciones filosóficas instrumentales, sino de la reducción de los sujetos a instrumentos y, consecuentemente, de la difuminación de la división sujeto-objeto. De modo que, si en lo instrumental los fines de la conducta subjetiva preponderan, en la igualación ontológica de las fuentes de datos conductuales a la que lo instrumental refiere, toda finalidad subjetiva deviene irrelevante y tiende progresivamente a desaparecer.

una aceleración constante de sus escalas: hay que vencer continuamente las *fricciones* —resistencias a proporcionar datos— y apropiarse crecientemente de espacios en los que la *minería extractiva de información personal* sea viable. Así se minimiza el riesgo de inversión de las empresas que participan en las subastas de nuestros *perfiles de usuario*, con el afán de vendernos, a su vez, sus propios productos o servicios: cuanto más fiable sea el cálculo de nuestra reacción ante una oferta, más dinero valdrá, y ninguna reacción es más fiable que aquella que se anticipa.

La pulverización del espacio político en una miríada de comunidades contingentes resulta consecuencia *necesaria y previsible* de la forma en que algunos (propietarios exclusivos del *saber oculto* de estos tiempos) eligieron ganar dinero. “El modelo instrumental propone una mente de colmena, en la que la presión grupal sustituye a la política y la certeza computacional a la democracia” (Zuboff, 2020). Para ratificarlo, la autora acude a Mark Zuckerberg: “la privacidad ya no es una norma social” (Zuboff, 2020).

Sin embargo, como suele ocurrir con las sentencias de los habitantes del Olimpo, este oráculo debe completarse en su interpretación. Cuando Zuckerberg habla de *privacidad* se refiere a la *privacidad de los otros*; es decir, a la nuestra. *Hacia adentro* la regla se invierte: los acuerdos de confidencialidad y el secretismo —que a veces impone la delación— son, en Silicon Valley, la norma. Los dioses lo saben todo de nosotros. Nosotros no sabemos nada de ellos. Estamos obligados a creer.

Fase previa del condicionamiento y sus implicancias éticas, el avasallamiento de la intimidad de personas y de grupos para predecir sus conductas solo es posible situándose *más allá* del derecho. En un estado de anomia<sup>2</sup> impera la lógica del conquistador: basta una declaración formal para ocupar territorios. Es esta lógica de ocupación —legitimada hoy por el temor al *terrorismo*, la retórica de seguridad y la “necesidad” del ciberpatrullaje— la que permite refinar perfiles de usuarios, para comercializar consumidores y votantes. *Control, extracción y oferta*: la última *fricción* a superar es la consciencia. El último territorio conquistable somos nos-otros, y en ese nos-otros, el yo.

Disgregando las sociedades en *poblaciones* y reduciendo a estadísticas toda construcción de sentido, el capitalismo de vigilancia “hace de la conducta humana la cuarta mercancía ficticia”, concluye Zuboff (2020). Para luego afirmar: “las tres anteriores: la tierra, el trabajo, el dinero, estaban sujetas a la ley (...pero] la mercantilización de la conducta humana futura se sostiene en la alegalidad” (Zuboff, 2020); es decir, en la anomia.

2 Zuboff (2020) habla de *suspensión del derecho* y de *estado de excepción*. Personalmente, prefiero hablar de anomia, para evitar confusiones, tanto con el *estado de excepción* de Agamben como con la *suspensión del derecho* del soberano de Schmit.

Nuestra primera pregunta es *¿qué pasa con las conductas futuras que nadie quiere comprar?* Si toda lógica de acumulación capitalista tiene sus desechos, su descarte —y si lo desechado por esta mercantilización anómica son *perfiles*, es decir, personas— *¿cómo pensar la exclusión jurídica y la inclusión deficiente, sin legitimar la segregación, las fronteras internas, la jerarquización de las vidas y las muertes?*

## 2. Un paso más: el problema del descarte

El trabajo de Zuboff (2020) no aborda esta problemática. La enuncia, pero no explora específicamente el campo que describe ni se explaya sobre sus implicancias. Su preocupación fundamental es nuestra instrumentarización sistemática a partir del uso de *aparatos inteligentes* que operan como dispositivos espías, en un proyecto de *certeza total*. De ahí el nombre que escoge para la nueva forma de poder que describe (*instrumentarismo*) en la que toda oferta de bienes o servicios obra como señuelo que nos atrae hacia unas operaciones extractivas en las que se rebañan y se empaquetan nuestras experiencias personales para convertirse en fines de otros.

No obstante, frente a esta determinación, algo debiéramos observar: la ubicuidad del sistema relativiza las diferenciaciones categoriales y difumina los límites. Esos “fines de otros” a los que alude la autora suponen la comercialización de “nuestras experiencias personales” empaquetadas, cuya adquisición justifica las “operaciones extractivas” que sostienen, a su vez, las acciones de *control* y *oferta* sobre nuestras conductas subastadas. No se trata de intervenciones aisladas ni de un mecanismo unidireccional que permita identificar “señuelos” externos para su reinicio. Lo propio de un sistema ubicuo es su carácter incesante. Esa continuidad exige su retroalimentación.

Es precisamente en la exigencia de retroalimentación donde nuestra realidad nos obliga a un paso más: la fracturación de nuestras tramas intersubjetivas introduce una distorsión en el esquema descrito por Zuboff (2020), deslindando *ofertas* y *controles* y direccionándolos hacia poblaciones segregadas, en equilibrio inestable.

Por un lado, somos parte de un mundo globalizado. Hacia adentro de las líneas de legitimidad que nuestros Estados marcan, en la continua retracción de la vigencia material de sus órdenes jurídicos, ya no hay lugar “para sombras, ángulos muertos u oscuros”. Es la pretensión del *index* total, la rendición del mundo físico al mediado, que nos confisca el tiempo futuro, exiliándonos de nuestras propias conductas. Por otro lado, expresamos también una forma propia de habitar ese mundo: hacia afuera de lo legítimo, tales “sombras, ángulos muertos u oscuros” sostienen la invisibilidad de una *población* indexada por el sistema penal y el *poder de policía*.

Los pobres son públicos y en tanto públicos, apropiables en ejércitos informales. En su estigmatización como acechantes, exiliados del tiempo presente, se ven sometidos a los señores de cada *neofeudo*.

Zuboff (2020) denuncia que la *telemetría*, ideada hace más de un siglo para el seguimiento y estudio de animales en contextos de libertad controlada, se aplica hoy a rastrearnos. Si en septiembre de 2001 pasamos de ser inocentes a ser sospechosos, con el triunfo del capitalismo de vigilancia pasamos de ser sospechosos a ser condenados en libertad condicional.

Desde la perspectiva de su *imperativo categórico de instrumentarización*, el sistema extractivo no ve ningún problema ético en eso. Para este, “todas las cosas animadas e inanimadas —en tanto igualmente traducibles a datos— comparten el mismo estatus existencial” (Zuboff, 2020). Pero el problema ético de esa *igualación* es obvio y refracta tanto en la producción de desigualdad a escalas inauditas, que la optimización predictiva acelera con su direccionamiento de ofertas y controles, como en la acumulación de descarte, en *perfiles no comercializables*; vidas bajo el umbral de *instrumentarización*, desechos irrecuperables que no importan.

Lo reconozca o no, toda lógica de acumulación económica supone un problema ético. En nuestras sociedades desiguales, frente a esta lógica de acumulación en particular, ese problema ético —¿qué es lo bueno, qué es lo correcto para nos-otros?— deviene en un dilema jurídico: ¿cómo defender la credibilidad en un orden de derecho que legitima la exclusión, articulando una retórica de igualdad?

### 3. Seyla Benhabib: Los derechos de los otros

La intertextualidad de estas incógnitas nos inscribe directamente en el segundo de los ejes que signan nuestra perspectiva: el problema del nos-otros y la complejidad insita en su noción conceptual, que desaconseja su adopción como categoría epistémica. ¿Quiénes somos nos-otros? ¿Dónde emplazar legítimamente esa frontera interna, siempre inestable además? ¿Qué queremos decir cuando decimos “nuestro”?

Si es bueno creer en “nuestro” orden de derecho —y es incluso imprescindible no descreer absolutamente de este— no parece correcto sostener esa creencia cuando se trata de un sistema jurídico que naturaliza la exclusión y la inclusión deficiente de esos *otros-de-nos* que acechan, desde su segregación, “nuestra” seguridad establecida de *sujetos con derechos*. Lo plausible, sostengo, no es desplazar y reemplazar esa frontera, sino asumir un doble com-promiso: difuminarla en lo ético y disolverla en lo jurídico.

