

VOLUMEN 7

ISSNe: 2346-3120

Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

PÁGINAS 1-166

BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2019

ANIDIP

Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

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

Sección de Artículos de Investigación desde el Derecho Internacional Penal

Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador
Héctor Olasolo

Sección de Artículos de Investigación Seleccionados en la VII y VIII ediciones del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia, ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional?
Angie Katherine García Atehortúa

El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT
Nicolás Eduardo Buitrago Rey

Sección de Ensayos de Investigación Seleccionados en la I y II Ediciones del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

Secciones y disecciones epistemológicas del discurso jurídico:
un estudio desde la iusfilosofía crítica
Héctor Gonzalo Ana Dobratinich

Análisis de la Carta de la ONU a la luz de los postulados del texto "Zum ewigen Frieden" de Immanuel Kant. El objetivo de la paz y el mecanismo de la guerra
Joe Nayib Campos Salazar

La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional
Carmen Montero Ferrer

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



Universidad del
Rosario



tirant lo blanch

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE LA HAYA



PARA LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Bogotá, Colombia - Número 7
Páginas 1 - 150 – ISSN: 2346-3120
Doi: dx.doi.org/10.12804/anidip

ANIDIP

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

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





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

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

ISSNe: 2346-3120

Doi de la Revista: dx.doi.org/10.12804/anidip

DIRECTOR

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

EDITOR INVITADO

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

SECRETARÍA

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

Villarraga Zschommler, Luisa (Colombia)
Pasante, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos
Humanos y la Justicia Internacional (Holanda)

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

COMITÉ EDITORIAL

Coelho Zilli, Marcos Alexandre (Brasil)

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

Galaín Palermo, Pablo (Uruguay)

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

Kiss, Alejandro (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Holanda)

Mateus Rugeles, Andrea (Colombia)

Magistrada Auxiliar, Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

Pansters, Wil (Holanda)

Catedrático de Estudios Latino-Americanos, Universidades de Utrecht y Groningen (Holanda)

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

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 la 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 (Holanda)

Vervaele, John (Holanda)

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

COMITÉ HONORARIO

Blattmann, René (Bolivia)

Magistrado [2003-2012] y Vicepresidente [2006-2009] de la Corte Penal Internacional

Odio Benito, Elizabeth (Costa Rica)

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

Steiner, Sylvia H. (Brasil)

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

Universidad del Rosario

Rector

José Alejandro Cheyne García

Vicerrectora

Stéphanie Lavaux

Síndico

Miguel Francisco Diago Arbeláez

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

José Alberto Gaitán Martínez

Vicedecano Facultad de

Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Preparación editorial

Tatiana Morales Perdomo
Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Mónica Quintana Rey

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Carrera 6 N° 15-18 edificio Jockey Club
Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

Tirant lo Blanch

Director

Salvador Vives López

Instituto Ibero-Americano de La Haya (IIH)

Presidente

Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Piet Willems

Contenido

Doi del número: -----

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

Héctor Olasolo Alonso

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador	10
--	-----------

Héctor Olasolo

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la VII y VIII ediciones del Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal

Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia, ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional?	32
--	-----------

Angie Katherine García Atehortúa

El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT	69
---	-----------

Nicolás Eduardo Buitrago Rey

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados en la I y II Ediciones del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

Secciones y disecciones epistemológicas del discurso jurídico: un estudio desde la iusfilosofía crítica	91
--	-----------

Héctor Gonzalo Ana Dobratinich

Análisis de la Carta de la ONU a la luz de los postulados del texto “Zum ewigen Frieden”* de Immanuel Kant.**
El objetivo de la paz y el mecanismo de la guerra 116

Joe Nayib Campos Salazar

La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional 141

Carmen Montero Ferrer¹

Editorial

Me complace dar la bienvenida al séptimo volumen (2019) 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 del ANIDIP se siguen combinando los artículos de investigación (sección I) con los ensayos de investigación seleccionados a través de los certámenes Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal (sección II) y de Estudios Críticos sobre la 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; además, se sigue promoviendo la publicación de artículos de investigación que aborden desde las distintas ciencias humanas y sociales el objeto de estudio del ANIDIP.

En cuanto al contenido sustantivo de este volumen, la sección de artículos de investigación recoge el trabajo de quien escribe estas líneas, titulado *Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a política de silencio y olvido en El Salvador. Apuntes sobre la percepción de la figura de Oscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la arquidiócesis de San Salvador*. En el mismo, y tras analizar el concepto de justicia como memoria y las dimensiones individual, social y reparativa del derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos, se aborda el impacto de la política de silencio y olvido adoptada en El Salvador sobre la controvertida percepción por los distintos sectores de la Iglesia salvadoreña de la figura de Óscar Arnulfo Romero. Sobre esta base, se estudia en la segunda parte del artículo hasta qué punto la innovadora experiencia de los diálogos intergeneracionales en algunas parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador puede constituir una herramienta adecuada para exponer y superar el fuerte impacto generado por la política de silencio y olvido.

Un ensayo de investigación ha sido seleccionado por el jurado internacional de la VIII Edición (2019) del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner para su publicación en el volumen VII del ANIDIP. Se trata del excelente ensayo ganador del Certamen, titulado *Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional?*, escrito por Angie Katherine García Atehortúa, licenciada en Derecho por la Universidad de Medellín (Colombia), y candidata a la maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Notre Dame (EE.UU.), donde se analiza el grado de (in)compatibilidad de la definición de responsabilidad del mando contenida en el Acto Legislativo 01 de 2017, y en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, con los estándares del derecho internacional consuetudinario y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y las consecuencias que se podrían derivar con respecto a la actuación de esta última y la aplicación del principio de jurisdicción universal.

El presente volumen del ANIDIP recoge también el novedoso trabajo de Nicolás Eduardo Buitrago Rey, magíster en Estudios Internacionales y Derecho Internacional de la Universidad de los Andes (Colombia), titulado *El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT*, y cuya versión revisada fue aceptada para su publicación por el jurado internacional del VII Certamen (2018) de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal. En este trabajo, el autor recurre a la teoría LGBT sobre el Derecho Internacional, para mostrar el silencio del Estatuto de la Corte Penal Internacional en relación con la investigación y enjuiciamiento de graves violaciones a los Derechos Humanos de la población LGBT constitutivas de crímenes internacionales.

Dos ensayos de investigación han sido seleccionados por el jurado internacional del II Certamen (2019) de Estudios Críticos sobre la Justicia para su publicación en el Volumen VII del ANIDIP. En primer lugar, el magnífico estudio ganador de la II Edición del Certamen escrito por Héctor Gonzalo Ana Dobratinich, magíster en Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), titulado *Secciones y disecciones epistemológicas del discurso jurídico: un estudio desde la iusfilosofía crítica*. Este trabajo analiza, desde una comprensión del Derecho como una práctica social específica de carácter discursivo, la intertextualidad, la interpretación y el elemento ficcional del Derecho (donde ese último es eclipsado por las diferentes formas a las que su discurso parece hacer alusión) como elementos fundamentales para el análisis de la configuración del fenómeno jurídico.

En segundo lugar, el sugestivo estudio de Joe Nayib Campos Salazar, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, titulado *Análisis de la Carta de la ONU a la luz de los postulados del texto «Zum ewigen Frieden» de Immanuel Kant. El objetivo de la paz y el mecanismo de la guerra*. En este ensayo, el autor realiza un análisis correlacional entre las ideas recogidas en el mencionado texto kantiano y el tratamiento que la Carta de la Organización de las Naciones Unidas dispensa a aquellos conflictos que pueden poner en riesgo el fin último de mantener la paz y seguridad internacional, para afirmar la existencia de una antinomia normativa que genera la imposibilidad material de cumplir con dicho objetivo.

El presente volumen del ANIDIP concluye con un interesante trabajo de Carmen Montero Ferrer, investigadora postdoctoral en la Universidad de Laval (Canadá), titulado *La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Este ensayo estudia el alcance de la participación de las víctimas y de la sociedad civil en las actuaciones ante la Sección de Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (SDIP), establecida en 2014 por el Protocolo de Malabo, y lo compara con el alcance de dicha participación en las actuaciones ante la Corte Penal Internacional (CPI), con el fin de determinar hasta qué punto es deseable que el sistema de la CPI sea utilizado como modelo de desarrollo de la SDIP en este aspecto.

Para finalizar, quiero agradecer una vez más a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la Editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Así mismo, quiero dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este séptimo volumen del ANIDIP, en especial al profesor Mario Urueña Sánchez (editor invitado para el presente volumen del ANIDIP), a Vanessa Bonilla (joven investigadora de la Universidad del Rosario) y a Luisa Villarraga (pasante del IIH).

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

En Bogotá, a 25 de junio de 2019.

Héctor Olasolo Alonso
Director, ANIDIP

Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador*

Justice as Memory and Right to the Truth Versus the Policy of Silence and Oblivion in El Salvador: Notes on the Public Perception of Oscar Arnulfo Romero and the Experience of Intergenerational Dialogues in the Parishes of the Archdiocese of San Salvador

Justiça como memória e direito à verdade frente à política de silêncio e esquecimento em El Salvador: Apontes sobre a percepção da figura de Oscar Arnulfo Romero e a experiência dos diálogos entre gerações nas paróquias da Arquidioceses de San Salvador

Héctor Olasolo**

* El presente trabajo hace parte del proyecto de investigación *Principios de armonización entre la función y alcance de la justicia y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición*, que se encuentra adscrito a la línea de investigación *Crítica al derecho internacional desde fundamentos filosóficos*, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. El proyecto es financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario. El autor agradece al Padre Luciano Ernesto Pérez Reyes García (director adjunto de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador), al abogado Roberto Carlos Alfaro Lara y a los demás integrantes del equipo de trabajo de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos en las áreas jurídica, educativa y de archivo histórico, por la fraterna acogida recibida durante la visita del mes de julio de 2018 y el acceso irrestricto a los materiales contenidos en el archivo histórico. El autor también agradece al profesor de teoría del Derecho en la Universidad de El Salvador, el licenciado José Miguel Vásquez López, y a su entonces monitor, el Sr. Emmanuel Cristóbal Román Funes, por su excelente acogida en 2017 su curso de teoría del Derecho, así como a la joven investigadora de la Universidad del Rosario (Colombia), Lucia Cárcano Fernández, por su trabajo de investigación en relación con la jurisprudencia del Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos sobre los distintos componentes del derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2019

Fecha de aprobación: 26 de mayo de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8487>

Para citar este artículo: Olasolo, H. (2019). Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador. *ANIDIP* 7, 10-30. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8487>

Resumen

La política de silencio y olvido, que fue adoptada en El Salvador tras la Ley de Amnistía de 1993, ha fomentado el desconocimiento en la sociedad salvadoreña (particularmente en los jóvenes menores de veinticinco años) sobre las causas y consecuencias del conflicto armado no internacional que tuvo lugar entre 1980 y 1992, y sobre las graves violaciones de Derechos Humanos que ocurrieron en el mismo. Las parroquias de la Iglesia salvadoreña no son ajenas a esta situación porque, como han puesto de manifiesto los diálogos intergeneracionales promovidos desde la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador en julio de 2018, sus integrantes más jóvenes desconocen completamente el grado de persecución al que sus hermanos de comunidad fueron sometidos durante el conflicto armado por las fuerzas militares y policiales. La controversia que ha existido, al menos hasta 2013, entre diversos sectores de la Iglesia salvadoreña sobre la figura de Óscar Arnulfo Romero es fruto de esta situación, que afecta las dimensiones individual y colectiva del derecho a la verdad, impide la satisfacción de la justicia entendida como memoria, evita que los graves crímenes internacionales cometidos en El Salvador sean tenidos en cuenta a la hora de construir su memoria histórica, ofrece un caldo de cultivo favorable al revisionismo histórico e impide que

** Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU). El profesor Olasolo es actualmente catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige los programas de Maestría y Especialización en Derecho Internacional, su Clínica Jurídica Internacional y el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP). Es profesor *ad hoc* de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Holanda) y preside desde 2011 el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda). Además, se ha desempeñado como catedrático de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht (Holanda, 2010-2012), magistrado auxiliar de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Ha sido también asesor externo del Tribunal Especial para el Líbano, miembro del Roster de Juristas de Reconocido Prestigio de la Organización de las Naciones Unidas para el Nombramiento de Magistrados Internacionales en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, perito ante la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

se puedan adoptar las medidas necesarias para evitar su repetición. Frente a esta situación, los diálogos intergeneracionales celebrados en 2018 en algunas parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador han mostrado su capacidad para exponer y superar el impacto negativo de la política del silencio y el olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas.

Palabras Clave: amnistía, política de silencio y olvido, derecho a la verdad, justicia anamnética, derecho a la reparación, garantías de no repetición, memoria, El Salvador, Oscar Arnulfo Romero, diálogos intergeneracionales

Abstract

The policy of silence and oblivion, adopted in El Salvador after the 1993 Amnesty Law, has fostered ignorance in Salvadoran society (particularly in young people under twenty-five) about the causes and consequences of the 1980-1992 non-international armed conflict and about the critical human rights violations that occurred in it. The parishes of the Salvadoran church are not alien to this situation; as the intergenerational dialogues promoted by the Office of *Tutela de Derechos Humanos* of the Archbishopric of San Salvador in July 2018 have shown, their younger members are unaware of the military and police forces persecutions to their community during the armed conflict. The controversy over Oscar Arnulfo Romero, at least until 2013, between different Salvadoran church factions is the result of that situation, which negatively affects the individual and collective right to the truth extents. Additionally, it prevents the satisfaction of justice (understood as memory), considering the serious international crimes committed in El Salvador when constructing its historical memory and taking the necessary measures to avoid new critical human rights violations. Finally, it provides a breeding ground for historical revisionism. Faced with this situation, the intergenerational dialogues held in 2018 in some parishes of the Archdiocese of San Salvador have shown their ability to expose and overcome the negative impact of the policy of silence and oblivion.

Keywords: Amnesty, policy of silence and oblivion, right to the truth, amnestic justice, right to reparation, guarantees of non-repetition, historical memory, El Salvador, Oscar Arnulfo Romero, intergenerational dialogues.

Resumo

A política de silêncio e esquecimento, que foi adotada em El Salvador após a Lei de Amnistia de 1993, tem fomentado o desconhecimento na sociedade salvadorenha (particularmente nos jovens menores de vinte e cinco anos) sobre as causas e consequências do conflito armado não internacional que aconteceu entre 1980

e 1992, e sobre as graves violações de direitos humanos que aconteceram nele. As paróquias da Igreja salvadorenha não são alheias a esta situação porque, como têm manifestado os diálogos entre gerações promovidos desde o Escritório de Tutela de Direitos Humanos do Arcebispado de San Salvador em julho de 2018, suas integrantes mais jovens desconhecem completamente o grau de perseguição ao que seus irmãos de comunidade foram submetidos durante o conflito armado pelas forças armadas e policiais. A controvérsia que tem existido, pelo menos até 2013, entre diversos setores da Igreja salvadorenha sobre a figura de Oscar Arnulfo Romero é resultado desta situação, que afeta às dimensões individual e coletiva do direito à verdade, impede a satisfação da justiça percebida como memória, evita que os graves crimes internacionais cometidos em El Salvador sejam tidos em conta no momento de construir sua memória histórica, oferece um caldo de cultivo favorável ao revisionismo histórico e impede que se podam adotar as medidas necessárias para evitar sua repetição. Frente a esta situação, os diálogos entre gerações celebrados em 2018 em algumas paróquias da Arquidiocese de San Salvador têm mostrado sua capacidade para expor e superar o impacto negativo da política do silêncio e o esquecimento desde as próprias comunidades paroquiais afetadas.