Diferenciando entre “los otros generalizados” del derecho y “los otros concretos” de la ética, Benhabib (2006) postula una “estructura narrativa de las acciones de identidad personal” (p. 23) en la que la identidad del ser, constituida como unidad narrativa, integra lo que “yo puedo hacer” con “lo que se espera de mí”.

Esta es una visión inestimable para pensar el problema de la exclusión jurídica. Soy autor de la narración que actúo —y tengo lugar en ella— pero si puedo proyectarla al mundo es porque, además, tengo *un* lugar en una *conversación plural* que me precede y me trasciende. No hay subjetividad fuera de lo intersubjetivo. “En un último análisis, las concepciones del ser, de la razón y de la sociedad, y las visiones de la ética y la política, son inseparables” (Benhabib, 2006, p. 20). Para esta autora, toda narración de identidad colectiva expresa una *síntesis contingente* de sus “adentros” y sus “afueras” en incesante redefinición. Es en la garantía de continuidad de esas ponderaciones discursivas, sin afán de convergencia ni respuestas últimas que

- a. El *punto de vista del otro generalizado* nos exige reconocer a todos la misma capacidad de proyectar sus identidades narrativas en la conversación plural, eligiendo qué ser y qué hacer de sí mismos, con plena disposición y protección jurídica de su tiempo futuro.
- b. El *punto de vista del otro concreto* nos obliga a respetar el sentido construido por cada uno en esa proyección, atendiendo a la singularidad de su historia y de su *constitución afectivo-emocional*, con igual reconocimiento.

Estos puntos de vista no se excluyen, se complementan. Un derecho desentendido de las particularidades subjetivas de aquellos sobre quienes impera, se reduce a un compendio de declaraciones formales. Una ética que prescinde de toda síntesis colectiva, se agota en un elenco de buenas intenciones.

Quien solo puede contarse en tercera persona, desde la perspectiva de los demás, no es un sujeto autónomo. Quien, por su parte, dispone únicamente de la primera persona para contarse, se aísla. En su disolución de las fronteras internas, el derecho debe garantizar la autonomía; en su difuminación de la segregación, la ética debe sobreponerse al aislamiento. Una y otro articulan promesas políticas inasimilables, pero igualmente imprescindibles.

Sin embargo, el *respeto por todos* y la *preocupación por los más cercanos*, no conforman un par de opuestos sino los extremos de un continuo ponderable en atención a las circunstancias; no expresan lealtades en tensión ni se disponen, tampoco, en círculos inflexibles. Parece obvio: *el reconocimiento de la igual dignidad* no lleva necesariamente a la *amistad*, pero tampoco la impide. *La amistad*, por su parte, exige el *reconocimiento de la igual dignidad* del amigo.

#### 4. Frente al abismo: fronteras internas y no reciprocidad

“Somos como viajeros navegando por un terreno desconocido con la ayuda de viejos mapas, hechos en un momento diferente y en respuesta a necesidades diferentes”, advirtió Benhabib (2005, p. 17) hace más de una década, en un diagnóstico que cada vez tiene mayor autoridad. Además, agregó: “no pretendo tener un mapa para reemplazar el antiguo, pero espero contribuir a una mejor comprensión de las líneas de falla emergentes del territorio desconocido que atravesamos” (Benhabib, 2005, p. 17). Esa misma intención animó a Zuboff (2020), en su descripción de la nueva lógica de acumulación capitalista (el capitalismo de vigilancia) y de la forma de poder a través de la que se despliega (el instrumentalismo).

Ambas autoras denuncian un idéntico problema: el quiebre de la reciprocidad que resulta de la concentración de ciertos bienes fundamentales (el conocimiento, la protección jurídica) y de las desigualdades extremas consecuentes que la institucionalización de tales asimetrías naturaliza.

- a. En la investigación de Zuboff, la escandalosa concentración del saber tecnológico termina con la tradicional reciprocidad capitalista entre productores y consumidores, mediada por la mercancía.
- b. En la de Benhabib, la igualmente escandalosa concentración de los derechos en un grupo de ciudadanos, rompe toda reciprocidad entre derechos y obligaciones, negando a “los otros” la condición de agentes morales, mediada por la soberanía. Luego, exime a los primeros de la obligación moral de justificar racionalmente, ante ellos, las acciones que los afecten, excluyéndolos de la conversación común en la que lo intersubjetivo se construye.

“Desde el siglo XVIII, el racionalismo ético ha promovido una ceguera moral con respecto a la experiencia y a las necesidades morales de las mujeres, los niños y demás ‘otros no autónomos’, señala Benhabib (2005, p. 52), y recurriendo a Arendt, reafirma: “no nacemos iguales; nos volvemos iguales como miembros de un grupo, basados en nuestra decisión de garantizarnos mutuamente derechos iguales” (Benhabib, 2005, p. 52).

Ese grupo, en nuestras sociedades latinoamericanas, coincide formalmente con el conjunto amplio de los *residentes*. Sin embargo, materialmente se limita a una *membresía* reducida, circunscrita a quienes habitan los territorios no resignados por la institucionalidad. Al otro lado de las fronteras de lo legítimo, la *ceguera moral* con respecto a experiencias y necesidades de los sujetos “no autónomos” —quienes, recordémoslo, solo pueden contarse en tercera persona, y aquí se cuentan desde la perspectiva de lo que la institucionalidad *espera de ellos*— los excluye

jurídicamente. Es decir, los vuelve invisibles como sujetos, acordándoles derechos vaciados de contenido que no están en condiciones de ejercer.

Este abismal distanciamiento entre lo real de nuestros sistemas jurídicos y su institución imaginaria, supone la naturalización de la injusticia como forma de derecho, que refracta hacia las dos instancias que integran la *estructuración narrativa de la identidad personal*: en lo intersubjetivo, con la desvalorización colectiva que supone la estigmatización de los grupos excluidos o incluidos deficientemente en la redefinición de las identidades comunes, y en lo subjetivo, con la sistematización de prácticas de rechazo o relativización de cualquier actuación de los miembros de esos grupos, instituida como norma en la construcción del sentido social.

Nuestra tercera autora, Miranda Fricker, es quien aporta las nociones conceptuales para pensar, en la materialidad de los sujetos y de los grupos situados, las particularidades de ambas formas de injusticia, que caracteriza como *epistémicas*; a las que llama, respectivamente, *injusticia hermenéutica* e *injusticia testimonial*.

## 5. Miranda Fricker: injusticia epistémica

“Vuestra desgracia es no ser. Y es una desgracia ineluctable”, con este relato de Ballanche, Ranciere (1996, p. 41) recurre a la contundencia de semejante expresión para definir el *desacuerdo*. En su relato, Ballanche la pone en boca de “un patricio romano”, quien así se dirige a “los plebeyos”, durante la retirada de estos al Aventino (*secessio plebis*). La sentencia resulta gráfica:

- a. Por la lisa y llana negación del ser a los miembros del grupo no reconocido en la institución *imaginaria* de la identidad común.
- b. Por su *simbólica* atribución a “un patricio romano”, que puede ser “cualquier patricio romano”, y supone así una convicción compartida por todos ellos.
- c. Por la determinación genérica de “los plebeyos” —de “todos los plebeyos”— como destinatarios, tornando invisible, en lo *real*, la singularidad de cada uno.

La negación ontológica —los plebeyos *no son algo distinto* a los patricios ni a la *humanidad*, llanamente *no son*— instaura un prejuicio excluyente. Luego, la atribución del carácter ineluctable a esa *exclusión*, lo dogmatiza. Así, como dogma, el prejuicio funda lo jurídico y emplaza lo moral, naturalizando en lo epistémico, la injusticia. Esto es lo que Fricker (2017) llama *prejuicio identitario negativo*, que define como un “prejuicio contra las personas que a tipos sociales” que inscribe necesariamente el rastro de la *injusticia epistémica* en la huella más amplia de la *injusticia social*.

En nuestro ejemplo, los patricios no lesionan la *dignidad humana* de los plebeyos; directamente los niegan, no únicamente en su humanidad, sino también en su existencia. Es un caso extremo. Otros relatos de la *seccesio plebis* cuentan que a partir de esta acción política los patricios supieron que los plebeyos hablaban: hasta ahí pensaban que sus bocas no hacían más que ruido. Hoy nos inclinamos a creer que en estos tiempos nadie defendería tal cosa; pero tal vez sea solo que no hay quien se anime a sostenerla abiertamente: cuando movimientos feministas denuncian la normalización del silenciamiento de las mujeres en ciertos contextos discursivos sexuados, no hacen más que exponer lo que subyace tras nuestras formales declaraciones de igualdad.