Palavras-chave: amnistia, política de silêncio e esquecimento, direito à verdade, justiça anamnética, direito à reparação, garantias de não repetição, memória, El Salvador, Oscar Arnulfo Romero, diálogos entre gerações

Introducción: primera aproximación al impacto de la política del silencio y el olvido en El Salvador

Todas las mañanas tengo la costumbre de salir a caminar. Sin embargo, nunca había valorado tanto la posibilidad de pasear hasta mi reciente visita en julio de 2018 al archivo de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador. La razón no es otra que las dificultades con las que me encontré para poder llegar caminando hasta allí desde el apartamento en que me alojaba en la colonia Miramonte. Aunque haciendo gala de una exquisita amabilidad cada día me recogieron para llevarme en coche hasta el trabajo, la opción de caminar ni siquiera estuvo sujeta a discusión, porque pasear es demasiado peligroso en una sociedad donde los seres humanos viven poco menos que *enjaulados* en perímetros de cuatro o cinco manzanas a la redonda controlados por distintos grupos armados al margen de la ley (el que se denomine a estos grupos *pandillas* porque están principalmente formados por jóvenes menores de 15 años no les priva de dicha naturaleza).

Salir del área donde se tiene el domicilio que aparece reflejado en el Documento Único de Identidad (DUI) significa jugarse la vida en caso de ser interceptado por una pandilla enemiga que controla la zona por la que se transita, y cuyos miembros pueden verificar la dirección de residencia mediante una rápida revisión del DUI (no llevarlo o negarse a mostrarlo significa asumir el riesgo de sufrir una muerte violenta). Consecuencia de lo anterior, durante una visita realizada en 2017 al curso de teoría jurídica de la licenciatura en Derecho de la Universidad de El Salvador, uno de cada cinco estudiantes del curso contestó afirmativamente a la pregunta sobre si habían recibido alguna vez amenazas de muerte. Según explicaron los interesados, caminar para asistir a clase por sectores que no son los propios hace que estas situaciones sean bastante comunes. La situación no es mejor si se suben a los autobuses que transitan a través de sectores controlados por las pandillas, donde los hurtos son cotidianos y los episodios de desaparición forzada (tras obligar a los pasajeros a bajarse) son frecuentes. El propio monitor del curso afirmó cómo, gracias a un compañero de secundaria, había salvado su vida cuando acudió a solicitar un certificado de estudios a su antiguo instituto, que se encontraba ubicado en un sector distinto a aquel al que sus padres habían trasladado recientemente su domicilio.

Pero si el desplazamiento a pie o en autobús desde una colonia a otra de San Salvador (o incluso entre sectores de una misma colonia controlados por distintas pandillas) conlleva los riesgos mencionados, el recorrido intelectual y espiritual al encuentro del pasado reciente no resulta menos amenazador. La política oficial de silencio y olvido en la que fue sumida la sociedad salvadoreña tras la Ley de Amnistía de 1993 –que fue aprobada cinco días después de los señalamientos realizados a diversas autoridades militares y policiales en el informe publicado el 15 de marzo de 1993 por la Comisión de la Verdad de El Salvador bajo el título *De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*– ha fomentado el desconocimiento por aquella parte de la población salvadoreña que no vivió el conflicto armado (en particular, quienes cuentan en la actualidad con menos de veinticinco años), lo que favorece el revisionismo histórico e impide la adopción de las medidas necesarias para evitar su repetición.

Un buen ejemplo del impacto negativo provocado por esta política lo pude experimentar al día siguiente de mi llegada a San Salvador, cuando seguí por televisión un debate sobre la memoria histórica del conflicto armado ocurrido entre 1980 y 1992. Me llamó la atención la afirmación de algunos de los panelistas, todos ellos conocidos actores en la vida pública salvadoreña, sobre la presunta tendencia de *izquierdas* de los integrantes de la Comisión de la Verdad, lo que, en su opinión, explicaría el contenido *sesgado* del Anexo a su informe, en el que se afirmaba que

de las 14.000 denuncias recibidas en el periodo de seis meses en el que desarrolló sus actividades, el 85 % tuvieron como objeto hechos presuntamente cometidos por agentes del Estado, el 10 % por integrantes de los escuadrones de la muerte y el 5 % por miembros de las cinco organizaciones que conformaban el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN).

En vista de lo afirmado, hice una rápida búsqueda en Internet mientras seguía el debate para confirmar el nombre y la trayectoria profesional de los miembros de la Comisión, con el fin de determinar el grado de verosimilitud de los argumentos que estaban siendo esgrimidos. Mi sorpresa no pudo ser mayor al observar que su presidente había sido el Sr. Belisario Betancourt, dirigente del Partido Conservador en Colombia y presidente de este país entre 1982 y 1986. Así mismo, fungió como miembro adjunto de la Comisión en apoyo de su presidente el Sr. Guillermo Fernández de Soto, quien, además de ocupar entre 1998 y 2002 la posición de canciller en el gobierno de Andrés Pastrana (último presidente del Partido Conservador que ha tenido Colombia), estuvo a cargo de las negociaciones del Plan Colombia con los EE.UU. Con independencia de la calidad profesional de los mencionados integrantes de la Comisión, no cabe duda de que ninguno de los dos puede ser catalogado como un referente de la *izquierda latinoamericana* de finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

Infortunadamente, la confusión a la que varios de los panelistas trataban de inducir a los telespectadores salvadoreños sólo puede lograr su objetivo en el caldo de cultivo del desconocimiento general provocado por la política de silencio y olvido que se implantó en la sociedad salvadoreña a raíz de la Ley de Amnistía de 1993.

Los miembros de las comunidades parroquiales de la Iglesia Católica salvadoreña (“la Iglesia”, “la Iglesia de El Salvador” o “la Iglesia salvadoreña”) tampoco son ajenos a esta situación, de manera que sus integrantes más jóvenes desconocen completamente el grado de persecución al que fueron sometidos los integrantes de numerosas comunidades católicas (especialmente, en la Arquidiócesis de San Salvador) por las fuerzas militares y policiales. Según se afirma por el Secretariado Social Interdiocesano (1977):

El documento que presentamos ha surgido de la necesidad de esclarecer la actual situación del país y más en concreto de la Iglesia de la Arquidiócesis de San Salvador en ese contexto general. Que los hechos de violencia abundan en nuestro país es una realidad que desgraciadamente todos reconocen. Que esos hechos sean también “persecución a la Iglesia” es afirmado claramente por la Jerarquía,

clero y la inmensa mayoría de los cristianos (p. 3)[...] La Iglesia de la Arquidiócesis afirma, por tanto que, aunque según la legalidad vigente, existe libertad de religión y de culto y reconocimiento jurídico de la Iglesia, sus personas e instituciones, existe una persecución contra ella a través de las campañas de prensa y de hechos físicos violentos porque se le está impidiendo eficazmente, a través de la inutilización de sus agentes misioneros, llevar a cabo su misión (p. 5)[...] Hasta hace unos meses no se ha hablado de persecución en la Iglesia de El Salvador. Lo que ha hecho que la situación actual de la Iglesia haya pasado a ser definida como situación de persecución es la serie ya muy numerosa de ataques – verbales o de hecho – contra miembros de la Jerarquía, contra miembros del clero y contra laicos explícitamente comprometidos en la tarea de evangelización. Se han dado también expresiones concretas de odio a la Iglesia y a sus símbolos tradicionales más venerados, sobre todo la Eucaristía (p. 7).

El Secretariado Social Interdiocesano (2005) subraya también el negacionismo de ciertos grupos sociales y afirma la necesidad de terminar con los intentos de imponer el silencio y el olvido. Según se menciona expresamente, “[...] Otros grupos sociales, los poderosos en general, niegan la tal persecución. En esta situación es un derecho de la Iglesia afirmar que existe persecución y es una urgente obligación pastoral esclarecer ante el pueblo cristiano y ante todo los hombres de buena voluntad en qué consiste la persecución y porqué se la puede denominar como tal” (p. 3).

Desgraciadamente, como muestra el contenido de los argumentos presentados por algunos de los panelistas en el debate arriba mencionado, y como han reflejado también las primeras experiencias de diálogo intergeneracional celebrados en julio de 2018 en varias parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador, la aplicación de la Ley de Amnistía acabó siendo desarrollada por una férrea política de silencio y olvido.

Ante esta situación, analizamos en las próximas secciones el concepto de justicia como memoria y el contenido del derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos (sección 2), el impacto de la política de silencio y olvido en la controvertida percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero en distintos sectores de la Iglesia salvadoreña (sección 3) y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador como herramienta para exponer y superar el impacto de la política de silencio y olvido (sección 4). El texto finaliza con una breve exposición de las principales conclusiones alcanzadas (sección 5).

1. La justicia como memoria y el derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos

El concepto de justicia como memoria encuentra sus raíces en un grupo de filósofos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (Cohen, Buber, Rosenzweig y Kafka) que, con base en sus orígenes judíos, pudieron anticipar la marginalidad, exclusión y exilio que sufrirían décadas después los pensadores que les sucedieron en la denominada *Escuela de Frankfurt* (Benjamin, Adorno y Horkheimer). De todos ellos, Benjamin (2005) es quien nos ha dejado a través de su alegoría del *ángel caído de la historia* un concepto más elaborado de la justicia como memoria, entendida como una mirada al pasado que trata de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido.

Para Benjamín (2005.), el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la re-evaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores. Con ello, como el propio Adorno (2006) subraya, se busca promover que las víctimas puedan reconstruirse del daño sufrido, superando con ello, si bien no olvidando (Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).

En la aplicación del concepto de justicia como memoria, y a diferencia de lo que ha sucedido durante décadas en El Salvador, desde comienzos del siglo XXI se han puesto en marcha en Colombia iniciativas de memoria histórica caracterizadas por dos factores: (i) su simultaneidad con los procesos derivados de la Ley de Justicia y Paz (2005), la Ley de Víctimas (2011) y los Acuerdos de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“FARC”) (2016); y (ii) su desarrollo en condiciones de permanente conflicto y desconfianza por las consecuencias que pueden generar (Berón Ospina, 2019).

De esta manera, ante la tensión entre las posiciones de Nietzsche (2015), quien ante las demandas de justicia de las víctimas afirma la necesidad de superar el recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento, y Benjamín (2005), que resalta la importancia de revisar lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento del vencido, en El Salvador se ha adoptado el planteamiento del primero, mientras que en Colombia se está tratando de seguir, con grandes dificultades, la senda del segundo.

Estrechamente relacionado con el concepto de justicia como memoria, se encuentra el derecho a la verdad, que si bien inicialmente surgió en relación con las

víctimas de desaparición forzada de la década de 1970, su ámbito de aplicación se ha extendido a las demás violaciones graves de Derechos Humanos, constituyendo en la actualidad uno de los derechos más relevantes, tanto en los procesos de transición, como a la hora de reparar las violaciones graves de Derechos Humanos (Ibáñez, 2014).

A nivel internacional, el desarrollo más completo del derecho a la verdad se encuentra en la interpretación jurisprudencial que los órganos del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos han realizado de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹ Así, desde su primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora Corte IDH) ha afirmado el deber de los Estados de investigar la comisión de graves violaciones de Derechos Humanos. Además, en los casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha subrayado también la obligación de los Estados de informar a los familiares de las víctimas sobre su paradero, o, en caso de fallecimiento, sobre el lugar en que se encontraban sus restos (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, 1988).

Posteriormente, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la verdad tiene también una dimensión colectiva, en la medida en que la sociedad tiene el derecho a conocer las circunstancias en que se han llevado a cabo las violaciones graves de Derechos Humanos (caso *Barrios Altos*, 2001), para tenerlas en cuenta al forjar su legado como nación, prevenir los procesos de revisionismo histórico y evitar su repetición (Szablewska & Bachmann, 2015).

Además, la Corte IDH ha hecho énfasis en que el derecho a la verdad constituye una medida de reparación adecuada si se investigan los hechos del caso con el fin de identificar, juzgar y castigar a los responsables y, siempre y cuando, los resultados de la investigación se hagan públicos para que la sociedad conozca la verdad (caso *Tibi*, 2004). Con ello, la Corte IDH ha reconocido que, además de sus dimensiones individual y colectiva, el derecho a la verdad constituye también una forma de reparación (caso *Comunidad Moiwana*, 2005).

De esta manera, la Corte IDH ha acogido expresamente los distintos componentes del derecho a la verdad que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Com. IDH”) había desarrollado en los casos relativos a *Parada Cea y otros* (1999), *Ignacio Ellacuría y otros* (1999) y *Monseñor Oscar Romero* (2000), donde

1 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha desarrollado el derecho a la verdad, puesto que considera que, en última instancia, el no respetar este derecho constituye un trato inhumano o degradante para los familiares de las personas desaparecidas (caso *Ipek c. Turquía*, 2004). Sin embargo, el TEDH no ha profundizado más en el contenido del derecho a la verdad, porque considera que se subsume en el derecho más amplio a un juicio justo e imparcial (caso *Vanava et al. c. Turquía*, 2009).

la Com. IDH subrayó en particular que el conocimiento de las circunstancias de la violación constituye una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. Esta última constituye a su vez un objetivo central de todo proceso de justicia de transición (Galain Palermo, 2016).

2. La controversia sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero

A pesar de la importancia para las víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos de la justicia como memoria y del derecho a la verdad, lo cierto es que el desconocimiento generado por la política de silencio y olvido en El Salvador ha llegado durante mucho tiempo incluso a alcanzar a la figura del primer santo de su Iglesia, Óscar Arnulfo Romero, quien el 24 de marzo de 1980 cayó abatido por un francotirador perteneciente a los escuadrones de la muerte mientras celebraba misa en la capilla del Hospital de la Divina Providencia.

Su muerte se producía al mes siguiente de haber escrito en su condición de arzobispo de San Salvador al presidente de los EE.UU., Jimmy Carter, solicitándole que cancelase toda la ayuda militar al gobierno salvadoreño porque con ella estaba fortaleciendo un régimen opresor (la existencia de esta carta fue rebelada por el propio Romero en su homilía de 16 de marzo de 1980) (Tamayo, 2015). Así mismo, el día anterior a su asesinato, denunciaba de nuevo en la catedral de San Salvador la cruel represión que llevaban a cabo las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado salvadoreño, y recordaba a sus miembros que, por encima de las órdenes de matar, se encontraba el mandato divino de *no matarás*:

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial a los hombres del Ejército, y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la policía, de los cuarteles. Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos y, ante una orden de matar que dé un hombre, debe de prevalecer la ley de Dios que dice: “No matar”. Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios. Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla. Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y que obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado. La Iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el Gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas con tanta sangre. En nombre de Dios, pues, y en nombre de

este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: ¡cese la represión! (Romero, 2005, Vol. VI).

De esta manera, en el ámbito de su competencia pastoral, Romero se hacía eco del principio 4 de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto (1945) y la sentencia del Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg (1946), y sistematizados por la Comisión de Derecho Internacional (1950), conforme al cual, *[e]l hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.*²

A pesar de las numerosas voces que solicitaron desde su asesinato la beatificación y canonización de Romero, durante años no fue posible avanzar en el procedimiento (Ordaz, 2015; Europa Press, 2015), de manera que sólo en 2015 fue declarado beato, convirtiéndose tres años después, el 14 de octubre de 2018, en el primer santo de la Iglesia de El Salvador (Lima, 2018).

Pero, ¿por qué fueron necesarios treinta y cinco años? La razón es que una parte importante de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus comunidades no veían en Romero la figura del *mártir de los pobres*, sino la de un colaboracionista con los movimientos políticos y sindicales, que meses después de su muerte se articularían en el FMLN para sostener un cruento conflicto civil con las fuerzas gubernamentales, que se extendería hasta los acuerdos de paz firmados en el Castillo de Chapultepec (México D.C.) el 16 de enero de 1992.

Esta división en la percepción del papel jugado por Romero, que ha traspasado las fronteras de El Salvador para llegar incluso a Roma (Ordaz, 2015; Europa Press, 2015), se recoge en toda su crudeza en el resumen de prensa anexo al mencionado trabajo del Secretariado Social Interdiocesano (1977), que fue recopilado apenas ocho meses después del nombramiento de Romero como arzobispo de San Salvador. Dicho resumen de prensa recoge desde manifiestos de ciertos grupos

2 Casi veinte años después del asesinato de Romero, el art. 33 (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), aprobado en 1998 y en vigor desde 2002, desarrollaría este mismo principio al establecer que “[q]uien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) [e]stuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) [n]o supiera que la orden era ilícita; y c) [l]a orden no fuera manifiestamente ilícita”. Además, el párrafo 2 del propio art. 33 del ECPI añadía que “[a] los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”. En consecuencia, las órdenes de matar, como aquellas a las que se refirió Romero en su homilía de 23 de marzo de 1980, no son susceptibles, bajo ninguna circunstancia, de eximir de responsabilidad a quienes las llevan a cabo, porque, al ser constitutivas de crímenes de lesa humanidad, se presume *iure et de iure* que son manifiestamente ilícitas.

autodenominados *Sociedad Cristiana Salvadoreña, Asociaciones Católicas y Evangélicas de El Salvador, Comité Pro-mejoramiento de la Iglesia Católica y Auténticos Demócratas Cristianos* (por poner sólo algunos ejemplos), hasta artículos y columnas de opinión de los diarios más importantes de El Salvador en aquel momento, como *La Prensa Gráfica* y *El Diario de Hoy*, pasando por declaraciones de entidades económicas de la relevancia de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) y del Frente Agropecuario de la Región Oriental (FARO).

Los manifiestos, artículos y columnas de opinión contenidos en este anexo se caracterizan por presentar duras críticas a la gestión de Romero por su omisión en tomar las medidas necesarias para que muchos de sus sacerdotes dejaran de *seguir sembrando violencia y propiciando el derramamiento de sangre*. Además, con frecuencia se incluyen ataques personales contra la figura de Romero por “[...] no querer ver las culpas de esos curas malos y, en cambio, para él son culpables quienes los censuran, quienes denuncian sus fechorías, quienes desean la depuración del clero a fin de que nuestra Iglesia católica se mantenga impoluta y reverenciada”.

De esta manera, y salvando las distancias, la situación de Romero durante su mandato como arzobispo de San Salvador presentaba notables similitudes con la descrita en los inmortales versos de Antonio Machado (1971):

*Ya hay un español que quiere
vivir y a vivir empieza,
entre una España que muere
y otra España que bosteza.*

*Españolito que vienes
al mundo te guarde Dios,
una de las dos Españas
ha de helarte el corazón.*

Tras su muerte, una parte importante de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus fieles continuaron considerando que Romero se apartó de la ortodoxia de los sectores más conservadores a los que había pertenecido hasta su nombramiento como arzobispo de San Salvador el 8 de febrero de 1977 (y a los que, en gran medida, debía dicho nombramiento) (Lima, 2018), como consecuencia del impacto emocional que le causó el asesinato el 12 de marzo de ese mismo año del sacerdote jesuita Rutilio Grande, con quien le unía una relación muy cercana desde su paso por el seminario hacía casi cuarenta años (Cardenal, 2015). Según este sector, antes

de este giro, Romero se había mostrado crítico con los nuevos caminos abiertos por el Concilio Vaticano II (1962-1965), había cambiado la línea editorial del semanario *Orientación*, se había manifestado contra ciertas prácticas del Externado de San José en San Salvador, la Universidad Centroamericana (“UCA”) y otras instituciones educativas dirigidas por los jesuitas, y había contribuido en 1972 a apartar a estos últimos de la formación de seminaristas, lo que, una vez nombrado Secretario de la Conferencia Episcopal Salvadoreña en 1967 y Obispo Auxiliar de San Salvador en 1970, deterioró sus relaciones con el entonces arzobispo Chávez y González, y con el segundo obispo auxiliar Rivera y Damas.

Un segundo sector de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus fieles, que se encontraban en buena medida en la Arquidiócesis de San Salvador, mantuvieron tras la muerte de Romero una percepción muy distinta de los aspectos de su vida arriba mencionados. Para este sector, Romero fue siempre sensible al sufrimiento de amplias capas de la población por sus paupérrimas condiciones materiales de vida como consecuencia de su formación con los jesuitas en el Colegio Pío Latino Americano de Roma y su estrecha relación con algunos miembros de esta comunidad (incluyendo a Grande), que trataban de buscar herramientas para mejorar las condiciones socio-económicas de los sectores más desfavorecidos mediante el fortalecimiento de su nivel de asociacionismo y el consiguiente incremento de su capacidad de negociación. Además, si bien de una manera más discreta, Romero siempre se preocupó por los casos de represión de campesinos y trabajadores por las fuerzas militares y de policía, así como por los grupos irregulares con quienes aquellas colaboraban, lo que se tradujo en solicitudes de investigación realizadas por carta o a través de entrevistas privadas con las autoridades competentes. Este fue, por tanto, el caldo de cultivo que propició que las traumáticas experiencias vividas durante el primer mes de su mandato como arzobispo de San Salvador, le llevaran a adoptar una posición más pública de denuncia de la represión (así como de la violencia revolucionaria) y a volcar sus tres últimos años de vida al acompañamiento y asistencia a los más desfavorecidos (lo que en última instancia le granjeó el calificativo de *mártir de los pobres*) (Brockman, 1985; Cavada, 2005; Delgado Acevedo, 1985; López Vigil, 1993; Mata, 2015; Morozzo della Rocca, 2010).³

3 Quienes defienden esta posición no ven en el asesinato de Grande la razón que le llevó a presentar con mayor publicidad sus denuncias, sino que lo ven como un proceso más progresivo, que tuvo mucho que ver con la exposición pública al que lo llevó su nueva posición como arzobispo de San Salvador y la situación de tensión allí vivida días después de asumir su mandato como resultado del fraude electoral ocurrido en las elecciones presidenciales de 20 de febrero de 1977, y la convocatoria por sindicatos y partidos de izquierda de manifestaciones multitudinarias y de un campamento en la plaza de la Libertad a escasos 200 metros de la catedral de San Salvador. En particular, quienes defienden esta segunda posición subrayan que, al autorizar

Con independencia de cual de las dos visiones de la figura de Romero se acercaba más a la realidad, lo cierto es que la política de silencio y olvido adoptada en El Salvador tras la Ley de Amnistía de 1993 constituyó durante dos décadas un obstáculo importante para poder desarrollar un debate público sobre Romero, que permitiera cuestionar las afirmaciones centrales sobre las que se basaban las percepciones de Romero arriba mencionadas. En consecuencia, hasta la llegada de Jorge Bergoglio al pontificado vaticano en 2013, cada una de los sectores de la Iglesia salvadoreña continuó alimentando su propia visión sin necesidad de someter sus *creencias* a un análisis histórico riguroso.

3. La experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador

La extensión del impacto de la política de silencio y olvido en el desconocimiento generalizado por los miembros de las comunidades católicas salvadoreñas que no estuvieron expuestos al conflicto armado sobre la dura represión militar y policial a la que fueron sometidos quienes formaron parte de sus mismas comunidades, quedó de manifiesto en las dos reuniones que la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador llevó a cabo en julio de 2018 con dos de las vicarías de la Arquidiócesis, y a las que tuve la oportunidad de asistir.

Durante estos encuentros, a los que acudieron cerca de 500 integrantes de una veintena de parroquias, los participantes se agruparon por comunidades parroquiales, con el fin de que abordasen los recuerdos que conservaban sobre el impacto que tuvo el conflicto armado en su dinámica de funcionamiento. Si bien en un primer momento hubo cierta reticencia a abordar este tema por parte de la generación que había padecido el conflicto, conforme se fueron dando las primeras intervenciones se superaron las barreras invisibles del silencio y el olvido, para finalizar, al cabo de tres horas, con una amplia presentación de las diversas experiencias de la violencia a la que estuvieron expuestos una buena parte de quienes fungían en aquel entonces como agentes de pastoral, catequistas, lectores de palabra, religiosos y sacerdotes.

personalmente el 28 de febrero al Padre Alfonso Navarro (que sería asesinado meses después en la colonia Miramonte) a officiar una misa con los manifestantes, Romero tuvo constancia de primera mano de la violencia que se vivió durante la carga que la policía y el ejército, con el apoyo de francotiradores, lanzaron al acabar la misa para desalojar a los manifestantes, lo que provocó decenas de muertos. Ante esta situación, Romero solicitó públicamente a las autoridades competentes que investigaran lo sucedido y se negó a participar en cualquier acto oficial hasta que no se conociese la verdad, lo que le llevó a ausentarse del acto de investidura del nuevo presidente electo, el General Humberto Romero.

Muchos de los intervinientes explicaron que durante el conflicto armado llevaban las Biblias escondidas porque portar una Biblia era tan peligroso, o más, que llevar un arma de fuego en caso de ser detenido e inspeccionado por un retén del ejército o de la policía. Al escuchar estos relatos, los jóvenes menores de veinticinco años mostraban una gran sorpresa, porque por primera vez en su vida se les hacía partícipes de historias como las que allí estaban narrando sus propios *hermanos* de comunidad parroquial. Sin embargo, en lugar de levantarse ofendidos por el contenido de las mismas, o por haber sido privados de su conocimiento durante tantos años, permanecieron escuchando atentamente a sus mayores hasta que las reuniones finalizaron.

De esta manera, los diálogos intergeneracionales permitieron constatar que el miedo que se pasó durante el conflicto armado, y la política de silencio y olvido impuesta desde la institucionalidad a partir de la Ley de Amnistía de 1993, han sido tan efectivas, que veinticinco años después toda una generación de salvadoreños no sólo desconoce la historia de su país, sino que jamás ha escuchado las historias de vida de los *hermanos mayores* de sus propias comunidades parroquiales, porque han sido condenadas a permanecer fuera de la memoria comunitaria en el *baúl de lo innombrable*.

Los diálogos intergeneracionales también pusieron de manifiesto que el sistema educativo y los contenidos de las catequesis de confirmación no sólo no han sido ajenos a esta situación, sino que han sido instrumentos muy útiles a la hora de promover la *desmemoria* que caracteriza hoy a la sociedad salvadoreña, en general, y a sus comunidades eclesiales, en particular. Así, según explicaban sus jóvenes participantes, los programas de ciencias sociales e historia impartidos en el bachillerato apenas si dedican una o dos clases a abordar el conflicto armado salvadoreño, sin entrar en sus causas y consecuencias, y limitando su exposición a una serie de fechas emblemáticas en su desarrollo.

Del mismo modo, las catequesis de confirmación, que en principio deberían tener un fuerte arraigo en las comunidades parroquiales a las que se van a incorporar los confirmandos, obvian por completo todo lo relativo al impacto que el conflicto armado tuvo en las mismas y al sacrificio, con frecuencia martirial, que fue voluntariamente asumido por muchos de sus integrantes en nombre del modelo de vida propuesto por Jesús de Nazaret en las Bienaventuranzas, y con la esperanza de que después de la tortura y el ajusticiamiento de la Pascua llegaría la alegría de la Resurrección. Esta situación, llama más la atención si tenemos en cuenta que, como el Consejo Episcopal Latinoamericano subraya (2005), las espiritualidades pascual y martirial son dos de las características centrales de su propuesta de espiritualidad juvenil para América Latina.

Pero al mismo tiempo, la experiencia de los diálogos intergeneracionales también ha mostrado una gran potencialidad como herramienta para exponer y superar el impacto de la política de silencio y olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas, reavivando con ello la esperanza de los *hermanos* que sufrieron la violencia frente al olvido al que han sido condenados durante décadas por la institucionalidad estatal y católica, y promoviendo así que, sin olvidar, puedan reconstruirse del daño sufrido (Benjamin, 2005; Adorno, 2006; Levi, 2005; Berón Ospina, 2019).

Además, al compartir las vivencias personales de la violencia con el resto de integrantes de la comunidad parroquial, en particular con los más jóvenes, se satisface el derecho de la comunidad, en tanto que *microsociedad*, a conocer las circunstancias en que se produjeron las violaciones graves de Derechos Humanos que sufrieron, lo que promueve que sean tenidas en consideración a la hora de forjar el legado de la comunidad, favorece la adopción de medidas de prevención frente a posibles intentos de revisionismo histórico y permite que se tomen los pasos necesarios al interior de la comunidad para evitar su repetición (Corte IDH, casos *Barrios Altos* (2001), *Tibi* (2004) y *Comunidad Moiwana* (2005); Com. IDH, casos *Parada Cea y otros* (1999), *Ignacio Ellacuría y otros* (1999) y *Monseñor Oscar Romero* (2000); Szablewska & Bachmann, 2015).

Conclusiones

La política de silencio y olvido que ha sido adoptada en El Salvador tras la Ley de Amnistía de 1993 ha fomentado un desconocimiento general en la sociedad salvadoreña, particularmente en los jóvenes menores de veinticinco años, sobre las causas y consecuencias del conflicto armado y las graves violaciones de Derechos Humanos que ocurrieron durante el mismo, lo que, como la Corte IDH y la Com. IDH han afirmado, incluyendo en varios casos relativos a El Salvador (*Parada Cea et al.*, 1999; *Ignacio Ellacuría et al.*, 1999; *Monseñor Oscar Romero*, 2000), atenta contra las dimensiones individual y colectiva del derecho a la verdad, así como contra el derecho de las víctimas a la reparación, impidiendo la realización de la garantía de no repetición como objetivo central de todo proceso de justicia de transición exitoso (Galain Palermo, 2016).

Las comunidades parroquiales de la Iglesia salvadoreña no son ajenas a esta situación porque, como han puesto de manifiesto los diálogos intergeneracionales promovidos desde la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador en julio de 2018, sus integrantes más jóvenes desconocen completamente el grado de persecución al que sus *hermanos* de comunidad fueron sometidos durante el conflicto armado por las fuerzas militares y policiales.

Como muestra la controversia existente, al menos hasta 2013, entre diversos sectores de la Iglesia salvadoreña sobre la figura de Óscar Arnulfo Romero, o el debate sobre la presunta tendencia *izquierdista* de reconocidos dirigentes del Partido Conservador de Colombia que fueron miembros de la Comisión de la Verdad de El Salvador, el desconocimiento general provocado por la política de silencio y olvido en la sociedad y en las comunidades parroquiales salvadoreñas, impide que los graves crímenes internacionales cometidos en El Salvador sean tenidos en cuenta a la hora de labrar su legado, ofrece un caldo de cultivo favorable a las iniciativas de revisionismo histórico e impide que se puedan adoptar las medidas necesarias para evitar su repetición.

Frente a esta situación, los diálogos parroquiales intergeneracionales celebrados en 2018 en la Arquidiócesis de San Salvador han mostrado su capacidad para exponer y superar el impacto de la política del silencio y el olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas. Por ello, se presentan como una herramienta adecuada para reavivar la esperanza entre quienes sufrieron la violencia y para satisfacer las dimensiones individual, colectiva y reparatoria del derecho a la verdad que corresponde a las víctimas, a sus comunidades parroquiales y a la sociedad salvadoreña en su conjunto. Queda ahora por ver si el Arzobispado de San Salvador decide apoyar realmente esta iniciativa mediante su inclusión en los planes pastorales de la Arquidiócesis para los próximos años.

Referencias

- Adorno, T. (2006). *Minima Moralia*. Madrid: Akal.
- Benjamin, W. (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. Mexico: Contrahistoria.
- Berón Ospina, A. A. (2019). La Memoria como una Propuesta de Justicia. En E. A. López, A. Niño Castro, & L. Tovar González (eds.) (2019). *Claves de la Justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia* Vol. 6, (pp. 333-342. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores.
- Brockman, S. J. (1985). *La palabra queda. Vida de Monseñor Óscar A. Romero*. El Salvador: UCA Editores.
- Cardenal, R. (2015). *Historia de una esperanza: vida de Rutilio Grande* (4 edición). San Salvador: UCA Editores.