Sin atribución de credibilidad, no hay reconocimiento, y sin reconocimiento, no hay voz. Para los *sujetos-sin-derechos* que habitan los territorios privados de legitimidad en nuestras sociedades fragmentadas, esa violencia no es incidental (no se circunscribe a ciertos ambientes sociales), sino ubicua: donde la fuerza es ley, no hay excepción ni anomia, hay dominio. *La desigualdad* estructural, sostiene Fricker (2017), es *opresión*. Así, *la encrucijada de tres caminos* que signa nuestra perspectiva queda, por fin, conceptualmente emplazada:

- a. El *instrumentarismo* denunciado por Zuboff (2020), produce la división de la sociedad en una miríada de grupos ínfimos.
- b. La *membresía* impugnada por Benhabib (2005), concentra el reconocimiento en algunos de esos grupos, excluyendo de la identidad colectiva a los restantes.
- c. El *prejuicio identitario negativo* observado por Fricker (2017), remarca el quiebre: los otros “no son de los nuestros, no son como nosotros”; ergo, *no son*, por lo tanto no *debieran* importarnos.

“En cuestiones de injusticia epistémica, lo ético es político”, escribe Fricker (2017). Cuando sistemáticamente ciertas personas no son tomadas en cuenta, las demás tienden a no considerar su palabra; luego, ellas mismas dudan de su veracidad, convalidando el estereotipo que las excluye. Hecho dogma, el prejuicio se autocumple, y el daño a la dignidad se legitima. Entonces, en su forma *hermenéutica*, la *injusticia epistémica* priva a los excluidos de la identidad colectiva —los que *no importan*— de los recursos de interpretación necesarios para comprender su exclusión. Mientras en su forma *testimonial*, mina metódicamente su credibilidad, hasta negarlos.

## **6. La caída: perversión, construcción causal, justificación retrospectiva**

El *poder social* es, según Fricker (2017), “la capacidad práctica socialmente situada para controlar las acciones de (los) otros” y puede ejercerse, tanto de manera

activa, a través de la acción de un agente, como pasiva por el hecho de su presencia estructural y el temor derivado del conocimiento de sus alcances. El *poder identitario* es una de sus formas, que se sostiene sobre la institución imaginaria de ciertas concepciones comunes (estereotipos prejuiciosos negativos) compartidas también por los sojuzgados: quienes *no debieran importar*(nos) carecen, en sí mismos, de importancia. Aunque el derecho no se los dice abiertamente —afirmando, en su retórica formal, precisamente lo contrario— se los muestra y demuestra de manera continua en su naturalización de la desigualdad estructural —es decir, en su legitimación institucional de la opresión— haciendo que lo crean.

*Villas miseria, favelas, tugurios, campamentos*: los nombres de los territorios resignados por la juridicidad tras el emplazamiento de cada frontera interna de lo legítimo, cambian con los países, pero la huella de violencia social —y en ella, el rastro de injusticia epistémica— que designan, permanece idéntica: a esos espacios, la promesa jurídica de evitación de los daños y minimización de sus impactos negativos en la proyección narrativa de la propia subjetividad —razón de ser del derecho— no llega. El derecho a una vida digna es negado allí; la misma esperanza de sobrevivencia resulta amenazada.

Un niño que nace en cualquiera de esos lugares, probablemente viva según las estadísticas —y el saber ahora es estadístico, según vimos con Zuboff (2020)— varias décadas menos que otro que nace a algunas cuadras de distancia, en la misma ciudad, del lado *correcto* de la frontera de lo legítimo. Si esa no es una cuestión ética, no sé qué otra cosa lo sea. Si la naturalización de una asimetría semejante no expresa un problema jurídico, no sé qué más pueda expresarlo.

Claramente, el Estado debe asumir su responsabilidad jurídica por situaciones de indigencia y pobreza extrema, en las que los derechos a la probabilidad cierta de articulación de un proyecto vital resultan ilusorios; con el mandato irrenunciable de prevenir los daños y luego —en la medida de aquellos que no puedan evitarse— minimizar las consecuencias disvaliosas de su inscripción en el entramado social.

*¿Podrán los epistemólogos recuperar su disciplina implosionada por el análisis conceptual?* Eso se pregunta Fricker (2017) al inicio de su investigación y se propone focalizar su reflexión sobre *las prácticas epistémicas tal como las desarrollan unos sujetos socialmente situados* y, a la vez, sustituir el paradigma tradicional que toma a la justicia como norma —y piensa desde sus definiciones— como el reconocimiento de la *injusticia epistémica* y la centralidad, en ella, del comportamiento del *poder*.

¿Podrán los juristas desprenderse de su apego a la formalidad y de su concepción disciplinaria del derecho como sanción —herramienta del poder social— para concebirlo como promesa de evitación de los daños y minimización de sus consecuencias —en la resistencia y en el registro de los avances en las redefiniciones identitarias colectivas—? Eso es lo que cabría preguntar aquí.

Objetividad no es neutralidad. La neutralidad es una ficción peligrosa: *en los intercambios discursivos, ninguna parte es neutral*: ni la parte residual institucionalizada en su hipóstasis *del todo* ni las partes exiliadas al *no-ser* de la invisibilidad, como si fueran *nada*. El *perverso mecanismo de construcción causal* opera entre ellas retrospectivamente, justificando la exclusión y la inclusión deficiente, con su transformación de la víctima en amenaza. Si algo debe transparentarse en un abordaje crítico de la justicia es la institucionalización de la desigualdad: “No hay —no puede haber— cambio social, sin reforma de nuestros patrones de juicio” (Fricker, 2017). En esa reforma (o mejor, sustitución) haríamos bien en desprendernos de la ilusión de separación entre *nuestra convicción sobre lo bueno y las formas posibles de justicia* que elegimos esperar.

Sin inscribirse en una teoría de justicia, la ética es, en el mejor de los casos, *un elenco de buenas intenciones*. Sin integrar una ética que recepte el compromiso social de *igualación*, las teorías de justicia —así, meros *compendios de declaraciones formales*— devienen en instrumentales *justificaciones del poder*. Cuando el derecho te muestra y te demuestra que tu vida no vale y que tu muerte no importa, ¿respetarías, como buen ciudadano, el valor de la vida de los demás?

## 7. ¿Quiénes somos nosotros? Segregación y peligrosidad

Salvo excepciones heroicas y posturas hipócritas, la respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de exigir *la justa valoración positiva* de la vida ajena a aquel a quien se impone continuamente *la inmoral valoración negativa* de su propia vida será comprensiblemente negativa. En tanto el derecho debe descartar los heroísmos —y el pensamiento crítico exige superar las hipocresías— podemos dar por válida la negación y *reformular nuestros patrones de juicio* a partir de ella. Aun una ética puramente autointeresada debería incluir, entre sus convenientes definiciones de lo justo, un cierto grado de *igualación* que materialice el respeto a la dignidad ajena.

Aunque en los textos de los biólogos, que desde hace décadas monopolizan los debates sobre filosofía moral, suela leerse una famosa ironía de Ghiselin —“araña a un altruista y verás sangrar a un hipócrita” (de Waal, 2006)— cualquier abordaje crítico revelará la inoperancia de esa proposición ingeniosa. La hipocresía de los sistemas formales ni siquiera es altruista y el altruismo también niega la reciprocidad: *no hay, no puede haber, cambio social*, sin reivindicación política de lo recíproco.

Así, entonces, un pensamiento de la justicia no es un pensamiento de la solidaridad ni de la empatía, sino del reconocimiento de la *igual dignidad* y de los mismos derechos, materialmente exigibles. Una ética de lo justo, por su parte, no es una ética del desprendimiento ni del cuidado, sino de la responsabilidad y de la no discriminación. Por eso decíamos, con Benhabib (2005), que el compromiso del derecho —afirmado en el *punto de vista del otro generalizado*— es el de disolver las fronteras internas, y la promesa de la ética —sostenida por el *punto de vista del otro concreto*— es la de difuminarlas.

La preocupación por los más cercanos resulta tan irrenunciable como el respeto por todos, pero tal y como la *diferenciación moral* ha de preservarse —aunque el orden de cercanías no exprese siempre la mejor opción, aun cuando resulte indeterminable en ciertas ponderaciones e incluso a pesar de que en otras deba ser moralmente relegado, es absurdo pensar que todos nos importen igual—, la *igualación jurídica* deviene imperiosa para la fiabilidad de la narración de nuestra identidad común. En esto, defendemos la idea de que Benhabib (2005) también debe leerse desde Fricker (2017).