- Cavada, M. (2005). *Monseñor Romero, Su vida, su testimonio y su palabra* (4ªed.). San Salvador: Imprenta Criterio y Fundación Monseñor Romero.
- Comisión de la Verdad para el El Salvador. (1993). *De la esperanza a la locura: la Guerra de 12 años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso *Parada Cea y otros c. El Salvador*. Informe Núm. 1/99, 27 de enero de 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso *Ignacio Ellacuria y otros c. El Salvador*. Informe Num. 136/99.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez c. El Salvador*. Informe Núm. 37/00, 13 de abril de 2000.
- Consejo Episcopal Latinoamericano. (2005). *Civilización del amor: tarea y esperanza. Orientaciones para una Pastoral Juvenil Latinoamericana*. Colección Documentos CELAM. Núm. 161.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso *Velasquez Rodriguez c. Honduras*. Fondo. 29 de julio de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso *Barrios Altos c. Perú*. Fondo. Marzo 14, 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso *Tibi c. Ecuador*. Objeciones preliminares, meritorio, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso *Moiwana c. Suriname*. Objeciones preliminares, fondo, reparación y costas, 15 de junio de 2005.
- Delgado Acevedo, J. (1986). *Óscar A. Romero. Biografía*. Madrid: Ediciones Paulinas.
- Europa Press (2015) *El Vaticano reconoce que hubo campaña de desprestigio contra Oscar Romero y revela que Benedicto XVI desbloqueó la causa*. Recuperado de <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-vaticano-reconoce-hubo-campana-desprestigio-contra-oscar-romero-revela-benedicto-xvi-desbloqueo-causa-20150204150533.html>
- Galain Palermo, P. (2016). A Modo de Conclusión. En P. Galain (ed.). *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, (pp. 399-415). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Gordon, Sara (1989). *Crisis Política y Guerra en El Salvador* (México D.C.: Siglo XXI). Recuperado de https://books.google.com.co/books?id=Bb4_E_9roSYC&pg=PA206&lpg=PA206&dq=F.A.R.O.+prensa+1977++El+salvador&source=bl&ots=prQ3kMwM7m&sig=ACfU3U1gUGNS28CnP6_sKrXY0HYr24xLs-g&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjDzZa3vcHgAhWs1FkKHca1AZMQ6AEw-DXoECAUQAQ#v=onepage&q=F.A.R.O.%20prensa%201977%20%20El%20salvador&f=true
- Ibáñez, J. E. (2014). *Justicia transicional y Comisiones de la verdad.*: Madrid: Instituto Berg.
- Levi, P. (2005). *Los hundidos y los salvados*. Barcelona: Aleph.
- Lima, L. (2018). *Canonización de Monseñor Romero: por qué El Salvador no ha juzgado en casi 40 años a los asesinos del “santo de América”*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45817310>.
- López Vigil, M. (1993). *Piezas para un retrato* (1ªed.). San Salvador: UCA Editores.
- Machado, A. (1971), *Poesías Completas: Proverbios y Cantares, Núm. LIII*. Espasa-Calpé.
- Mata, S. (2015). *Monseñor Óscar Romero. Pasión por la Iglesia*. Madrid: Ediciones Palabra.
- Morozzo Della Rocca, R. (2010), *Monseñor Romero. Vida, pasión y muerte en El Salvador*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Nietzsche, F. (2015). *Consideraciones intempestivas*. Barcelona: Alianza.
- Ordaz, P. (2015). *Roma admite que las críticas contra Romero frenaron su beatificación*. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2015/02/04/actualidad/1423089630_451905.html.
- Romero, O. A. (1989). *Monseñor Oscar Arnulfo Romero: su Diario*. San Salvador: Imprenta Criterio.
- Romero, O. A. (2005). *Homilías*. Vol. VI. San Salvador: Universidad Centroamericana – UCA.
- Secretariado Social Interdiocesano. (1977). *Persecución de la Iglesia en El Salvador*. El Salvador: Publicaciones del Secretariado Social Interdiocesano, El Salvador.
- Szablewska, N., & Bachmann S. D. (eds.). (2015). *Current issues in Transitional Justice: towards a more holistic approach*. Springer.

Tamayo, J. J. (coord.). (2015). *San Romero de América, Mártir de la Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2004). Caso *Ipek c. Turquía*. Sentencia de 17 de febrero de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). Caso *Varnava y otros c. Turquía*. Sentencia, 18 de septiembre de 2009.

Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia, ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional?

A Restricted Concept of Command Responsibility in Colombia's Transitional Justice: *An Opening for International Criminal Court (ICC) Intervention?*

Conceito restringido da responsabilidade de mando no marco jurídico transicional na Colômbia, *¿porta giratória para a intervenção da Corte Penal Internacional?*

Angie Katherine García Atehortúa*

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2019

Fecha de aprobación: 18 de marzo de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8490>

Para citar este artículo: García Atehortúa, A. K. (2019). Concepto restringido de la responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional en Colombia ¿puerta giratoria hacia la intervención de la Corte Penal Internacional? *ANIDIP* 7, 32-68. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8490>

Resumen

Tras la adopción del Acuerdo de Paz en Colombia, se dispuso la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, dentro del cual se contempla el establecimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz. Entre las figuras que regulan el procedimiento ante la JEP, la responsabilidad de mando ha suscitado diversos debates en torno a su adecuación con los estándares internacionales y los efectos del concepto restringido adoptado en el marco jurídico transicional. El presente ensayo aborda el análisis sobre la compatibilidad de la definición de responsabilidad de mando contenida en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en el Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz con

* Abogada de la Universidad de Medellín, Colombia. Asesora legal de la línea de lucha contra la impunidad en la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP). Ex Visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos Candidata a LL.M in International Human Rights Law en la Universidad de Notre Dame. Correo electrónico: angiekathe.garcia@gmail.com

los estándares del derecho internacional consuetudinario y del Estatuto de Roma. A partir de ello, se evalúa críticamente qué efectos tendría la aplicación de un criterio restringido de la figura de responsabilidad de mando en el análisis de los casos sometidos ante la JEP, y como ello, podría dar lugar a la intervención de la Corte Penal Internacional e incluso, a la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Palabras clave: Responsabilidad de mando, Jurisdicción Especial para la Paz, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, principio de complementariedad.

Abstract

The signature of the Peace Agreement in Colombia implied the creation of the Integral System of Truth, Justice, Reparation, and Non-Repetition, which includes the Special Jurisdiction for Peace (JEP, by its acronym in Spanish). JEP rules regarding command responsibility have raised diverse debates about their consistency with international standards and the effects of the restricted concept adopted into the transitional legal framework. This essay addresses the analysis of the compatibility of the definition of command responsibility of the 2017 Legislative Act 01 and the Draft Law for the Administration of Justice in the Special Jurisdiction for Peace with standards of the customary international law and the Rome Statute. Based on this, the article evaluates the possible consequences of applying a restricted criterion of command responsibility in the analysis of cases submitted to the JEP and how such could lead to the intervention of the International Criminal Court or the universal jurisdiction.

Keywords: Command responsibility, Special Jurisdiction for Peace, International Criminal Court, Rome Statute, principle of complementarity.

Resumo

Após a adoção do Acordo de Paz na Colômbia se dispôs a criação do Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não Repetição, dentro do qual se contempla o estabelecimento da Jurisdição Especial para a Paz. Entre as figuras que regulam o procedimento ante a JEP, a responsabilidade de mando tem suscitado diversos debates em torno à sua adequação com os standards internacionais e os efeitos do conceito restringido adotado no marco jurídico transicional. O presente ensaio aborda a análise sobre a compatibilidade da definição de responsabilidade de mando contida no Ato Legislativo 01 de 2017 e no Projeto de Lei Estatutária da Administração de Justiça na Jurisdição Especial para a Paz com os standards do direito internacional consuetudinário e do Estatuto de Roma. A partir disso, avalia-se criticamente que efeitos teria a aplicação de um critério restringido da figura de responsabilidade de mando na análise dos casos submetidos ante a JEP, e como

isto, podría dar lugar a intervención da Corte Penal Internacional e inclusive, À aplicación do principio de jurisdicción universal.

Palabras-chave: Responsabilidad de mando, Jurisdicción Especial para a Paz, Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, principio de complementariedad.

Introducción

El 24 de agosto de 2016, el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC) firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, Acuerdo Final o Acuerdo) tras casi cuatro años de conversaciones, y más de 50 años de conflicto armado. El Acuerdo se compone de seis puntos,¹ dentro de los cuales se dispone la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (punto 5). El Sistema está conformado por la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Unidad para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, las medidas de reparación integral para la construcción de paz y la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP), siendo este último, el competente de justicia en el proceso transicional.

La implementación del Acuerdo de Paz y el procedimiento ante la JEP se incorpora legislativamente mediante el Acto Legislativo No. 01 de 27 de abril de 2017² (en adelante Acto legislativo o Acto), en el que se regula la de responsabilidad del mando,³ consagrada en el artículo transitorio 24. La doctrina de responsabilidad de mando constituye uno de los pilares fundamentales del Acuerdo en materia de justicia, es por ello que de una adecuada aplicación de esta figura depende en gran medida la rendición de cuentas por parte de los máximos responsables y la satisfacción de los derechos de las víctimas a obtener justicia.

Sin embargo, la definición de responsabilidad de mando en el Acto Legislativo ha suscitado diversos debates, ya que incorpora un concepto restrictivo de esta figura, lo que deriva en su falta de adecuación con los estándares de derecho internacional

- 1 Los 6 puntos del Acuerdo Final son: (1) Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral; (2) Participación política: Apertura democrática para construir la paz; (3) Fin del conflicto; (4) Solución al problema de las drogas ilícitas; (5) Mecanismos de implementación, verificación y refrendación; y (6) Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.
- 2 Acto Legislativo 1 de 2017: 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 se dictan otras disposiciones (Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017).
- 3 La expresión “responsabilidad de mando” se usó originalmente en el contexto militar y eventualmente también se expandió al campo no militar. En este sentido, la expresión responsabilidad superior es más apropiada, ya que incluye a individuos en posiciones no militares. No obstante, en el presente ensayo nos referiremos a la responsabilidad de mando, teniendo en cuenta que es el concepto adoptado en el marco jurídico que implementa el Acuerdo de Paz.

consuetudinario (en adelante DIC) y del Estatuto Roma (en adelante ER). Al respecto, se ha referido el Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o Corte) James Stewart (2017) al afirmar que: “[l]a definición de la responsabilidad del mando, contenida en el Acto Legislativo 01, (...), se aparta en algunos aspectos tanto del derecho internacional consuetudinario como del Estatuto de Roma” (p. 24) lo que podría desencadenar que los máximos responsables queden sin castigo.

El presente trabajo busca analizar la compatibilidad de la definición de la responsabilidad del mando en el Acto Legislativo 01 de 27 de abril de 2017 con los estándares del DIC y del ER, ello con el fin de demostrar los efectos de una interpretación restrictiva de la responsabilidad de mando en la activación de la competencia de la CPI y en la aplicación de la jurisdicción universal. Una vez planteado este problema, se proponen criterios para interpretar armónicamente esta figura, de acuerdo con los estándares internacionales y constitucionales. Para desarrollar este planteamiento teórico en primer lugar, se abordará el concepto de responsabilidad de mando en el DIC y en el Derecho Penal Internacional (en adelante DPI); a partir de ahí, se hará un análisis comparativo con la definición adoptada en el artículo 24 del Acto Legislativo, con el fin de determinar los efectos de una aplicación restrictiva de la responsabilidad del mando y ofrecer soluciones interpretativas.

1. La responsabilidad del mando en el Derecho Internacional

1.1. La configuración y evolución de la responsabilidad del mando

La responsabilidad de mando es una figura por medio de la cual se asigna responsabilidad penal a los militares de alto rango por crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por sus subordinados (Case Matrix Network, 2016). Este concepto tuvo sus orígenes en los manuales militares y ha ido evolucionando a través de la interpretación de las normas del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH),⁴ concretándose en la práctica de los tribunales penales internacionales (Meloni, 2015).

El primer precedente en el que se aplica esta figura es en el caso Tomoyuki Yamashita, comandante del Ejército Japonés en las Filipinas entre 1944 y 1945. En este caso, la Comisión Militar de los Estados Unidos, como se citó en Olasolo y Canosa (2018), condenó a muerte al comandante por la “omisión en el cumplimiento

⁴ La doctrina de responsabilidad de mando comienza a configurarse desde la Cuarta Convención de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra de 1907. Para profundizar en este tópico véase: Ilias Bantekas (1999). *The Contemporary Law of Superior Responsibility*. *American Journal of International Law* 93(3), 573.

de su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros [del ejército] a su cargo, permitiéndoles cometer atrocidades brutales contra el pueblo de los Estados Unidos, sus aliados y dependencias, particularmente Filipinas” (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1946, p. 114). Posteriormente, algunos casos conocidos por los Tribunales Militares de Estados Unidos en Nuremberg aplicaron la figura de responsabilidad de mando para juzgar a los comandantes militares alemanes.⁵

El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra es el primer instrumento internacional que introduce de forma explícita la responsabilidad de mando. El artículo 86.2 sienta las bases de esta doctrina, consagrando que:

[...] la infracción [que] haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja, en el Comentario del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I) desarrolla los tres elementos que se deben cumplir para que el superior sea responsable cuando haya una omisión respecto de un delito cometido por un subordinado:

a) El superior en cuestión debe ser el superior de ese subordinado; b) El superior sabía, o tenía información, lo que debería haberle permitido llegar a la conclusión de que se estaba cometiendo una infracción o se iba a cometer; c) El superior no tomó las medidas a su alcance para impedirlo (Boas, Bischoff & Reid, 2008, p. 152).

Tomando como base la caracterización de la responsabilidad desarrollada en el Protocolo I, los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) incluyen una disposición específica sobre la responsabilidad de mando.

La responsabilidad de mando, además, tiene carácter consuetudinario. La norma 153 del DIH consuetudinario se refiere a esta figura en los siguientes términos:

5 Al respecto ver: Military Government for Germany, USA, *United States of America v. Wilhelm von Leeb et al.*, Judgment, 28 October 1948, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, October 1946–April 1949*, vol. 11, US Government Printing Office, Washington, DC, 1949, pp. 512 ff. ('High Command case'). Disponible en: <https://www.legal-tools.org/doc/c340d7/>.

Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 632).

En la práctica adoptada por tribunales penales internacionales fue reconocida como norma consuetudinaria en los juicios seguidos en contra de algunos comandantes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados durante la Segunda Guerra Mundial.⁶ También ha sido acogida más recientemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del artículo 2 del Convención Europea de Derechos Humanos⁷ y por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al determinar el alcance de las obligaciones de debida diligencia en la investigación de graves violaciones a los Derechos Humanos.⁸

1.2. La responsabilidad de mando en el Estatuto de Roma

El artículo 28 del Estatuto de Roma estipula de forma genérica que el superior es responsable frente a los crímenes cometidos por sus subordinados, si incumple con su deber de prevenir, reprimir o someter esa cuestión a la autoridad competente, en virtud del control que ejerce sobre ellos.⁹

El artículo 28 Estatuto de Roma delimita la responsabilidad del superior sobre la base de las obligaciones jurídicas de los jefes militares, a saber: (i) prevenir la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados; (ii) reprimir la comisión de dichos crímenes, en el sentido de poner fin a los que se estén cometiendo y castigar

6 Algunos casos en los que se aplicó la figura de responsabilidad de mando son: Estados Unidos, Tribunal Militar de Nuremberg, caso Von Leeb (The High Command Trial) (párr. 657) y caso List (Hostages Trial) (párr. 658); Estados Unidos, Corte Suprema, caso Yamashita (párr. 659); Reino Unido, Tribunal Militar de Wuppertal, caso Rauer (párr. 656); Tribunal Militar Internacional de Tokyo, caso de los Mayores Criminales de Guerra (párrs. 693 a 700) y Caso Toyoda. En este mismo sentido el TPIY en el caso Mucić *et al.* (“Čelebići”).

7 Ver: Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Jelic c. Croacia, Sentencia de fondo. Aplicación no. 57856/11, 12 de junio de 2014, párrs. 88-90.

8 Al respecto ver: Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 143; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 110; y caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263. 162.

9 Para ampliar este concepto ver: CPI, SPI II, Fiscal c. Dominic Ongwen, “Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen”, ICC-02/04-01/15-422-Red, 23/03/2016, párrs. 45 y 146; SCP I, Fiscal c. Laurent Gbagbo, ICC02/11-01/11-656-Red, cit., párr. 262; SCP II, Fiscal c. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, ICC-01/05-01/08-424, 15/06/2009, párr. 405.

a los subordinados que hayan estado involucrados en los mismos, y (iii) enviar la cuestión a las autoridades competentes cuando no se tenga la facultad jurídica para castigar (Olasolo, 2013, p. 767). Sin embargo, estas obligaciones no pueden ser analizadas de forma aislada, puesto que, si se omite el cumplimiento de alguna de ellas, se podría atribuir responsabilidad al superior en virtud del artículo 28 del Estatuto de Roma (Acevedo, 2007); esto significa, que “la responsabilidad penal por omitir el deber de prevenir no puede ser eximida por el cumplimiento de los deberes de reprimir y enviar la cuestión a la autoridad competente” (Olasolo & Canosa, 2018, p. 453).