El derecho que legitima la exclusión, excluye. Desde una mirada holística y heterónoma, un nos-otros jurídicamente excluyente, es un nos-otros éticamente inaceptable. Tal es la mirada que vengo a sostener aquí: de acuerdo con la tesis que pretendo argumentar, los sistemas éticos de compartimentación de lealtades —sistemas “de círculos”, coherentes con una perspectiva de *reduccionismo científico*— resultan muy peligrosos en nuestras sociedades latinoamericanas, atravesadas por territorios de exclusión identitaria y de injusticia social obscena. Entiendo que, en su articulación del imperativo “protege a los tuyos” como máxima universalizable, los esquemas de ese tipo refuerzan la imposición dogmática del prejuicio estructural negativo en tres instancias distinguibles:

- a. En lo imaginario, porque parten de la presunción de que los “no-míos” configuran una amenaza de la que debo protegerme y a cuya agresión debiera anticiparme —aun cuando atribuyan una *bondad natural* al ser humano *generalizado*, me instan a temer *al otro concreto*—.
- b. En lo simbólico, en tanto instauran como norma la *indiferencia* hacia los “no-cercanos”, impulsándome a evitar su trato para minimizar el peligro —por respeto a *la seguridad de los que (me) importan*—.
- c. En lo real, en cuanto construyen sobre los *ajenos* a todo círculo de protección, el estereotipo de lo naturalmente extraño, el estigma de lo esencialmente otro —objetivándolos como responsabilidad del Estado, situándolos en condición de *res-pública* apropiable—.

La primera de estas instancias (lo imaginario) instaaura el miedo. La segunda (lo simbólico) normaliza la sospecha. La tercera (lo real) alienta la delación. Así, en las versiones fuertes de esta clase de concepciones teóricas —por ejemplo, en el “círculo de moralidad” de De Waal (2006)— lo intersubjetivo, lo político y lo social se disgregan ante fronteras internas, remarcando a trazo grueso una *sentencia previa*: *Primero, nos-otros*. Sin embargo, en los *adentros* y en los *afueras* de ese pronunciamiento, la *cuestión hermenéutica* permanece sin resolver: *¿quiénes somos nos-otros?*

Si, como anticipamos, nos-otros es un término complejo —incluye igualmente a *nos* y a los *otros* de nos— que funciona mal como categoría epistémica, su emplazamiento en la centralidad de un sistema ético torna al sistema tan incierto —en tanto se despliega desde una construcción de sentido ambigua y contingente— como indeterminado —en cuanto no disuelve ni resuelve el conflicto de lealtades idénticas o inconmensurables en el del grupo que privilegia—. Remontando sus fuentes, los planteamientos de esta clase descubren invariablemente en su origen a un sujeto aislado, que solo puede contarse desde sus propios términos: *nada hay más mío que yo*. No obstante, esta miríada de *yos*, desde cuyas proyecciones las vidas se jerarquizan —esperando, según su situación, protecciones e indiferencias— no es más que una turba de *individuos desintegrados*. Cuando observa que el *capitalismo de vigilancia no impera sobre sociedades sino sobre poblaciones*, Zuboff (2020) está diciendo precisamente eso.

Todo límite es político, toda jerarquización supone una valoración ética. Jurídicamente, aun en la incertidumbre y desde la indeterminación, debemos decidir, hay que responder. “La justicia, por muy no-presentable que sea, no espera (...) una decisión justa es necesaria siempre, inmediatamente, enseguida, lo más rápido posible” (Derrida, 1997, p. 60).

## 8. El círculo de moralidad y su biologismo

La cita que cierra el parágrafo anterior resulta doblemente significativa. La afirmación de la urgencia como temporalidad irremplazable de la espera de justicia parece muy difícil de discutir, en tanto una justicia que llega tarde se agota en lo simbólico y actúa en lo real, su negación; es decir, no llega *como justicia*. Pero, además, señala ciertas particularidades sobre las que es necesario reflexionar:

- a. Estando *siempre por venir*, la justicia *es* (debe ser) *siempre posible*.
- b. Siendo *siempre posible*, es *no-presentable*: no es algo que *pueda hacerse*, ni que “sea”.
- c. Hay *actos justos*, pero no *actos de justicia*. Cada vez que lo justo se actúa, la espera por *más justicia* se legitima y se (re)inaugura.

Precisamente, por esa permanencia inquebrantable en su condición de posibilidad, la justicia no es *un acontecimiento* sino la *condición del acontecimiento*: su espera es la garantía del no-cumplimiento de la historia. Es decir, de su continuidad incesante como derecho *al tiempo futuro*. La justicia, dice Derrida (1997), es la *experiencia de la alteridad absoluta*. Luego:

- a. Si la *alteridad es la condición de ser otro*, no hay justicia en la negación del ser: actuar justamente con los plebeyos es, para el patricio romano de Ballanche, inconcebible.
- b. Si la justicia es la *experiencia de la alteridad absoluta*, el reconocimiento del ser que exige no puede estar condicionado por una *membresía* o pertenencia categorial: los estereotipos son necesarios, asiente Fricker (2017), pero suelen ser injustos.

Pensamos con estereotipos y sería por demás ingenuo que esperáramos justicias infinitas. Pero de ahí a convalidar la segregación *por membresías* y hacer del *prejuicio identitario un deber ser*, la distancia es grande. Por eso el *círculo de moralidad* resulta peligroso en nuestras sociedades asimétricas: por la *bondad natural* que atribuye *al hombre generalizado* se opone a Hobbes, pero en su *naturalización de la defensa intragrupal* lo exagera. Postular la lealtad “para los míos” como un deber moral incondicionado viola el *principio de Hume* haciendo de lo evidente un mandato. Luego, en esa lealtad “para los míos” —expresada en imperativos que han regido épocas históricas en nuestros países, con formulaciones del tipo “para nosotros, todo; para los enemigos, ni justicia” — alienta claramente las prácticas corruptas (para nosotros, todo) y mafiosas (para los enemigos, ni justicia).

Pero, ¿qué es el *círculo de moralidad*? Básicamente, una ética de la empatía. De acuerdo con De Waal (2006), *somos empáticos por naturaleza*. Entre nosotros la empatía es una cuestión de “*contagio emocional*”. Provenimos de una inabarcable stirpe de monos empáticos, interdependientes, gregarios y desiguales. Eso seguimos siendo; mientras nos interese sobrevivir como especie, debiéramos *tener nuestra naturaleza por ley*.

A diferencia de Hobbes, De Waal (2006) está convencido de que no hay un momento de quiebre en la evolución. La moralidad es emotiva, dice con Hume, no responde al egoísmo racional sino a los mandatos de la especie. Los humanos podríamos no ser tan racionales (ni tan egoístas) como creemos: “*celebramos la racionalidad, pero a la hora de la verdad le asignamos un peso muy pequeño*” (Macintyre, citado por de Waal, 2006). Luego, explica: todos los simios compartimos un núcleo de mecanismos empáticos básicos y desde este *la evolución ha dado lugar a especies que siguen impulsos cooperativos*; las formas más complejas de la moralidad incluyen

en sí mismas a las más simples, siguiendo un modelo de “muñecas rusas”. La ética es un problema de biólogos evolutivos, no de filósofos.<sup>3</sup>

Desde esta perspectiva, la adscripción al comunitarismo es inevitable. *La moralidad es un fenómeno orientado hacia el grupo* —una estrategia de supervivencia— y solo esperable (y exigible) en su interior. Así, entonces:

- a. La expansión hacia los *afueras* de la comunidad es impensable salvo momentos reversibles de extraordinaria holgura de recursos.
- b. Aun cuando en extraordinarias épocas de prosperidad podríamos interesarnos por aquellos que están situados fuera de nuestro círculo inmediato, *un escenario en el que todos tuvieran la misma importancia choca contra las estrategias de supervivencia* propias de nuestra naturaleza.
- c. El compromiso con los círculos interiores —la familia, el clan— contrarresta la inclusión moral y limita la capacidad de expansión: *la lealtad es una obligación moral*, por eso en épocas de guerras —cuando la estrechez es más extrema— la traición a la propia tribu o nación resulta censurable. Ampliar los círculos a costa de la obligación intragrupal supone tanto un *fracaso moral* como una *injusticia*.
- d. “No se trata únicamente de que tengamos prejuicios a favor de los círculos situados más al interior”, concluye De Waal (2006), se trata “de que debemos tenerlos”.

Los problemas filosóficos de esta *ética de la empatía* surgen de su pretensión de prescindir de toda filosofía. De Waal (2006) admite que para comprender el *concepto de justicia entre los simios* hay que aceptar una diferencia sustancial que lo distingue de la concepción humana: “ciertos simios demostraron tener expectativas sobre cómo debería tratarseles, pero no (sobre) como todos los demás a su alrededor debían ser tratados” (p. 78).

Ahí es cuando la reflexión integrada *sobre lo que puedo hacer y lo que se espera de mí* —el yo— relativiza el paradigma: las *muñecas rusas* son idénticas, salvo en tamaño; si este fuera el modelo, las diferencias sustanciales no deberían existir.

Esa es una observación teórica, pero también hay observaciones prácticas: la rígida jerarquización del nos-otros —indeterminado e incierto—, que el esquema propone, no siempre coincide con “la naturaleza de la especie”. Coincida o no, de esa naturaleza —como el mismo Hume enseña— no puede inferirse un deber ético. El niño de una villa que sobrelleva con alegría sus indescriptibles carencias no llora por la injusticia de su propia situación ni por la muerte de un pariente,

3 “Ha llegado el momento de que la ética se aleje de las manos de los filósofos y se adentre en el terreno de la biología” (Wilson, 1979, citado por de Waal, 2006).

pero sí por la muerte de su perro. La joven idealista que dedica todo su tiempo a militar en organizaciones que intentan aliviar el hambre en el mundo, no participa en organizaciones de ayuda social en su propia ciudad. La señora jubilada que colabora como voluntaria en un orfanato, no comparte ese tiempo con sus propios nietos. Sinceramente, no creo que ninguno de ellos esté actuando de manera inmoral.

Podría intentar defenderse el *círculo de moralidad* argumentando que se trata de una *ética de opciones, válida para situaciones límites*: si tuviera que elegir entre la muerte de su perro y la de su madre, el niño no dudaría; si la organización en que la joven milita le ofreciera un programa en su ciudad, ella tal vez lo apoyaría con mayor entusiasmo; si sus propios nietos se quedaran huérfanos, seguramente la señora jubilada restaría tiempo al voluntariado para dedicarse a ellos. Pero la espera de justicia, lo sabemos, no es episódica sino incesante —la madre, los necesitados de ayuda, los internos del orfanato no pueden archivarse hasta la próxima elección— y entonces, una *ética de opciones, no es una ética justa*.

El ejemplo de la guerra como epítome de lealtad, que De Waal (2006) utiliza, parecería indicar que su apreciación de la moral es simplemente la de un método de resolución de conflictos. Eso es justamente lo que expresa cuando afirma que “las normas morales crean un *modus vivendi* entre ricos y pobres, gente sana y gente enferma, viejos y jóvenes, casados y solteros, y así sucesivamente” (de Waal, 2006, p. 207) como si todas las oposiciones fueran asimilables, como si la distribución de riquezas no fuera un problema moral, como si ser *rico o pobre* formara parte *de lo dado*. Los biólogos que hoy monopolizan el debate ético parecen hacer suyo el determinismo del patricio romano de Ballanche: se es patricio o plebeyo, se es rico o pobre como se es orangután o humano: ineluctablemente.

Aceptando tales *patrones de juicio* es imposible pensar *la desigualdad extrema como opresión*. Ninguna sociedad que se instituya imaginariamente a sí misma desde una ética de opciones —y así se instituyen en lo imaginario nuestras sociedades, según se expuso en las campañas oficiales que instaron a la gente a preocuparse por “los suyos” durante la presente pandemia— puede esperar un acto justo que sea, a la vez, una acción moral.

## 9. Hierocles y la doctrina de la oikeiosis

No todas las éticas que parten desde el reconocimiento de la compartimentación del espacio intersubjetivo son éticas de opciones ni pueden resumirse en pautas para la resolución de conflictos. Tampoco todos los sistemas que reconocen la oposición de lealtades toman como referencia a la guerra ni asumen ineluctable

la situación de los sujetos en la *identidad colectiva*. Algunos hacen justamente lo contrario, desde hace siglos.

Hierocles, el estoico, fue un filósofo romano del siglo II, autor de la doctrina de la *oikeiosis*. Bajo ese nombre, pensó una ética de círculos concéntricos en torno a la propia mente, cuyo primer círculo era el cuerpo —“y todo lo que se asume por su bien”—; el siguiente, la familia inmediata —padres, hermanos, esposa e hijos— y así, en ampliación gradual, hasta “el círculo más extenso y más grande, que comprende todos los demás círculos, el de la raza humana” (Nussbaum, 2012, p. 426).

Las diferencias de este esquema con el *círculo de moralidad* de De Waal (2006) son absolutas. El centro no está aquí en el *nos-otros*, sino en el *yo*. Pero el *yo* del estoico es un yo profundamente interiorizado, despojado de deseos, afanes y pasiones personales: su búsqueda no es la de *lo bueno* sino la de *lo correcto*. Lo correcto es, para él, respetar el compromiso de *reunir los círculos*, contrayendo los más externos y asimilándolos progresivamente a los interiores.

No se trata de una ética de la empatía, sino de la *apatheia* (ecuanimidad). “Hay que quitar algo de benevolencia a quienes están más lejos de nosotros por la sangre; aunque al mismo tiempo debemos esforzarnos para que se produzca una asimilación entre nosotros y ellos”, escribió Hierocles, aconsejando llamar a los parientes del tercer círculo —tíos, abuelos y sobrinos— según la edad, con “el nombre de hermanos, padres y madres”, honrándolos de manera similar a estos: así, el tercer círculo se contraería hasta el segundo, cuyos límites se difuminarían, ampliando el sentido de pertenencia. A su turno, el cuarto círculo —el de los restantes parientes— debería contraerse al tercero.

Este tipo de sugerencias y la formidable ampliación del círculo mayor hacia toda la raza humana acercan notablemente esta *ética del cuidado* a una *ética del desprendimiento*, que entonces comenzaba a expandirse: el cristianismo. Pero, a los fines de fundar una ética de la justicia humana, esta *ética de la corrección* y la *ética cristiana de la bondad* adolecen de idénticas dificultades: no es llamando “padre” a todos los hombres mayores, ni *poniendo la otra mejilla* como los plebeyos consiguieron el reconocimiento en la narración de la identidad romana.

La comprensión estoica y la benevolencia cristiana se desentienden del poder, de su legitimidad y de sus abusos. Dar *al César lo que es del César* puede aceptarse como principio ético de justicia solo cuando se ha clausurado toda discusión sobre lo que al César le pertenece: Cristo puede predicar esa verdad desde su bondad infinita y los creyentes pueden practicarla como máxima únicamente desde su espera de una justicia divina —incomprensible para los hombres— en la que tales conflictos resultan impensables. Pero los estoicos no pueden recurrir a tal justificación.

La *imparcialidad de juicio* que pregonan prescinde de las circunstancias, y su *constancia de ánimo* los aparta de cualquier urgencia: una y otra desalientan la espera —circunstancial y urgente— de un acto justo. Luego, despojando a la justicia de su irrenunciable condición de posibilidad, clausuran el espacio político. Entonces, en condiciones de desigualdad extrema, la opresión se consolida.

No todo es oposición, pero a veces hay oposiciones; la guerra no es continua, pero a veces hay guerras: cuando lo justo es negado por lo correcto, lo ético, en tanto justo, difícilmente se encuentre en la introspección, es mucho más probable que tropecemos con él mientras acompañamos la huida de los plebeyos al Aventino. “El hecho de que su propia persecución no le llevara a abandonar el ideal del régimen es de un gran valor moral; pero que la persecución masiva de otros no le perturbara en sus creencias, es un delito moral” escribió Heller (1998, p. 159) refiriéndose a Lukács. Sobre la *oikeiosis* tal vez valdría decir algo semejante.

La adopción de posturas estoicas puede resultar, desde cierta perspectiva, admirable. Pero la indiferencia y el desapego ante la injusticia institucionalizada en la retracción continua del derecho y la jerarquización de las vidas y muertes que supone el emplazamiento del “asilo digital” (Eubanks, 2021) como forma de la exclusión jurídica, no es estoicismo, es complicidad.

## 10. Los círculos de lealtad ampliada. Ronald Dworkin y Richard Rorty

Entre los extremos opuestos fijados por la *oikeiosis* y el *círculo de moralidad* se inscriben distintas propuestas de círculos de lealtades en tensión. Esencialmente, todas dividen entre *los míos* (mi familia, mi clan, mi tribu) y los *no-míos* (los otros); algunas marcan ciertas fronteras de proximidad en este último espacio y otras se desinteresan de cualquier división de *lo ajeno*, confundiendo los *grados de proximidad* de sus integrantes en la indiferenciación de lo invisible. En tanto *toda división binómica* expresa una lógica de la exclusión —y la exclusión es una negación de la justicia— prescindiré de estos últimos esquemas, interesándome únicamente en los primeros. Estos, en general, comparten por un lado con De Waal (2006) la centralidad en el nos-otros, pero no la rigidez apriorística de su biologismo: piensan esquemas con diferenciaciones debilitadas y alientan el desplazamiento de los límites. Por otro, comparten con Hierocles la relativización de las fronteras internas, pero invierten la dinámica de *contracción* por su opuesto: se asientan sobre el deber de extender los círculos de lealtades restringidas hacia los círculos más amplios.