Con el fin de determinar los elementos específicos que definen la responsabilidad de mando resulta esencial aproximarnos a la interpretación del artículo 28 del Estatuto de Roma desarrollada en el caso Jean-Pierre Bemba Gombo del 15 de junio de 2009.¹⁰ En este caso, la CPI sostuvo que deberán cumplirse con los siguientes requisitos para que un superior incurra en responsabilidad conforme al artículo 28:

(a) el sospechoso debe ser un superior militar, o una persona que actúe efectivamente como tal; (b) el sospechoso debe tener un mando y control efectivo, o una autoridad y control efectivo sobre las fuerzas (subordinados) que cometieron uno o más de los delitos previstos en los artículos 6 al 8 del Estatuto; (c) los delitos cometidos por sus fuerzas (subordinados) resultaron de la omisión del sospechoso de ejercitar un adecuado control sobre las mismas; (d) el sospechoso conocía o debía conocer las circunstancias vigentes al momento, o ha debido saber, que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o más de los delitos previstos en los artículos 6 al 8 del Estatuto; y (e) el sospechoso no adoptó las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar o castigar la comisión de tales delitos, o dejó de informar sobre el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento” (párr. 407).

10 Sobre este caso se refirió Kai Ambos, en el periódico en Semana, el 15 de junio de 2018, en los siguientes términos: “El 21 de marzo de 2016, una Sala de primera instancia de la CPI condenó al político congoleño Jean Pierre Bemba por la comisión de crímenes de guerra (asesinato, violación y saqueo) y crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) realizados por sus tropas en la República Centroafricana en los años 2002 y 2003, invocando la figura de responsabilidad del superior. (...)”. El 8 de junio de 2018, Bemba fue absuelto por la Sala de Apelaciones de la CPI, basando sus argumentos en consideraciones probatorias y en la interpretación restrictiva del superior (2018).

Estos requisitos pueden ser acotados a la satisfacción de tres elementos: (a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) la omisión por el superior de su obligación jurídica de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir o someter a la autoridad competente los crímenes internacionales de sus subordinados (elemento objetivo), y (c) el conocimiento que el superior tenía o debiera haber tenido de dichos crímenes internacionales (elemento subjetivo)¹¹ (Werle, 2011). Dada la importancia de estos elementos, más adelante se abordará un análisis comparativo de los mismos en relación con el concepto de responsabilidad de mando del artículo 24 transitorio del Acto Legislativo.

2. La responsabilidad de mando en el Marco Jurídico

Transicional

La responsabilidad de mando como régimen de imputación especial fue incluido dentro del marco jurídico transicional en varios puntos del Acuerdo Final de Paz, en el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2016 y en los artículos 67 y 68 del Proyecto de Ley número 008 de 2017 Senado - 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” (en adelante Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP o PLE).¹²

Antes de su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano como parte de la implementación del Acuerdo, la responsabilidad de mando había sido discutida y fue incluida por primera vez en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, aprobado el 15 de diciembre de 2015 como parte de los aspectos relacionados con el tratamiento penal que recibirían los actores armados en el postconflicto. Así, en cuanto los elementos definitorios de la responsabilidad penal, en el parágrafo 44 del acápite de la JEP se hacía referencia al tratamiento diferenciado al que serían sometidos los agentes del Estado con apego a las normas del DIH. Por otra parte, se dispuso que para definir la responsabilidad penal de los integrantes de las FARC se tendría “como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal” (Oficina del Alto comisionado para la Paz, 2015, p. 39).

11 Véase, entre otros: *Prosecutor vs. Delalic y otros (Celebici case)*, caso IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998, parágrafos 354, 370, 395, 773, 774.

12 A la fecha de redacción de este ensayo, el PLE se encuentra pendiente del trámite legislativo de sanción presidencial y de promulgación para que pueda ser considerado ley de la República. Al tratarse de una ley estatutaria, la Corte Constitucional de Colombia realizó un control automático de constitucionalidad en la Sentencia C-080 de 2018. Referencia: Expediente RPZ-010. Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá D.C., 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Sobre la imputación de responsabilidad a los mandos de la fuerza pública y los comandantes guerrilleros por actos de sus subordinados, se señaló que ésta deberá fundarse en: (i) el control efectivo de la respectiva conducta; (ii) en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta; y (iii) los medios a su alcance para prevenirla, y en adoptar las decisiones correspondientes, que en el caso de miembros de la fuerza pública consisten en promover las investigaciones procedentes (Oficina del Alto comisionado para la Paz, 2015).

Después del triunfo del ‘no’ en el plebiscito por la paz, se aprobó el Acuerdo Final el 12 de noviembre de 2016 en el que se introdujeron algunas modificaciones propuestas por los voceros del ‘no’.¹³ Respecto de la responsabilidad de los mandos de las FARC, se adiciona un inciso en el que se indica que deberá entenderse por control efectivo de la respectiva conducta, “(...) la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”¹⁴ (Acuerdo Final, 2016, p. 164). En cuanto a los miembros de la Fuerza Pública, se suprimió toda mención al significado de control efectivo.

Las sucesivas modificaciones y supresiones en la regulación de la responsabilidad de mando generaron preocupaciones por parte de diversos sectores¹⁵ entre ellos, la Fiscalía de la CPI. En el Informe del 2016 sobre las actividades de examen preliminar de la situación en Colombia, la Fiscalía de la CPI expresó que deberá tenerse en consideración “si existe alguna laguna sustantiva en las leyes aplicadas por las autoridades competentes de la Jurisdicción Especial para la Paz, como las relativas a la responsabilidad del superior” (p. 257). Estas observaciones fueron reiteradas en el Informe de Colombia sobre las actividades de examen preliminar del 5 de diciembre de 2018 (párr. 156). Posteriormente, la Fiscal Fatou Bensouda (2017) manifestó que “[a]unque el concepto de responsabilidad de mando aparece

13 El 2 de octubre de 2016 se llevó a cabo a plebiscito sobre el Acuerdo de paz del 24 de agosto de 2016 por medio del cual se pretendía la refrendación para aprobar los acuerdos entre el gobierno de Colombia y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Sin embargo, la mayoría de los votantes rechazaron el Acuerdo con las FARC.

14 La redacción tal como aparece fue rectificada mediante el comunicado conjunto # 16 del 24 de noviembre de 2016, en el que las Delegaciones del Gobierno Nacional y de las FARC-EP modifican lo siguiente: “Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional, tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma”.

15 Al respecto ver: Vivanco está “decepcionado” por cambio en Acuerdo de Paz. *El Tiempo*. 25 de noviembre de 2016. también: R. Uprimny y D. Guiza, *Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la paz y regula el tratamiento especial a la Fuerza Pública*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 13 de febrero de 2017.

claramente definido en el Estatuto de Roma, observ[aba] con cierta preocupación que en la versión final del acuerdo de paz se ha eliminado toda referencia directa al correspondiente artículo 28 del estatuto”. Finalmente, a pesar de las observaciones señaladas, el artículo 24 del Acto Legislativo incorpora requisitos adicionales y diferentes a los contemplados en el derecho internacional –definición restrictiva, lo que podría derivar en la impunidad de los delitos cometidos bajo esta modalidad y, en consecuencia, en el incumplimiento de la obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar los crímenes internacionales aún en contextos de transición.¹⁶

2.1. La definición de responsabilidad de mando en el Acto

Legislativo 01 de 2017

Entre los criterios que rigen el procedimiento ante la JEP está la figura de la responsabilidad de mando, contemplada en el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017. En dicho artículo no solo se define el concepto de responsabilidad de mando, sino que además se señalan cuáles son los eventos en los que se considera que existe mando y control efectivo del superior, así:

[...] La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes. Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a) Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su

16 La Corte Constitucional de Colombia declara exequible el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017 mediante la Sentencia C-674 de 2017. Referencia: Expediente RPZ-00. Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá D.C. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-674-17.htm>

mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

b) Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;

c) Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y

d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión (Acto Legislativo 01, 2017).

Como puede extraerse, en el texto precitado solo se hace mención expresa a los miembros de la Fuerza Pública, lo cual suponía una laguna jurídica en la imputación de responsabilidad de mando a los jefes de las FARC; sin embargo, esta situación se vería en parte subsanada en el Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP,¹⁷ cuyo artículo 67¹⁸ regula la responsabilidad de los mandos de las FARC-EP, con algunas diferencias respecto del tratamiento que reciben los miembros de la Fuerza Pública.

Las dos diferencias principales entre la responsabilidad de mando en el artículo 67 del PLE y en el artículo 24 del Acto Legislativo 01 de 2017, es que esta última resulta más estricta y por lo tanto más restrictiva en cuanto: (i) exige el cumplimiento de condiciones concurrentes para probar la existencia de control efectivo; y (ii) condiciona el cumplimiento de la obligación de prevenir a las posibilidades del superior de acuerdo con las condiciones fácticas. Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad de los mandos de las FARC, se indica que deberá interpretarse el control efectivo

17 A la fecha de redacción de este ensayo, el PLE se encuentra pendiente del trámite legislativo de sanción presidencial y de promulgación para que pueda ser considerado ley de la República. Al tratarse de una ley estatutaria, la Corte Constitucional de Colombia realizó un control automático de constitucionalidad en la Sentencia C-080 de 2018. Referencia: Expediente RPZ-010. Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá D.C., 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018).

18 Proyecto de Ley Estatutaria de la JEP: Artículo 67. Responsabilidad de los mandos de las FARC-EP. “La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía” (Proyecto de Ley Estatutaria JEP, art. 67). Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el Derecho Internacional.

“(…) tal y como se establece en el derecho internacional”, lo que difiere sustancialmente de la exigencia de condiciones concurrentes para probar el control efectivo aplicable a los mandos de la fuerza pública.

Estas diferencias resultan problemáticas, puesto que es posible que, en el trámite ante la JEP, los miembros de las FARC soliciten la aplicación preferente del artículo 24 del Acto Legislativo por ser más favorable a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad de mando, al exigir la concurrencia de requisitos para probar el control efectivo, lo que implicaría que si al menos una de ellas no se cumple se eximirían de responsabilidad penal. Así, en virtud del principio de favorabilidad, los mandos de las FARC podrían exigir que, en la imputación de responsabilidad de mando se aplique el concepto más restringido de esta figura, incluso si este resulta incompatible con los estándares internacionales.¹⁹

Además de estos aspectos, el concepto de responsabilidad del mando del artículo 24 es incompatible con los estándares internacionales por las siguientes razones: (i) exige el control efectivo del superior sobre la conducta y no sobre los subordinados a su mando; (ii) demanda la concurrencia de cuatro condiciones para que pueda configurarse el control efectivo; (iii) requiere que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando; (iv) exige capacidad legal y material del superior, excluyendo aquellos casos en los que solo exista capacidad material; (v) no define el alcance de la expresión “medios a su alcance” siendo una expresión vaga y ambigua; y (vi) establece como requisitos adicional el conocimiento actual o actualizable por parte del superior, desconociendo el estándar de conocimiento inferido. Estos criterios restrictivos serán analizados en relación con los elementos de la responsabilidad de mando en el artículo 28 del ER a continuación.

2.1.1. Relación superior-subordinado: mando o control efectivo sobre los subordinados

El artículo 24 del Acto Legislativo 01/2017 prevé que la responsabilidad de mando deberá fundarse en el control efectivo que tenga el superior sobre la conducta de su subordinado. Esta concepción difiere del DIC y del artículo 28 del Estatuto de Roma, puesto que, de acuerdo con los estándares internacionales, solo se exige que el jefe ejerza su mando o control efectivo sobre los subordinados que cometen los crímenes, no sobre su conducta criminal (Bensouda, 2017). Es por ello que una redacción en estos términos resulta limitada y contraria al objeto de la figura de responsabilidad de mando.

19 Siendo que el concepto de responsabilidad de mando del Acto legislativo es el más problemático, el ensayo se centrará en el análisis de sus elementos.

El requisito de control efectivo del superior sobre la conducta del subordinado implicaría trasladar criterios de otras formas de autoría en las que se exige el dominio del hecho como es el caso de la autoría mediata, modalidad de autoría que difiere de la de responsabilidad de mando, al configurarse como un delito de omisión propia o, en el caso del incumplimiento de la obligación de prevenir, como una forma de participación por complicidad dolosa o imprudente (Olasolo, 2013). En palabras de la Fiscal de la CPI, “el requisito de que el superior controle la conducta parecería necesariamente sugerir algún tipo de restricción sobre el alcance de la conducta del subordinado por la que el superior podría ser responsabilizado” (2017).²⁰ De esta forma, la interpretación que se haga de este requisito no deberá limitar la responsabilidad que efectivamente pudieran tener los mandos militares por las conductas de sus subordinados incluso cuando no tengan dominio de ellas.

Por otra parte, el artículo 24 requiere la concurrencia de cuatro condiciones para que pueda configurarse el control efectivo. “Tal exigencia de que concurren requisitos formales y materiales, para comprobar la responsabilidad del mando, desconoce el DPI consuetudinario”, ya que si bien hay criterios que pueden conducir a probar la existencia del control efectivo, estos son puramente indicativos y no se requiere su concurrencia de manera obligatoria (Uprimny & Güiza, 2017, pp. 18-19). Al respecto, se expondrán algunas breves consideraciones.

2.1.1.1. Conductas punibles cometidas dentro del área de responsabilidad

De acuerdo con el artículo 24, una de las condiciones del control efectivo es que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y “que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad”. Esta condición está relacionada directamente con el requisito del literal c del artículo 24, en el que se exige capacidad efectiva del superior para desarrollar y ejecutar operaciones dentro de esa área. No obstante, estas condiciones no son requisitos para demostrar el control efectivo del superior, ni en el DIC ni en el Estatuto de Roma.

La evaluación de tales condiciones resulta innecesaria a la hora de probar el control efectivo que tenga el superior, puesto que podría desconocer circunstancias en las que el superior puede materialmente dar órdenes de desplazamiento a áreas fuera de su zona geográfica de influencia y aun así conservar el control efectivo sobre sus subordinados (Olasolo & Canosa, 2018, p. 453).

20 El Estudio de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario del CICR señala que al efectuar interpretación de la norma 153, algunos juristas han procurado describir los alcances del control sobre el subordinado a través del control sobre sus acciones, pero esto no significa que se establezca un requisito jurídico adicional (CICR, citado por Bensouda, 2017).

Seguir esta lógica implicaría que en casos como el de Bemba no hubiera sido posible que la Sala de Primera Instancia de la CPI lo condenara por crímenes cometidos por sus tropas en la República centroafricana, donde no tenía mando legal pero sí control material sobre las tropas que allí operaban (Uprimny & Güiza, 2017). En consecuencia, circunscribir la responsabilidad del superior a la comisión de crímenes en el área que le haya sido formalmente asignada tiene un efecto incompatible con el DPI, por cuanto ignora que no hay límites geográficos o temporales a la autoridad que un superior ejerce sobre sus subordinados²¹ (Klamberg, 2017).

2.1.1.2. Capacidad legal y material del superior

En primer lugar, el artículo 24 transitorio dispone que “la determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”, apartado que resulta coherente con los estándares internacionales, ya que la existencia del control efectivo del superior sobre sus subordinados involucra la capacidad material del superior para prevenir crímenes futuros o castigar crímenes pasados cometidos por sus subordinados²² (Bensouda, 2017).

Sin embargo, como parte de las condiciones concurrentes del control efectivo se exige que el superior tenga capacidad *legal y material* de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir. Partiendo de esta premisa, un superior sólo podría ser responsable si además de ser designado formalmente, tiene capacidad material sobre sus subordinados, lo que excluye de responsabilidad penal a los superiores de *facto*, es decir, aquellos que ostentan mando, pero carecen de un nombramiento institucional.

Al interpretar la noción de persona que “actúa efectivamente como jefe militar”, la CPI se refiere a aquellos que no son elegidos por ley para llevar a cabo esa función, pero la desempeñan de *facto*²³ (Kiss); por lo tanto, es una categoría mucho más amplia que puede incluir, por ejemplo, oficiales de policía que han sido asignados al mando de unidades de policía armadas, aunque no sean militares de alto rango (Fenrick, 1999, p. 517).

21 Véase, por ejemplo, Schabas (2016). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2a Edición). Oxford: OUP. pág. 613; Vetter (2000). Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (ICC). *Yale Journal of International Law* 25(1), pág. 120.

22 Véase: Fiscal c. Čelebići, ICTY-96-21-A, (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 256; Fiscal c. Bemba, Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto, ICC-01/05-01/08, (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, parágs. 183, 188-189.

23 Ver: CPI, Decision de 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-408 (Bemba Confirmation Decision), párrs. 408 ss.

Por ende, con el fin de que Colombia cumpla con sus obligaciones internacionales, es necesario que este requisito sea interpretado en tal sentido que se entienda por un jefe militar o superior no solamente aquel que ostenta el mando por designación oficial sino “quien tiene poder o autoridad, ya sea de *jure* o de *facto*, para prevenir el crimen de un subordinado o castigar a los autores del crimen una vez que fue cometido” (ICTY, 2001, párr. 192).

2.1.2. La omisión de adoptar medidas razonables y necesarias para prevenir, reprimir o enviar a la autoridad competente los crímenes de sus subordinados (elemento objetivo)

Este elemento se refiere a la naturaleza de la responsabilidad penal en el artículo 28 del ER, en el que se indica que se trata de un delito de omisión que consiste, a nivel objetivo, en el incumplimiento por parte del superior de supervisar apropiadamente a los subordinados²⁴ (Wu & Kang, 1997). En términos generales, este requisito supone que, “[l]os jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables si (...) no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables” (Henckaerts & Doswald-Beck, 2007, p. 632).

Ahora bien, el artículo 24 transitorio del Acto Legislativo dispone que la responsabilidad de mando deberá fundarse, además, “en los medios al alcance del superior para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”. Esta redacción puede resultar problemática sino se interpreta “medios a su alcance” en el sentido de la expresión “medidas necesarias y razonables” del artículo 28 del ER.

La jurisprudencia internacional ha entendido como medidas ‘necesarias’ aquellas apropiadas para que el superior cumpla su obligación de prevenir o castigar según las circunstancias imperantes en ese momento; y como ‘razonables’ las medidas que el superior estaba en condiciones de adoptar en esas circunstancias²⁵ (TPIR, 2001, parág. 4). Por consiguiente, para mantener la compatibilidad con el Derecho Internacional, el superior deberá entenderse responsable de interpretar estas medidas de la forma más amplia posible.

24 “[...] la responsabilidad penal del superior por los crímenes de sus subordinados no se limita solamente a la autoría o participación activa de aquellos, sino que también comprende la comisión por omisión” TPIY, Oric, TC II, Judgement, Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 300.

25 TPIY, Halilovic, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 63; confirmada en TPIY, Oric, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 177.

Al analizar este elemento, es necesario precisar que el artículo 24 no exige un nexo de causalidad entre la omisión del superior y los delitos de sus subordinados, como el que se requiere en el artículo 28 del ER. No obstante, la redacción de este elemento corresponde a la regulación prevista en los estatutos y jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (o TIPY), el Tribunal Internacional para Ruanda (en adelante TIPR) y la Corte Especial para Sierra Leona (o CESL), en las que no se exige un vínculo de causalidad.²⁶ Por lo tanto, la ausencia de este requisito dentro del artículo 24 no resulta problemática, puesto que no es excluyente de atribución de este tipo responsabilidad por delitos de omisión propia, pero descarta “la configuración de la responsabilidad del superior como un supuesto de complicidad por omisión dolosa o imprudente, puesto que esta última requiere que el incumplimiento del superior tenga un efecto favorecedor (nexo de causalidad) de la conducta punible de los subordinados” (Olasolo & Canosa, 2018, p. 494).

2.1.3. Conocimiento de la comisión de conductas punibles (elemento subjetivo)

Respecto del elemento subjetivo, el Acto Legislativo exige el “conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta” y el “conocimiento actual o actualizable de su comisión”. Sin embargo, no se incluye el estándar “hubiere debido saber” del artículo 28.a.i del ER, y además agrega la expresión “actual o actualizable” que resulta ambigua y restrictiva a la hora de determinar la responsabilidad del superior.

De acuerdo con el DIC “los jefes militares y otros superiores son penalmente responsables si sabían o tenían razones para saber que los subordinados se disponían a cometer (o ya habían cometido) los crímenes”²⁷ (Bensouda, 2017). Respecto de la expresión “sabían”, desarrollada en el ER como “hubiere sabido” y que se refiere a la existencia de conocimiento efectivo,²⁸ en el artículo 28 del Estatuto también se

26 A pesar de que la sentencia de primera instancia del TIPY en el caso Delalic exigió la existencia de un nexo causal entre la no omisión del deber de prevenir del superior y la comisión de los crímenes internacionales por los subordinados, la Sala de Apelaciones del TIPY ha rechazado esta interpretación en las sentencias de apelación en el caso Blaskic (párr. 77).

27 Véase también, Fiscal c. Čelebići, ICTY-96-21-A, (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parágs. 222, 241.

28 La expresión “hubiere sabido” del artículo 28 del Estatuto de Roma requiere la existencia de conocimiento efectivo que “puede definirse como el ser consciente de que los crímenes relevantes habían sido cometidos o estaban por ser cometidos” (TESL, 2012, parag. 497). Sin embargo, “el conocimiento efectivo debe ser probado, pero puede ser inferido por evidencias circunstanciales, tales como la posición del acusado” (Ambos, 1999). En el caso Bemba, la CPI señala como factores circunstanciales “los actos prohibidos tuvieron lugar, el tipo y cantidad de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi de actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición del superior y su responsabilidad en la estructura jerárquica, la ubicación del jefe militar en el momento y la ubicación geográfica de los actos. También podrá probarse que sabía sí, ‘a priori, [un jefe militar] forma parte de una estructura organizada

dispone que, en razón de las circunstancias del momento, el comandante “hubiere debido saber” que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.²⁹ Este elemento en la responsabilidad de mando se aproxima a la imposición de responsabilidad objetiva por negligencia aplicable cuando el superior incumple su deber de permanecer constantemente informado de las acciones de sus subordinados (TPIY, 1998).

“La práctica confirma que la responsabilidad no se limita a situaciones en las que el jefe o superior jerárquico tiene un conocimiento real de los crímenes cometidos o que iban a cometer sus subordinados, sino que basta un conocimiento inferido” (CICR, 2007, p. 635). En virtud de lo anterior, la expresión “conocimiento actual o actualizable” es incongruente con el estándar de conocimiento inferido, pues excluye la posibilidad de juzgar a los superiores que hayan omitido su deber de mantenerse informados de las actividades de sus subordinados relacionadas con la preparación o comisión de crímenes internacionales.³⁰

3. La interpretación restrictiva del artículo transitorio 2º y la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional

Para determinar los efectos de una interpretación restrictiva de la responsabilidad de mando en los procesos ante la JEP es fundamental valorar el alcance del principio de complementariedad. Este principio es desarrollado en el preámbulo y en los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del ER; tiene como fundamento un sistema de jurisdicción compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (Olasolo, 2011, p. 168). En este sentido, la aplicación de la complementariedad se basa en la idea de que instituciones nacionales e internacionales comparten responsabilidad en la investigación y juzgamiento de crímenes internacionales; por lo tanto, la CPI goza de un derecho independiente de evaluación (derecho de consideración)

con sistemas establecidos de monitoreo y denuncia’. Por consiguiente, la Sala considera que estos factores son instructivos a los efectos de realizar una determinación acerca de si el superior sabía en el marco del Artículo 28 del Estatuto” (parág. 431)

29 “El estándar ‘tenía razones para saber’ no exige que se pruebe conocimiento efectivo, ya sea explícito o circunstancial. Tampoco exige que la Sala tenga por probado que el acusado sabía efectivamente que se habían cometido o se iban a cometer crímenes. Solamente exige que la Sala esté satisfecha de que el acusado tenía ‘alguna información general en su poder, que lo habría puesto sobre aviso de posibles actos ilícitos por parte de sus subordinados’” PIR, Bagilishema, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 de julio de 2002, parág. 28. Confirmada en TPIR, Nahimana et al., AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007, parág. 791 y TPIR, Bagilishema, AC, Appeal Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, 3 July 2002, parág. 42; con referencia a TPIY, Mucic et al. (“Čelebići”), AC, Appeal Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, parág. 238.

30 Ver: CPI. Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06-803-tEN, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Cuestiones Preliminares I, 7 de febrero de 2007, párr. 434. 5

sobre la situación y las opciones de justicia adoptadas en el contexto nacional (Stahn, 2019, p. 195).

La CPI ha indicado que el principio de complementariedad tiene dos dimensiones: “(i) la prueba de admisibilidad, es decir, la evaluación de la existencia de los procedimientos nacionales y su autenticidad, que es una cuestión judicial; y (ii) el concepto de complementariedad positiva, que se refiere a una política proactiva de cooperación dirigida a la promoción de procedimientos nacionales” (p. 4 y 5).³¹ Este último implica que más allá de entender la jurisdicción de la CPI como *última ratio*, el papel de la Corte se concentra, además, en reforzar la capacidad de las autoridades nacionales para investigar y enjuiciar los delitos ya cometidos (Lam, 2014, p. 8).³²

Colombia es un Estado parte en el Estatuto de Roma desde el 1 de noviembre de 2002,³³ y desde entonces, la Fiscalía de la CPI ha tenido un rol destacado en el seguimiento de los procesos de paz con los paramilitares en 2005 (El Tiempo, 2010) y con las FARC (en 2016), cooperando en el fortalecimiento de los mecanismos de justicia transicional a través de recomendaciones para la adecuada implementación del componente de justicia, de acuerdo con las obligaciones internacionales.³⁴ Por otro lado, la Fiscalía de la CPI viene haciendo un examen preliminar de la situación de Colombia desde junio de 2004,³⁵ en relación con los presuntos homicidios

31 En octubre de 2010, el Fiscal manifestó en un documento borrador que circuló que la “complementariedad positiva” se basa en el preámbulo y el artículo 93 (10) del Estatuto de Roma, destacando que se trata de una noción que debe diferenciarse del principio de complementariedad contenido en el artículo 17 del Estatuto (ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 93). Además, manifestó que “en todas las fases del examen preliminar, y de manera consistente con su política de complementariedad positiva, la Oficina buscará estimular, cuando sea viable, investigaciones y acusaciones nacionales genuinas por parte de los Estados concernidos, y cooperar y proporcionar asistencia a esos Estados en desarrollo del artículo 93(10) del Estatuto”. (ICC-OTP Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, par. 94. Expresó que su Oficina seguía este enfoque con Colombia. Id., par. 97.

32 Véase: STAHN, C., & SLUITER, G. (coords.) (2009). *The emerging practice of the International Criminal Court* Leiden: Brill; CROSS, M.E., & WILLIAMS, S. (2010). Recent Developments at the ICC: Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity? *Human Rights Law Review* 10.

33 Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002, respecto de los crímenes de lesa humanidad y genocidio. El tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 2002. Con respecto a los crímenes de guerra, la Corte puede ejercer su jurisdicción sobre los crímenes cometidos a partir del 1 de noviembre de 2009.

34 “(...) [S]emanas después de que la Corte Constitucional de Colombia se pronunciara en mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz (pieza clave del proceso de desmovilización de los grupos paramilitares), la Fiscalía de la CPI anunció que desde el año 2005 venía desarrollando un examen preliminar sobre la situación en Colombia. Al año siguiente, en octubre de 2007, y posteriormente en agosto de 2008, el entonces Fiscal Jefe de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, realizó importantes visitas al país (...)” (Olasolo, 2014, p. X).

El 18 de octubre de 2017, la Oficina de la Fiscalía de la CPI remitió un escrito de *amicus curiae* ante la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia (Sentencia C-674 de 2018) en la que se hizo el estudio de la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 por medio del cual se inicia la implementación legislativa del Acuerdo Final.

35 Sobre las actividades de examen preliminar en Colombia: “La Fiscalía ha recibido numerosas comunicaciones en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma en relación con la situación en Colombia.

de civiles organizados por miembros de las fuerzas estatales para que parezcan muertes en combate, conocidos como homicidios por “falsos positivos”, los delitos sexuales y de género y el desplazamiento forzado (Oficina de la Fiscalía de la CPI, 2018, p. 36).

El ejercicio de la complementariedad positiva ha tenido un importante papel en el seguimiento del proceso de paz con las FARC, por ejemplo, cuando la Fiscalía de la CPI ha manifestado sus reparos sobre algunos aspectos que regulan el funcionamiento de la JEP, en especial, su inquietud ante una posible interpretación restrictiva del concepto de responsabilidad de mando (Stewart, 2018, p. 9). Esta preocupación también se ha puesto de manifiesto en el Informe sobre las actividades de examen preliminar del 5 de diciembre de 2018, en el que se incluye entre los aspectos evaluados la responsabilidad de mando. Al respecto, la Fiscalía ha enfatizado que “(...) dependerá de los magistrados de la JEP interpretar la legislación nacional vigente y la definición de responsabilidad de comando en particular, teniendo en cuenta cómo se ha desarrollado la noción de responsabilidad de mando en la ley internacional” (2018, p. 41). De este modo, en caso de que el artículo 24 del Acto Legislativo se aplique de tal manera que permita que las personas de alto rango eludan su responsabilidad penal por los crímenes cometidos por sus subordinados, esta situación podría dar lugar a que el examen preliminar de la situación de Colombia se extienda sobre aquellos casos en los que los superiores de alto rango no son llevados ante la justicia, lo que podría conllevar a la activación de la competencia de la CPI.

En este sentido, la Fiscalía deberá valorar si el Estado ha iniciado procesos que involucren la responsabilidad de los superiores, y si esos procesos son genuinos (disposición para investigar), es decir, si no buscan sustraer a los perpetradores de la responsabilidad penal (Stewart, 2018). Con arreglo al segundo párrafo del artículo 17 del ER los procesos se consideran genuinos si: (i) no han sido adoptados con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal; (ii) no han sufrido una demora injustificada en el juicio que sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia; y (iii) se han sustanciado

El examen preliminar se centra en los presuntos crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto armado entre las fuerzas gubernamentales, los grupos armados paramilitares y los grupos armados rebeldes, incluidos los crímenes de lesa humanidad de asesinato; traslado forzoso de población; encarcelamiento u otra privación severa de la libertad física; tortura; y la violación y otras formas de violencia sexual; y los crímenes de guerra de asesinato; ataques intencionales contra civiles; tortura; otro trato cruel; atropellos a la dignidad personal; toma de rehenes violación y otras formas de violencia sexual; y utilizar a los niños para participar activamente en las hostilidades. El examen preliminar también se centra en la existencia y la autenticidad de los procedimientos nacionales en relación con estos delitos” (Corte Penal Internacional, [en línea]).

de manera independiente o imparcial de forma que sea compatible con la intención de hacer comparecer a las personas ante la justicia. Por ende, el examen de admisibilidad por la indebida aplicación de la responsabilidad de mando estará supeditada a la evaluación de las circunstancias descritas y requerirá de un análisis cuidadoso del tratamiento que la JEP haga de estos casos, lo que podría tomar años. De forma alternativa, en función de la llamada jurisdicción universal³⁶ los jueces de otros países podrían juzgar a los máximos responsables que logren sustraerse de responsabilidad penal por una aplicación de la figura de responsabilidad de mando que sea contraria a los estándares internacionales;³⁷ sin embargo, siguiendo los ejemplos en los que se ha intentado aplicar esta figura, el juzgamiento de un mando militar o guerrillero por jueces de otros países es una posibilidad remota y supone complejos debates a nivel judicial, político e incluso académico.

Sobre la base del carácter de estos dos mecanismos de justicia (CPI y jurisdicción universal), resulta entonces esencial que la JEP, como primera llamada a luchar contra la impunidad de los crímenes cometidos durante el conflicto armado, interprete y aplique adecuadamente la responsabilidad de mando frente a las altas esferas de la cadena de mando militar y guerrillero, con el fin de que la intervención de la CPI no vaya más allá del ejercicio de la complementariedad positiva. Para ello será necesaria la armonización de la definición del artículo 24 con el DIC y el DIP no solo por razones de justicia con las víctimas, sino también para dar solidez jurídica y legitimidad al proceso de paz.