Entre todos los autores que han propuesto sistemas de este tipo, dos son particularmente interesantes: Dworkin (2014) y Rorty (2002). Sus modelos resultan

igualmente *abiertos* —sostenidos en el reconocimiento de las singularidades subjetivas, no en su asimilación—, *dinámicos* —reconfigurables en cada instancia de ampliación de las lealtades— y *holísticos* —no afirmados en la invariabilidad de la parte desde la que se despliegan—. Sin embargo, presentan algunas notorias diferencias:

- a. Dworkin (2014) cree en la filosofía como *búsqueda de la verdad* y —en la conversación en la que cada círculo integra sus “afueras”— busca una *convergencia* que le permita avanzar al próximo nivel de integración.
- b. Rorty (2002) entiende la filosofía como *saber de la solidaridad* y —en la conversación en la que cada círculo escapa de las descripciones heredadas, eligiendo nuevas descripciones de sí mismo— propone la búsqueda incesante de *nuevos juegos del lenguaje*, sustituyendo la epistemología por la hermenéutica y el afán de convergencia por el compromiso de *narratividad*.

Consecuentemente, Dworkin (2014) defiende la existencia de *valores objetivos* y Rorty la rechaza. No obstante, en tanto comparten la atribución de carácter ineluctable a la división *nos-otros - ellos* (“los míos” y “los otros”, “los propios” y “los ajenos”), ninguno de los dos sistemas parece apropiado para reflexionar sobre las obscenas desigualdades que naturalizan nuestras sociedades latinoamericanas como un problema ético y, en tanto ético, de justicia.

Así, porque, aun en su apertura hacia el reconocimiento de lealtades múltiples —lo que debilita consistentemente las hipótesis de conflicto entre círculos—, Rorty (2002) se mantiene en la defensa de su *provincianismo occidental-liberal*: “Estoy de acuerdo con Rawls sobre lo que es necesario para que alguien pueda ser considerado como razonable y qué tipo de sociedades nosotros, los habitantes del mundo occidental, deberíamos aceptar como miembros de una comunidad moral global” (p. 96).

Las condiciones de membresía se imponen desde adentro y así *debe* ser: el mundo somos *nos-otros*. *Los otros* deben firmar nuestros términos y condiciones si quieren participar de esta “comunidad de confianza entre nosotros y los demás”, cuya idea Rorty (2002) propone poner en lugar de “la idea de las obligaciones morales universales, que nos impone nuestra pertenencia a la especie humana” de la que, según él, haríamos bien en deshacernos.

Llevado hacia el interior de un sistema desigual, este razonamiento deviene peligroso porque legitima la segregación de la inclusión negativamente diferenciada: el carácter ineluctable del no-ser de *los plebeyos* en nuestra *narración identitaria colectiva* puede seguir sosteniéndose, aun cuando nosotros, *los patricios*, les hagamos la concesión —autointeresada, graciosa y siempre revocable— de brindarles nuestra confianza.

Luego, fuera de este pragmatismo —en el que la *narratividad* pasa de la conversación al monólogo predispuesto de un contrato de adhesión— Dworkin (2014) es más explícito: “Como individuos podemos y debemos mostrar mayor consideración por el bienestar de familiares y amigos que por el de los extraños. Pero esa consideración especial también tiene sus límites: tal vez no sometamos a los extraños a riesgos de un grave perjuicio que no aceptaríamos para nosotros mismos o nuestros allegados” ( p. 137).

A primera lectura, este sistema podría parecer más aceptable que el anterior. Pero la moral mixta que propone termina por exponerlo a la remarcación de las fronteras internas y, en ellas, a la aceptación de la exclusión como práctica sistemática. El daño que *no aceptaría* para los míos, *no debería causárselo a los extraños*.

Esta versión de la *regla de oro* expresa una moral de mínima y, como tal, no alcanza para fundar una ética justa: no me obliga a interesarme por las condiciones de opresión que esos extraños sufren en la desigualdad extrema de sus territorios segregados, en tanto no sea yo quien los someta directamente a ella. Si viven menos, si viven mal —es lo que pasa en los territorios neofeudales— mi obligación se limita a no empeorar sus circunstancias, no a situar tales circunstancias en crisis ni a involucrarme en la exigencia de su modificación, mucho menos a participar de una acción política que reclame condiciones más equitativas de vida.

## 11. El dilema de Heinz en las éticas “de círculos”

Antes de pasar a las conclusiones —que suponen la parte propositiva de este ensayo, centrado fundamentalmente en la exposición de una aporía filosófica que, como tal, conduce no a la solución del problema, sino a la disolución de sus términos— intentaré situar lo argumentado en la presentación de un caso muy verosímil en el contexto de nuestras sociedades desiguales: el dilema de Heinz.

- a. Heinz es un hombre irreprochable, cuya mujer, que padece una enfermedad terminal, ingresa en una crisis severa.
- b. Una droga recién llegada al país podría salvarla, pero su costo es alto: el único farmacéutico que la ofrece pretende, por cada dosis, diez veces más que su valor de adquisición.
- c. Heinz no tiene ese dinero. Recurre a todas sus relaciones, toma créditos de usura, vende algunas cosas, pero solo logra reunir la mitad.
- d. Desesperado, se presenta ante el farmacéutico y le pide que reduzca a la mitad el precio de la droga —con lo que ganaría cinco veces sobre el costo— o que, al menos, le adelante las dosis imprescindibles para que su mujer logre superar la crisis en la que ha ingresado, hasta que él consiga vender las pertenencias que aún le quedan o acceder a otros préstamos.

- e. La disminución de sus ganancias a la mitad, no estaba en los planes del farmacéutico, al decidir tomar el riesgo de importación de la nueva droga. El plazo del adelanto que Heinz le solicita es incierto y la única garantía que puede ofrecerle es su comprobada honorabilidad personal.
- f. El farmacéutico conoce a Heinz y a su mujer, únicamente de vista, pero sabe bien de la situación que atraviesan y de los esfuerzos que el hombre hace para mantener con vida a su esposa. Sin embargo, él también tiene necesidades: la escuela privada a la que concurren sus hijos reclama el pago de matrículas atrasadas, su mujer planea unas postergadas vacaciones en el exterior para toda la familia y una reciente sucesión de problemas mecánicos le exige, con urgencia, el cambio de uno de sus automóviles. Este ha sido un mal año para su comercio; la decisión de importar la droga fue un salto al vacío que podría salvarlo. “Yo también necesito el dinero” le dice a Heinz, y baja las persianas del local.
- g. La pregunta filosófica es: ¿debiera Heinz robar la farmacia para conseguir las dosis de la droga que ayudarán a su esposa a salir de la crisis?

Desde luego, en cualquier ética *de círculos* la respuesta dependerá del lugar en el que se sitúe el centro: difícilmente los hijos del farmacéutico —quienes esperan continuar asistiendo a la misma escuela y vacacionar en el exterior— coincidan con los hijos de Heinz —quienes esperan que su madre sobreviva a la crisis— en su apreciación del conflicto de valores que involucra a los padres. Cuando la desigualdad y el *prejuicio identitario negativo* son estructurales —naturalizando la normalidad de la *injusticia epistémica*— los actos justos esperables, a uno y a otro lado de las fronteras internas, suelen no ser los mismos y a veces señalan sentidos opuestos.

La opresión *niega toda reciprocidad* y escinde absolutamente lo justo de lo ético. Luego, en su naturalización como norma, lo que se tiene por justicia no siempre será moral —por ejemplo, cuando se espera como *acto justo* la protección del patrimonio propio, a costa de la vida de otros, a quienes no se mata pero se deja morir— y lo que se defiende como moral no siempre puede tenerse por justicia —como ocurre, por caso, en cada ambiente social donde el contexto identitario discursivo se presenta irrazonablemente sexuado y excluye a las mujeres—. Así entonces:

- a. La *oikoeiosis* de Hierocles es una ética estoica, de modo que si Heinz participara de ella ni siquiera habría de plantearse la posibilidad de asaltar la farmacia.

Ya en la primeras enseñanzas del *Enquiridión*, referencia absoluta del estoicismo romano, se dice: “Hay ciertas cosas que dependen de nosotros y otras

que no”. Las que no dependen de nosotros, no son “nuestras”, “están sujetas a restricciones impuestas por la libertad de otros” (Epícteto, 2007, p. 27). Así, la vida de la mujer enferma no depende de Heinz, no le pertenece; por lo tanto, él no puede asumir el deber de preservarla.