Con el fin de establecer algunos límites al proceso de armonización, es necesario analizar la interpretación de la figura de responsabilidad de mando efectuada por la Corte Constitucional. En la Sentencia C-674 de 2017, el Tribunal ejerció el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 del 2017, evaluando *inter alia* el concepto de responsabilidad de mando del artículo 24. Sobre este particular, la Corte concluyó que la redacción de este artículo resulta constitucional, pues no comporta una sustitución del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los máximos

36 Véase: ASAMBLEA GENERAL, "Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal", Documento de las Naciones Unidas, A/56/677, 4 de diciembre de 2001. En términos semejantes, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia, el 26 de agosto de 2005. TOMUSCHAT, C., "La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre", en *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 71-I, 200

37 "(...) el concepto de complementariedad [que] entra en juego en la relación entre los estados, se le ha denominado como "complementariedad horizontal". El propósito de introducir complementariedad en las relaciones interestatales es fomentar procedimientos nacionales genuinos en el estado que mejor se adapten a los delitos y evitar afirmaciones demasiado amplias de la jurisdicción universal" (Traducción propia). Bergsmo M., en *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*.

responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Al respecto, la Corte afirmó que:

(...) el punto relevante y decisivo desde la perspectiva del juicio de sustitución no es si la figura de la responsabilidad de mando fue delineada en los términos más estrictos posibles, si amplió los dispositivos de la responsabilidad penal a sus más amplias posibilidades, o si reprodujo la fórmula del Estatuto de Roma, sino si alguna de estas circunstancias deviene en la anulación de la prohibición general de la impunidad, que constituye precisamente el elemento definitorio de la Carta Política que le corresponde preservar a este tribunal, y dentro del cual el constituyente secundario contaba con un amplio margen de maniobra (margen de apreciación) para configurar las estructuras de imputación penal.³⁸

Partiendo de este punto, la Corte Constitucional equipara la figura de responsabilidad de mando con la responsabilidad penal de los máximos responsables, al puntualizar que las estructuras generales de imputación penal que prevé el derecho interno “[...] pueden ser utilizados para investigar, juzgar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos cometidos en el marco del conflicto armado”. Con ello, desconoce que los máximos responsables no siempre son los mandos militares o guerrilleros y que, los títulos de imputación como el de omisión impropia o comisión por omisión no se ajustan a la naturaleza de la responsabilidad de mando, puesto que lo que se castiga no son los delitos de base que le serían atribuidos por no evitar un resultado que tendría el deber jurídico de evitar como garante, sino que la responsabilidad se sustenta en el incumplimiento de un deber de control de los subordinados³⁹ (Kai Ambos, 2005).

Seguidamente, la Corte agrega que, si bien el artículo 24 no coincide en su integridad con la formulación de responsabilidad de mando que se encuentra en el Estatuto de Roma, “[...] es claro que la fórmula del artículo 24 apunta al mismo

38 Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Punto 5.5.1.6.

39 Respecto a esta confusión, Olasolo ha señalado que “[...] la comisión por omisión u omisión impropia no se ajusta a la auténtica naturaleza de la RespSup en el art. 28 ECPI, puesto que esta última se configura como (i) una complicidad por omisión en el caso del incumplimiento del deber de prevenir; y (ii) un delito de omisión propia en el caso del incumplimiento de los deberes de reprimir y enviar el asunto a las autoridades competentes. En consecuencia, la comisión por omisión, además de no ser aplicable con respecto al incumplimiento de estos dos últimos deberes, exige como forma de autoría unos requisitos objetivos y subjetivos que no se encuentran en la RespSup por omisión del deber de prevenir. Así, en el plano objetivo requiere un vínculo de causalidad con los delitos de los subordinados, consistente en una ‘cláusula de equiparación’” (2018, p. 478).

fenómeno del derecho internacional, y que las diferencias versan sobre el alcance específico de algunos de los criterios de valoración para determinar la configuración de la figura, y no sobre sus elementos estructurales” (2017). La Corte agrega que el artículo 28 del Estatuto de Roma no contiene títulos directos de imputación, sino que es un “mandado general de criminalización” que se refiere genéricamente a la responsabilidad de quienes tienen el mando y el control efectivo, o la autoridad y el control efectivo, y que se materializa en el derecho interno a través de las diversas estructuras de imputación penal y, en el contexto del conflicto armado, a través del artículo transitorio 24 (2017).

Finalmente, el razonamiento del tribunal constitucional sugiere que la fórmula del artículo 24 es mucho más concreta y amplia que la del artículo 28 del Estatuto de Roma, aduciendo que:

(...) el artículo 28 del Estatuto de Roma se refiere genéricamente a la responsabilidad de quienes tienen el mando y el control efectivo, o la autoridad y el control efectivo, mientras que el artículo transitorio 24 no solo introduce la exigencia anterior, sino que además especifica los criterios de valoración de este requisito en el escenario de la fuerza pública, determinando que las conductas punibles deben haber sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del implicado, y que éste debe tener la capacidad legal y materia para emitir órdenes, de modificarlas y de hacerlas cumplir, así como la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones donde se cometieron los delitos, y de tomar medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta punibles de los subordinados. De igual modo, el artículo 28 del Estatuto de Roma se refiere al elemento subjetivo exigiendo que el superior debe *“haber sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”*, mientras que la fórmula del artículo transitorio 24 coincide con la fórmula del Protocolo I adicional a la Convención de Ginebra, ya que la alusión al *“conocimiento actual o actualizable”* como requisito para la configuración de la responsabilidad, debe ser interpretada en concordancia con la exigencia del mismo precepto sobre la necesidad de que el superior cuente con *“información a su disposición, antes, durante o después de la realización de la respectiva conducta”*. Y mientras el artículo transitorio 24 se refiere al control efectivo sobre

la conducta delictiva del subordinado, el Estatuto de Roma exige el control general sobre el subalterno (Corte Constitucional, 2017).

Como puede advertirse, la Corte Constitucional concluye que el artículo 24 transitorio recoge los elementos básicos de la responsabilidad de mando y que las diferencias entre su redacción y las disposiciones de derecho internacional no implican una anulación del deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, pues en escenarios de transición este deber podría contraerse a los máximos responsables, lo que según la Corte no ocurre necesariamente cuando se aplica la figura de responsabilidad de mando.

Con esta sentencia, la Corte ignora los posibles efectos que esta interpretación tenga en la práctica judicial, ya que afirma que el concepto de responsabilidad de mando incorporado en el artículo 24 es constitucional, lo que autoriza en cierta medida su interpretación literal y que, en consecuencia, se produzcan los efectos restrictivos a la hora de efectuar un juicio de atribución de responsabilidad penal. Adicionalmente, la interpretación de la Corte Constitucional parece concebir a los “máximos responsables” como un título de imputación de responsabilidad equiparable al de responsabilidad de mando, lo que se configura como un yerro jurídico que abre la puerta a que se transgreda la prohibición de la impunidad y, en consecuencia, se produzca un efecto contrario a los postulados fundantes de la Constitución Política.

En este sentido, la declaración de exequibilidad del artículo 24 y la interpretación que la Corte hace de la figura de responsabilidad de mando podría ser el primer obstáculo hacia la armonización de la definición contenida en el artículo 24 con los estándares del DIC y el DIP, puesto que, desde una perspectiva teórica, resulta contradictorio que el ejercicio del control de constitucionalidad por vía de excepción contradiga un pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2017, al reformar la Carta Política y ser expedido mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tiene un control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional, único, automático, participativo, limitado y posterior, la Corte estaba habilitada únicamente para revisar los requisitos *especiales* que introduce el Acto Legislativo 01 de 2017 referentes a la conexidad material, conexidad teleológica, habilitación temporal y habilitación competencial, así como los vicios de procedimiento⁴⁰ en

40 La Corte Constitucional ha entendido la revisión de los vicios de procedimiento como el análisis de los requisitos formales para la expedición los actos de reforma constitucional, tales como: (i) la publicación del proyecto en la Gaceta del Congreso, antes de darle curso en la comisión competente; (ii) la forma como

la formación del Acto Legislativo, no para examinar su contenido material. No obstante, en el caso particular del artículo 24 transitorio, la sentencia pareciera ir más allá, puesto que, a pesar de aclararse que el juicio de sustitución no implica un control material de la legislación, la evaluación efectuada por la Corte delimita el alcance y contenido del artículo 24 en relación con algunos parámetros del derecho internacional.

En este sentido, a pesar de que la Sentencia C-674 de 2017 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, en su evaluación formal, ello no impide que los magistrados de la JEP, amparados en la autonomía judicial, puedan apartarse de los efectos que dicho juicio implica en relación con el contenido material del artículo 24,⁴¹ ejerciendo un control de constitucionalidad por vía de excepción.

Sin embargo, considerando que la excepción de inconstitucionalidad⁴² se aplica en caso de contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, en el caso del Acto Legislativo 01 de 2017 resulta problemático inaplicar una norma que tiene jerarquía superior (artículo 24) que las normas que podrían sustituir su aplicación como es el caso del artículo 67 del PLE, cuyo rango sería legal y no constitucional. Por otra parte, la aplicación preferente de las normas de DIH y DPI que integran el Bloque de Constitucionalidad, también resulta compleja, ya que se trataría de un conflicto entre normas que ostentan la misma jerarquía, y que, además, no han sido reconocidas expresamente como normas que se integren el Bloque de Constitucionalidad, tal como el artículo 28 del Estatuto de Roma.

se convoca a sesiones extraordinarias; (iii) la acumulación de proyectos; (iv) la designación de ponentes; (v) la elaboración y publicación de los informe de ponencia; (vi) el anuncio previo de votación; (vii) el sistema y la forma como se surte dicha votación; (viii) la publicación de los textos definitivos en cada una de las Cámaras; (ix) la práctica de las audiencias públicas; (x) el tiempo transcurrido entre primer y segundo debate; (xi) la fase conciliación; (xii) los principios de consecutividad, identidad flexible y unidad de materia; y (xiii) la consulta previa, cuando se incluyan medidas que tengan la posibilidad de afectar directamente a las comunidades indígenas o pueblos tribales. El control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución incluye también un análisis de la existencia de posibles vicios de competencia, lo que ocurre cuando sustituyen la Carta en vigor o reemplazan uno de sus ejes definitorios, al punto de que el Texto Superior pierde, en todo o en parte, la identidad que le es propia. Al respecto ver: Corte Constitucional, sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003, C-1124 de 2004, C-1040 de 2005, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-153 de 2007, C-1058 de 2008, C-288 de 2012, C-094 de 2017 y C-332 de 2017.

41 En la Sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional definió que en el sistema jurídico colombiano existe un sistema flexible de precedentes, en virtud del cual los jueces, si bien tienen el deber prima facie de respetar el precedente propio (horizontal) y el de los órganos de cierre (vertical), pueden también apartarse de esas decisiones judiciales.

42 “La excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. Corte Constitucional, Sentencia SU 132/13 y la Sentencia T- 681 de 2016.

Ahora bien, a pesar de que la Corte solo ha admitido la inclusión de algunas disposiciones del Estatuto de Roma en el bloque de constitucionalidad,⁴³ el tribunal ha empleado otras de sus disposiciones como parámetros de interpretación y adecuación de la legislación interna, y no ha negado la posibilidad de que puedan ser incorporados a la Constitución.⁴⁴ Siguiendo el precedente constitucional, es dable afirmar que la incorporación de un artículo del Estatuto de Roma en el Bloque de Constitucionalidad corresponde a un desarrollo jurisprudencial que ha surgido del estudio de casos, ya que según la postura de la Corte “(...) hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos instrumentos de Derecho Penal Internacional aprobados por Colombia, que guardan una relación directa con la protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, lo que desde luego deberá ser examinado caso a caso”⁴⁵ (2009). Esto implica que el artículo 28 del Estatuto de Roma eventualmente pueda ser incorporado en el Bloque de Constitucionalidad, teniendo en cuenta su conexidad con los derechos de las víctimas y con los postulados esenciales de la Carta Política.

Por otra parte, el Estatuto de Roma ha permitido reforzar la argumentación del juez constitucional (Corte Constitucional, 2012), por lo que en ciertos casos ha operado un reenvío hacia el Estatuto de Roma, con el fin de dotar de contenido y alcance una determinada expresión legal, tal y como ha sucedido con los crímenes de guerra⁴⁶ (Corte Constitucional, 2002). Específicamente, en el caso del artículo 28 del ER, la Corte ha traído a colación su texto para extender y armonizar el

43 No todo el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional ha estimado que no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual no obsta para que algunos de sus artículos sí lo conformen. En tal sentido, de manera puntual, han sido tomados como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad las siguientes disposiciones: el Preámbulo (C-928 de 2005); el artículo 6, referido al crimen de genocidio (C- 488 de 2009); artículo 7, relacionado con los crímenes de lesa humanidad (C- 1076 de 2002); artículo 8, mediante el cual se tipifican los crímenes de guerra (C- 291 de 2007, C-172 de 2004 y C- 240 de 2009); el artículo 20, referido a la relativización del principio de la cosa juzgada (C- 004 de 2003 y C- 871 de 2003), al igual que los artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4, concernientes a los derechos de las víctimas (C- 936 de 2010). Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012.

44 Al respecto, la Corte Constitucional “(...) ha preferido determinar, caso por caso, qué artículos del Estatuto de Roma, y para qué efectos, hacen parte del bloque de constitucionalidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2012).

45 Ver: Corte Constitucional, Sentencia C- 488 de 2009.

46 En la sentencia C-1076 de 2002, la Corte recurrió al texto del Estatuto de Roma con un doble objetivo: (i) examinar la validez de una norma legal, es decir, tomarlo realmente como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad, más exactamente, su artículo 8, y (ii) a efectos de dotar de contenido un tipo disciplinario abierto o en blanco, con el fin de poder luego confrontar la norma legal con la Constitución.

alcance de disposiciones de derecho interno, por ejemplo, en la sentencia SU- 1184 de 2001⁴⁷ y en la sentencia C- 181 de 2002.⁴⁸

En este sentido, una solución más pacífica consiste en la aplicación del ER como parámetro de control de constitucionalidad y de adecuación del artículo 24 del Acto Legislativo. Esto significa que los requisitos y expresiones que contiene el artículo 24 del Acto Legislativo que resulten incompatibles con el DPI deberán ser interpretados sobre la base de los estándares que se derivan del ER y otras normas del DIC, acogiendo como criterio hermenéutico la norma más amplia en la protección de Derechos Humanos y en la garantía del DIH (*principio pro personae*), lo que a su vez permite hacerse en la mayor medida posible a los objetivos teleológicos del Acuerdo de Paz, tales como satisfacer los derechos de las víctimas y lograr una paz duradera y estable.

Sin embargo, esta posición supone ciertas contrariedades con el principio de legalidad y de seguridad jurídica por cuanto implica una interpretación teleológica y no literal del artículo transitorio 24, y por lo tanto la extensión del contenido de una disposición que atribuye responsabilidad penal. En este sentido, la disyuntiva surge por la relación entre la ‘responsabilidad de mando’ y el ‘tratamiento penal diferenciado’⁴⁹ para los militares y policías que han participado del conflicto armado, puesto que la adecuación del artículo 24 con el ER, supone un tratamiento penal similar al que reciben los mandos guerrilleros en virtud del artículo 67 del PLE. Por este motivo, detractores como la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro (en adelante “ACORE”) argumentan que mantener el sentido del artículo transitorio 24 garantiza el respeto del principio de legalidad como eje central de las garantías judiciales de quienes han servido al país desde las instituciones castrenses y de policía⁵⁰ (2017; 2018).

Pese a lo anterior, en un escenario de justicia transicional es usual que intereses como el de la justicia y la paz entren en tensiones insalvables, que requieren de un análisis ponderado e incluso de una delimitación de lo negociado en un Acuerdo

47 La Sentencia se refiere al juzgamiento de miembros de la fuerza pública por la comisión de crímenes internacionales.

48 En este caso en concreto, se trató de examinar la validez de la consagración de la falta disciplinaria de comisión de genocidio, prevista en el literal a) del artículo 25.5 de la Ley 200 de 1995.