- b. La ética de lealtades en conflicto de Rorty (2002), es una ética del colonialismo conceptual, que reenvía al Sócrates del *Critón*. Si Heinz la asumiera como propia, debería imitar el razonamiento del maestro de Platón, inhibiendo racionalmente su instinto natural de asaltar la farmacia y “las Leyes” le hablarían en sueño: “haznos caso a nosotras, que te hemos criado, y no pongas a tus hijos ni a la vida, ni a ninguna otra cosa por encima de lo justo” (Platón, 2015, p. 165). Luego, ser parte de “la comunidad de confianza entre (el) nosotros y los demás” lo obligaría a no infringir la ley que aceptó, permaneciendo voluntariamente bajo su imperio.

La ética de la regla de oro de Dworkin (2014) es una ética de jerarquización de deberes. En ella, el límite de la obligación de Heinz con los extraños es el respeto a su libertad negativa. Sin embargo, por sobre esa obligación de respeto, Heinz tiene un deber superior *de evitar el daño* a la vida de su esposa; de modo que, si este fuera su esquema ético, debe ir a asaltar la farmacia: lo que está en juego es un *valor objetivo*. El problema es que, si el farmacéutico compartiera esta valoración, se encontraría igualmente obligado a resistir la amenaza del asalto —aun sin *dañar directamente a otros*—, defendiendo por todos los medios el interés de los suyos. En tales condiciones resulta razonable pensar que, reconociéndose *beneficiado en la desigualdad estructural* del contexto, hubiera contratado servicios de policía adicional. Heinz actuaría así la convicción de ir a robar el comercio, pero sería disuadido por el poder (pasivo) de la vigilancia armada.

- c. Más allá de su declaración genérica de empatía, el *círculo de moralidad* de De Waal (2006) articula una ética de opciones, un método de resolución de conflictos. Adoptando este esquema ético, Heinz debe lanzarse contra la farmacia, sin importarle la presencia de policías armados. Pero si el farmacéutico comparte la misma perspectiva, él también debe defender su posición con un arma: no transitando una época de holgura, *ceder a la necesidad de un extraño sería traicionar a los suyos*, implicaría *ser injusto con ellos*. De modo que Heinz no salvaría la vida de su mujer y podría perder la propia en el asalto: sea literalmente, sea malgastándola en prisión.

Como vemos, ninguna de las opciones cumple con la razón de ser del derecho —el acto, cuya espera, hace de la justicia una posibilidad—: garantizar la

vida. En todas, la mujer enferma muere, pese a la cercanía física de la droga que podría salvarla. En algunas, muere también su marido. En otra, podría morir el farmacéutico.

Personalmente, mi respuesta inmediata respecto a *qué debe hacer Heinz* recurre a criterios que resultan no muy defendibles en su adopción como sistema. Mis intuiciones éticas son injustas con el farmacéutico e, incluso, podrían derivar en resultados moralmente inadmisibles, que empeoran la situación de todos. Pero lo que sí sostengo, indubitadamente, es que no debió llegarse a la situación dilemática.

Para cada uno de nosotros, simples mortales, la diferenciación entre *no matar* (no causar un daño) y *no impedir que otro muera* (no evitarlo) es básica: desconocerla nos haría a *todos igualmente responsables por todo*, licuando así la carga de los *verdaderos responsables* de las muertes. Para el orden jurídico, en cambio, tal diferenciación sostiene una ficción eximente que ya no estamos en condiciones de tolerar: un derecho que no garantiza la vida de las personas pierde su misma razón de existencia. Un Estado *que no asume su obligación objetiva de prevenir y evitar las muertes evitables* como las del ejemplo, incumple por omisión con su *deber inexcusable de no matar*. Es un *Estado fallido*. Y en la renuncia a la promesa política que lo sostiene, expresa un *fracaso moral y una injusticia*.

*No es hechicería, es capitalismo. Lógica de acumulación*, decíamos al iniciar estas consideraciones. Fuera de la *impasibilidad* estoica, toda *lógica de círculos* implica una contraposición, una competencia; luego, la segregación de los perdedores, el descarte. Sin la disolución jurídica de las fronteras internas, su difuminación ética no resuelve las cosas: podemos aceptar que la naturaleza humana, tal vez, privilegia los intereses de grupo, pero lo que no podemos es transgredir el *principio de Hume* y hacer, *de lo que* (simplemente) *es*, un (ineluctable) *deber ser*. El mandato de *cuidarnos y cuidar a los nuestros* resulta peligroso cuando, en la *interdependencia inaudita de las narrativas identitarias que instituyen imaginariamente* este mundo injusto, hay millones de personas — mayoritariamente niños, niñas y jóvenes — que no son *los nuestros*, de nadie. Al *no serlo*, son públicos: *clientes del sistema penal y de la policía*.

Una *ética sin justicia*, no es ética. Sin reciprocidad, *cualquier pretensión de neutralidad* enmascara una legitimación del dominio. En el dominio de “los nuestros” sobre “los otros de nos” vuelve otra vez el mandato que conduce a la legitimación de la corrupción y de las prácticas mafiosas: “para nosotros, todo; para los enemigos, ni justicia”.

## **Conclusión: La urgencia de la sustitución paradigmática. Hacia una ética de la justicia.**

### **El derecho como promesa**

El capitalismo de vigilancia es una lógica inaudita de acumulación. Las categorías conceptuales que sostienen las éticas de círculo no permiten pensar la injusticia epistémica —tanto hermenéutica como testimonial— sobre las que se sostienen su pretensión de anomia, su imperativo de extracción, su instrumentalismo. Urge regularlo y limitar sus alcances para recuperar la construcción de sentido sobre nosotros mismos y desacelerar así, progresivamente, su formidable máquina productora de desigualdad. Pero ninguna regulación tendrá viabilidad real de prosperar frente a este si no se asienta sobre una sustitución paradigmática de la ética como conocimiento. Solo esa sustitución permitirá consagrar después la exigibilidad de nuevas prácticas de justicia, que nos permitan *saber, decidir, decidir quién decide*. Lo que está en juego es el futuro humano, ni más ni menos. En aquel, la posibilidad lisa y llana de preservar lo jurídico.

Las tecnologías de la información y la comunicación están ya más extendidas que la electricidad y alcanzan a la mitad de las personas en el mundo. Ese es un dato público y elocuente. Pero lo que no dice es cuál es la medida y cuáles son las formas en las que alcanzan a unas y otras (la magnitud y los modos de la inclusión negativamente diferenciada) ni qué pasa con la otra mitad de los habitantes del planeta, a quienes no llegan (la exclusión jurídica de la parte de nosotros desechada, por la realidad virtual-material integrada y su ficción de omnisciencia). Según he intentado argumentar aquí, la cuestión filosófica que inaugura la irrupción del capitalismo de vigilancia en el paradigma imperante de “éticas de círculo”, con jerarquización de lo intragrupal, deviene aporética. Luego, dado ese carácter, no supone un problema que admita la propuesta de una solución —mucho menos en sociedades obscuramente desiguales y fragmentadas como las latinoamericanas— sino un dilema que exige la disolución de los términos de su planteamiento.

Lo más peligroso del capitalismo de vigilancia es su carácter inédito y la falta de contrapesos eficientes de los que debiéramos disponer para frenar su voracidad. Nuestras concepciones éticas y jurídicas son el resultado de avances contra una forma de acumulación diferente (el capitalismo industrial) y no nos sirven para defendernos de la monitorización y del entumecimiento psíquico que la habitualidad a ser condicionados nos genera y generaliza. Lo que intento decir aquí es que, tal y como hoy estamos conviviendo con las trágicas consecuencias de no haber reaccionado a tiempo contra el mandato extractivista del capitalismo industrial (las catástrofes

ambientales, entre otras) las consecuencias de no reaccionar a tiempo contra esta nueva forma de acumulación capitalista serán nuestro legado negativo a las generaciones futuras. Muy probablemente, para ellas, la misma posibilidad del *vivir juntos* que da lugar a la condición de sujetos de (y con) derecho, esté amenazada.

Esta vida estimulante y maravillosa es también parte del mundo en su conjunto, un mundo en que el hambre, el analfabetismo y la enfermedad son el sino diario de una gran parte de los seres humanos (...) ¿qué derecho tiene uno a vivir en el mundo feliz que puede expresarse libremente, mientras exista el otro mundo y uno sea parte de él? (Nussbau, 2012, p. 21).

Leída desde los términos de la perspectiva jurídica del *derecho como promesa* que este ensayo viene a proponer, la pregunta en la que se detiene Nussbaum (2012) resuena en nuestras conclusiones:

- a. Cualquier lógica de acumulación se consolida en la integración de una concepción jurídica, que define sus posibilidades y un sistema ético preponderante, que limita sus justificaciones.
- b. Nuestra concepción jurídica disciplinaria (el derecho como sanción) y nuestro sistema ético de fragmentaciones monádicas (las éticas de círculos) son herencias del capitalismo industrial.
- c. Consecuentemente, la irrupción del capitalismo de vigilancia en tanto despliega una lógica de acumulación inaudita no puede ser abordada con los instrumentos conceptuales disponibles.

Así entonces, el desequilibrio entre lo real (la acumulación), lo simbólico (la concepción jurídica) y lo imaginario (el sistema ético) produce una situación de anomia que permite al capitalismo de vigilancia presentarse como incuestionable, eludiendo cualquier exigencia de justificación. Específicamente en nuestras sociedades con obscena desigualdad —y sin relato unificador de su narratividad identitaria— las éticas de círculos resultan funcionales a la pulverización del espacio político que el capitalismo de vigilancia propone, facilitando la instrumentación de su imposición ubicua. Aquí se vigila a algunos para cuidar a otros:

- a. La jerarquización de las vidas y muertes, que la lógica económica dispone, concentra los derechos en una membresía (cada vez más) reducida y consecuentemente genera (cada vez más) descarte, en términos de personas jurídicamente excluidas.
- b. Quienes no son “de nadie”, son de la policía, clientes del sistema penal. La privacidad de los descartados es pública, y en tanto pública, apropiable.

- c. En los territorios neofeudales, donde los excluidos de-los-derechos habitan, una ética de círculos justifica la naturalización de prácticas mafiosas que garantizan pertenencia y protección: allí, nadie sobrevive solo.
- d. Desde esa naturalización —real o imaginada— de lo ilícito como norma en los espacios-sin-ley, el prejuicio identitario negativo se autocumple en su justificación retrospectiva.
- e. Todo límite es político y, cuando lo político se pulveriza, la desigualdad opresiva acentúa ilimitadamente la injusticia epistémica mediante la construcción causal del amenazado como amenazante, a través de una retórica de inseguridad y autopreservación.
- f. “Para nosotros todo, para los otros, ni justicia”: las éticas de autopreservación (y toda ética de círculos es una ética de autopreservación) terminan por naturalizar hacia adentro, la institucionalización de prácticas de corrupción en resguardo de su membresía.
- g. La institucionalización generalizada de prácticas de corrupción, en los “adentros” del sistema, y la presunción de prácticas sistemáticamente mafiosas (reales o imaginadas) en sus “afueras” se retroalimentan.
- h. Luego, desde su confluencia, garantizan la anomia y la prescindencia de toda justificación ética que el capitalismo de vigilancia requiere.

Por este camino, entonces, la fragmentación lleva a la anomia y la anomia permite cada vez más fragmentación. Sin sustitución del paradigma ético, el círculo perverso no se interrumpe. Según definiendo, esa sustitución exige la articulación de una *ética de justicia*, en la que *las obligaciones hacia los cercanos* se entiendan como especificidad del deber genérico de *reconocimiento de la dignidad* y no como su opuesto.

Sin ser kantiana —porque para Kant el jefe de Estado personifica la voluntad popular— ni de *acción comunicativa* —porque la opresión relativiza la incondicionalidad y, en ella, cada convergencia enmascara una imposición— esta *ética de justicia* debe concebir lo social como un *todo* redefinible en cada avance sobre el espacio inconmensurable de lo injusto. Un nos-otros, cuya síntesis narrativa en continua redefinición no segregue ni fragmente redundando en el respeto a la situación de cada uno, en el reconocimiento a la llamada de quien sufre.

Una ética de justicia será, entonces, una ética de la condolencia, del comprometerse con el dolor del otro. Consecuentemente, siempre será una *ética de sujetos situados* en circunstancias concretas de encuentro, no de abstracciones figurativas en contraposición. Filosóficamente, podría decirse así: urge salir de las ficciones de Hobbes —y de los modelos hobbesianos que articulan todos nuestros órdenes

jurídicos, todavía— para llegar a Spinoza, y así *darnos, hacernos, tener lugar*, en su concepción del Estado como potencia sumada de la multitud deseante (Spinoza, 2005). Jurídicamente, la idea que recepta estas exigencias es la que entiende al *de-recho como promesa*, y responde a ellas concibiendo la marginación —es decir, la situación en los “territorios liberados” a los que la ley renuncia— como un daño jurídico reparable, en la doble instancia que la reparación describe: precaución y resarcibilidad. Luego, postula como obligación jurídicamente exigible de los Estados garantizar la probabilidad de elección y construcción de un proyecto de vida digno a cada uno, en la situación en la que se encuentre.

No hay víctimas, desde esta perspectiva. Hay personas victimizadas, que en cada negación de su reconocimiento —por parte de quien exige su com-promiso al respeto de la ley que las excluye— se revictimizan. Todo rehén de lo ilegítimo —para usar el mismo ejemplo del dilema al que ya hemos recurrido, los hijos de Heinz, en el supuesto en el que su padre fuera preso y su madre falleciera— son alguien a quien no llega la promesa de elusión y minimización de los daños sobre la que la sociedad se asienta y el *vivir juntos* se justifica. Por ello podríamos llamar un *principio de completitud* (Burgos, 2015) —que no es más que la recepción de la reciprocidad que subyace a la misma idea de com-promiso— la promesa que al no llegar a todos termina por no llegar a nadie.

Finalmente, volviendo a las bases teóricas con las que iniciamos la exposición, decimos:

- a. Con Zuboff (2020), que la vida de *los otros no* es un espectáculo del que yo pueda prescindir ni un decorado intercambiable en la narración de la mía.
- b. Con Benhabib (2005), que *no puedo ponerme en el lugar de nadie*, porque en su integración de *posibilidades y expectativas*, cada *yo es también el lugar desde el que es*.
- c. Con Fricker (2017), que aunque mis compromisos afectivos determinen la calificación de mis deberes, no deberían condicionar mi juicio.

Sin embargo, *para el otro soy el otro*, y eso es innegable. No se trata, entonces, de confundir “propios” y “extraños”, sino de cambiar el foco de la juridicidad: entender (otra vez, con Spinoza) que *somos un todo socialmente interrelacionado* —no grupúsculos mínimos en permanente lucha—; pensarnos como *singularidades intersubjetivas* cuyas *narraciones identitarias recíprocas* integran *lo que pueden hacer con lo que se espera de ellas* para, desde allí, limitar la forma de acumulación imperante, resistiendo su pretensión de anomia y regulándola.

Cualquier sustitución paradigmática —pero mucho más, la de un paradigma ético— es una decisión política. En este caso, la decisión política que urge es la de

revisar nuestra tolerancia institucionalizada a la sistémica negación de derechos, que el capitalismo de vigilancia impone y acelera. Veintidós millones de nuevos pobres en América Latina —aproximadamente la población total de Chile o Venezuela— y ocho millones de nuevos indigentes —un número similar al que suman los habitantes de Honduras o de Paraguay— en menos de dos años (CEPAL, 2021) nos eximen de mayores argumentos sobre esta urgencia. A su sombra, el derecho al tiempo futuro, que es también el tiempo presente de las generaciones por venir, espera por la limitación jurídica de la lógica de acumulación que los acecha.

## Referencias

- Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros*. Gedisa.
- Benhabib, S. (2006). *El ser y el otro en la ética contemporánea*. Gedisa.
- Burgos, O. R. (2015). *El derecho como promesa*. Universidad Libre.
- CEPAL. (4 de marzo de 2021). *Pandemia provoca aumento en los niveles de pobreza sin precedentes en las últimas décadas e impacta fuertemente en la desigualdad y el empleo*. <https://www.cepal.org/es/comunicados/pandemia-provo-ca-aumento-niveles-pobreza-sin-precedentes-ultimas-decadas-impacta>
- Derrida, J. (1997). *Fuerza de ley*. Tecnos.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura.
- Epícteto. (2007). *Enquiridión*. El Barquero.
- Eubanks, V. (2021). *La automatización de la desigualdad*. Capitán Swing.
- Fricke, M. (2017). *Injusticia epistémica*. Herder.
- Heller, A. (1998). *La revolución de la vida cotidiana*. Península.
- Nussbaum, M. (2012). *La ética del deseo*. Paidós.
- Platón. (2015). *Critón*. Eudeba.
- Ranciere, J. (1996). *El desacuerdo*. Nueva Visión.
- Rorty, R. (2002). *Filosofía y futuro*. Gedisa.
- Spinoza, B. (2005). *Tratado político*. Quadrata.
- De Waal, F. (2006). *Primates y filósofos*. Mezki.
- Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia*. Paidós.