49 El tratamiento penal diferenciado se aplicará respecto de los agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de este, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá tenerse en cuenta la calidad de garante de derechos por parte del Estado, así como la presunción de que el Estado ejerce de manera legítima el monopolio de las armas. Ver Ley 1820 de 2016 “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”.

50 La Asociación Colombiana de Oficiales de las Fuerzas Militares en Retiro (ACORE) en la Sentencia C-007 de 2018 y en la sentencia C-674 de 2017

de Paz. Bajo esta premisa, resulta esencial determinar el alcance de los derechos de las víctimas en contraposición con las garantías del debido proceso en contexto de transición.

La justicia es concebida como un derecho fundamental de las víctimas, cuyo correlato principal se encuentra en la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario⁵¹ (Corte Constitucional, 2018). Como ocurre con la paz, la justicia es una condición de validez y un elemento fundante del ordenamiento constitucional; sin embargo, desde las diversas dimensiones *iusfundamentales* del derecho, esta no es absoluta, y en procesos tan complejos como los de transición, este derecho establece relaciones de interdependencia con otros principios.

En el caso particular de la aplicación del artículo transitorio 24 se generan efectos en doble vía; por un lado, su aplicación materializa la posibilidad de que los responsables de crímenes cometidos bajo esta modalidad puedan ser investigados y juzgados, y por el otro, expone al superior a un juicio de atribución de responsabilidad penal por los delitos de los subordinados bajo su control. Este escenario supone la colisión entre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas y, las garantías del debido proceso, tales como el principio de legalidad. No obstante, el contenido y alcance de los principios derivados del debido procesal legal difiere en los procesos de justicia transicional, ya que su aplicación no debería impedir la investigación, juzgamiento y la aplicación de sanciones a quienes hayan cometido crímenes durante el conflicto armado.

En contextos de postconflicto, las categorías que componen los mayores atentados contra la dignidad humana han sido decantadas en un proceso histórico a partir del cual se ha construido un consenso internacional en torno a la gravedad de tales conductas, por lo que es exigible tanto a los Estados, como a los grupos armados, pues uno y otros están en capacidad de comprender la existencia de la prohibición (accesibilidad) y de prever que esta acarrea sanciones severas (previabilidad)⁵² (Olasolo, 2013). En este sentido, no es dable afirmar que los miembros

51 Corte Constitucional. Sentencias C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández y C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

52 Los derechos de las víctimas en situaciones de transición, a la verdad, la justicia y la reparación con garantías de no repetición, alcanzaron su positivización constitucional con la reforma efectuada por el Acto Legislativo 01 de 2012, específicamente a través de la adición del artículo 66 Transitorio. Esto, sin embargo, no permite concluir de manera alguna que con anterioridad a dicha enmienda la Carta no les brindara un sustento claro y decidido, ni que sobre ellos no hubiera ya una jurisprudencia en construcción. También debe advertirse que, antes del anterior referente constitucional, había disposiciones con fuerza de ley incorporadas al ordenamiento jurídico en tal sentido. En la sentencia C-370 de 2006. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur

de la Fuerza Pública se verían sorprendidos por la creación de un tipo penal *ex post facto* o por el cambio de condiciones para la atribución de responsabilidad penal, puesto que era previsible que la transgresión de los Derechos Humanos y las normas del DIH implicaría la imposición de sanciones, incluso en un sistema jurídico diferente al transicional.

La concepción del principio de legalidad en el derecho interno, que se concreta bajo el aforismo “no hay pena sin ley previa” –*nullum crimen sine lege*, en el DPI adopta la formulación más amplia que se traduce en “no hay pena sin derecho previo” –*nullum crimen sine iure*–. Esto se explica por la naturaleza propia de los procesos de creación de normas de Derecho Internacional, y por la interrelación entre las fuentes principales y auxiliares en el ordenamiento jurídico internacional. La complejidad de estos procesos implica la aplicación de los métodos de interpretación jurídica, es decir una labor hermenéutica por parte de los órganos encargados de la aplicación del derecho, con el fin de que el sentido del texto interpretado sea acorde con el conjunto de normas internacionales y guarde coherencia con las demás normas dentro sistema, según una interpretación sistemática.⁵³

En Colombia, el proceso penal adelantado por la JEP no busca exclusivamente la imposición de una sanción –justicia retributiva–, sino que parte de un modelo de justicia que tiene como objetivo la reconstrucción del tejido social, la reparación del daño causado y la satisfacción de los derechos de las víctimas justicia restaurativa–.⁵⁴ Desde esta perspectiva, el principio de legalidad puede flexibilizarse y adoptar una fórmula mucho más amplia; teniendo en cuenta, que tanto en el Acto Legislativo 01 de 2017, como en el Acuerdo Final se enfatiza en la centralidad de los derechos de las víctimas, carece de coherencia que se conciba la concesión de beneficios o de un tratamiento penal diferenciado sin condiciones adecuadas para la satisfacción

Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad sobre algunos artículos de la Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. En esta oportunidad, la Sala Plena advirtió que, aunque no se hubieran construido estándares sobre los derechos de las víctimas en contextos de transición, sí había fijado varios criterios en el marco constitucional de normalidad, los cuales eran aplicables en este caso, dado que la transición no suspendía la Constitución. Al respecto precisó: “Tales parámetros tienen que ver con los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y no repetición (...) las condiciones en que pueden ser concedidas las amnistías o indultos, la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de ciertos delitos, y la necesidad de que ciertos recursos judiciales reconocidos dentro del proceso penal se establezcan no solo a favor del procesado sino también de las víctimas, cuando el delito constituye un grave atentado en contra de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario” (Corte Constitucional, 2006).

53 Los métodos de interpretación del conjunto de normas de derecho internacional están contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 31. Regla general de interpretación y en el artículo 32. Métodos complementarios de interpretación.

54 Acuerdo Final. Puntos 5.1.2.1.7. y 5.1.2.1.8.

de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, o en circunstancias que posibiliten sustraer de responsabilidad penal a los perpetradores de graves violaciones a los Derechos Humanos.

En virtud de lo anterior, los magistrados y magistradas de la JEP deberán efectuar una tarea de adecuación entre derecho interno y derecho internacional, lo que demanda que se consulten un conjunto de fuentes que exceden a la ley en sentido formal, con el fin de brindar mayor solidez y eficacia al proceso de implementación del Acuerdo de Paz, ya que de aplicarse una interpretación literal del artículo transitorio 24 podrían presentarse escenarios, en los que, en virtud de garantías procesales como principio de favorabilidad penal, los mandos guerrilleros reclamen la aplicación del artículo 24 por resultar procesalmente más favorable que el artículo 67 del PLE, lo que también amenaza la coherencia interna del sistema y el postulado de ‘tratamiento penal diferenciado’ aplicable únicamente a los mandos militares. En circunstancias como las analizadas, y con el fin de evitar que el concepto de responsabilidad de mando resulte excesivamente restrictivo o produzca efectos adversos para el cumplimiento de los objetivos centrales del Acuerdo Final, se requiere armonizar algunos apartados del artículo 24 transitorio con los estándares internacionales, de tal forma que se reduzcan los espacios de impunidad que podrían generarse en aquellos casos en los que se juzgue la responsabilidad del superior, y de este modo, evitar eventuales intervenciones de la CPI o de jueces de otros países en ejercicio de la jurisdicción universal.

Conclusión

La concepción de responsabilidad de mando en el marco jurídico transicional supone complejos desafíos en relación con la lucha contra la impunidad de los delitos cometidos durante el desarrollo del conflicto armado en Colombia. La redacción del artículo 24 del Acto legislativo 01 de 2017 incorpora algunos apartados que resultan incompatibles con los elementos de la responsabilidad de mando desarrollados en el DPI, lo que podría tener como principal efecto que algunos de los mayores responsables evadan la acción de la justicia y que, en consecuencia, la JEP no cumpla con las expectativas de las víctimas.

Los aspectos que resultan más preocupantes son: (ii) la exigencia de cuatro condiciones concurrentes para probar requisito de control efectivo, lo que es contrario al DIP, según el cual, estas condiciones son parámetros meramente indicativos; (iii) que se estipule que la conducta punible haya sido cometida dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo el mando del superior, lo que implica que se excluyan los supuestos en los que los crímenes sean cometidos fuera de

dicha área, pero bajo control efectivo del comandante; (iv) que se requiera de capacidad legal y además material para imputar responsabilidad en razón de mando, ignorando circunstancias en las que el superior sólo tenga capacidad material; (v) la vaguedad de la expresión “medios a su alcance” lo que puede propiciar la interpretación restrictiva y la ausencia de responsabilidad penal; y (vi) el requerimiento de “conocimiento actual o actualizable”, lo que supone desconocer el estándar de conocimiento inferido.

La interpretación literal y por tanto restrictiva de la responsabilidad de mando podría suponer la activación de la competencia de la CPI e incluso, así sea como una opción remota, la intervención de jueces de otros países amparados en la jurisdicción universal. Por ello es esencial que, al abordar el análisis de los casos sometidos ante la JEP, se adopten criterios hermenéuticos que armonicen el concepto de responsabilidad de mando del Acto Legislativo con los estándares internacionales.

En este punto, tanto el Estatuto de Roma, así como otras normas internacionales que se incorporen al bloque de constitucionalidad servirían parámetros interpretativos para lograr la armonización de los requisitos de la responsabilidad de mando del artículo 24 del Acto legislativo, de modo tal que se aplique la interpretación más amplia y garantista de los derechos de las víctimas, no solo por evitar la intervención de la CPI, sino por razones de justicia y legitimidad del proceso de paz.

Referencias

- Acevedo, J. (2007). La responsabilidad del superior ‘sensu stricto’ por crímenes de guerra en el Derecho Internacional Contemporáneo. *Revista International Law, volumen* (10), 153-198.
- Ambos, K. (26 de septiembre de 2015). “¡Tanta justicia sí permite la paz!”. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/tanta-justicia-si-permite-paz>
- Ambos K. (1999). La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. (52), pp. 527-593
- Ambos, K. (15 de junio de 2018). La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior. *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-absolucion-de-jean-pierre-bemba-y-la-responsabilidad-del-superior-columna-de-kai-ambos/571182>
- Ambos, K. (2005). La parte general del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática. E. Malarino (trad.), Ed. Duncker y Humboldt, Konrad Adenauer Stiftung y Ed. Temis, Montevideo, 2005, p. 298-299.

- Bergsmo, M. (ed.). (2010). *Complementarity and the exercise of universal jurisdiction for Core International Crimes*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher. Recuperado de https://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_7_Web.pdf
- Boas, G., Bischoff, J.L., & Reid, N. (2008). *International criminal law practitioner library: Forms of responsibility in International Criminal Law* (Volume 1). Nueva York: Cambridge University Press.
- Case Matrix Network. (2016). *International Criminal Law Guidelines: command responsibility* (2a edición). Brussels: Editor Centre for International Law Research and Policy.
- CICR. (2001). Comentario del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)
- Fenrick, W. J. et al. (2008). *Part 2. Jurisdiction, admissibility and applicable law: Article 8, War Crimes*. En Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (pp. 305-306). Munich, Oxford/Baden-Baden.
- Klamberg, M. (ed.). (2017). *Commentary on the Law of the International Criminal Court*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic E Publisher. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/doc/aa0e2b/pdf/>
- Kiss, A. (2016). La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional. La Haya, Holanda. Recuperado de http://zis-online.com/dat/artikel/2016_1_978.pdf
- Lam, J. (2014). Contrasting Complementarity: Assessing the International Criminal Court's Support for Domestic Prosecutions. En *International Criminal Justice: The ICC and complementary*. Nairobi: The Kenyan Section of the International Commission of Jurists.
- Meloni, C. (ed.). (2015). *The evolution of Command Responsibility in International Criminal Law*. En Morten Bergsmo, CHEAH Wui Ling, SONG Tianying and YI Ping (eds.). *Historical Origins of International Criminal Law* (Volumen 3) pp. 683-714. Brussels. Torkel Opsahl Academic EPublisher.

- Olasolo, H., & Canosa, J. (2018). La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional. *Política criminal*, 13(5), 444-500. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol-13N25A12.pdf
- Olasolo, H. (2014). Los exámenes preliminares de la Corte Penal Internacional en América Latina: el caso colombiano y su impacto sobre futuras negociaciones de paz en la región. *Anuario de Derechos Humanos*, (núm. 10), pp. 35-56.
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olasolo, 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*, Vol. 7 (núm. 24), 79-102. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18479/16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Olasolo, H. (ed.). (2011). *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH).
- Henckaerts J., & Doswald-Beck L. (ed.) (2007). *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* (Volumen I). Buenos Aires: CICR.
- Olasolo, H. (2007). De los Riesgos y las Precauciones necesarias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Corte Penal Internacional: El Estudio de la Determinación de las Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad. *Revista brasileira de ciências criminais*, (núm 67), 59-112
- Olasolo, H. (2013). El principio *nullum crimen sine iure* en el Derecho Internacional Contemporáneo”, Bogotá. Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal, ANIDIP, vol. 1, pp. 18-42.
- Stahn, C. (2019). *Critical introduction to international criminal law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Uprimny, R. (19 de noviembre de 2016). Un acuerdo sobre el acuerdo. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-acuerdo-sobre-el-acuerdo>

- Uprimny, R., & Guiza, D. (2017). Reflexiones sobre la reforma constitucional que crea la Jurisdicción Especial para la paz y regula el tratamiento especial a la Fuerza Pública. *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_909.pdf
- Vivanco, J. (25 de noviembre de 2016). “Decepcionado” por cambio en Acuerdo de Paz. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/vivanco-esta-decepcionado-por-cambio-en-acuerdo-final/16759214#sthash.ZoWnDhKW.dpuf>
- Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Segunda edición). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Wu, T., & Kang, Y. (1997). *Criminal liability for the actions of subordinates: The doctrine of command responsibility and its analogues in United States*. *Harvard International Law Journal*, Vol (38), pp. 272-297.

Otras fuentes

- Oficina del Alto Comisionado para la Paz, *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos*, 15 de diciembre de 2015. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/borrador-conjunto-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto-1450190262.pdf>
- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, del 12 de noviembre de 2016.
- Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto, Borrador Conjunto de 15 de diciembre de 2015: “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos.
- Comunicado conjunto #7 del 24 de noviembre de 2016, en el que las Delegaciones del Gobierno Nacional y de las FARC-EP. FE DE ERRATAS. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/comunicado-conjunto-7-fe-de-erratas-24-de-noviembre-de-2016-1480001802.pdf>

Stewart, J. (1 de noviembre de 2018). El artículo 28 del Estatuto de Roma. Conferencia llevada a cabo por la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia - conferencia. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20181102-dp-bogota.pdf>

Stewart, J. (30 de mayo de 2018). El rol de la CPI en el proceso de justicia transicional en Colombia”. Conferencias organizadas por el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Friburgo, la Universidad Externado en Bogotá, y la Universidad EAFIT en Medellín y Bogotá, Colombia.

Fiscalía de la CPI. (2003). *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, 2003, pág. 30.

Fiscalía de la CPI. (2016). *Informe sobre Exámenes Preliminares, situación en Colombia*, párr. 257 Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

Bensouda, F. (2017). Escrito de amicus curiae de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia Referencia: RPZ-0000001 y RPZ-003. Recuperado de <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea-86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>

Fiscalía de la CPI. Prosecutorial Strategy 2009 - 2012 1 February 2010 The Hague. The office of the prosecutor, ICC. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/66a8dcdc-3650-4514-aa62-d229d1128f65/281506/otpprosecutorialstrategy20092013.pdf>

Fiscalía de la CPI. (2018). *Informe sobre las actividades de examen preliminar de Colombia*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Colombia.pdf>

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. (1946). Sentencia en el Caso Yamashita, 327 U.S, 4 de febrero de 1946, p. 14.

TPIY. Fiscal c. Čelebići. (2001). (Sentencia de apelación), 20 de febrero de 2001, parág. 192.

- TPIY. Mucic et al. (“Celebici”), TC. (1998). Sentencia en el caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, parág. 226.
- TPIR. Bagilishema. (2001). TC I, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 de junio de 2001, parág. 4.
- TIPY. Fiscal vs. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias “Pavo”, Hazim Delić, Esad Landžo alias “Zenga” (Čelebići). (1998). Caso N° IT-96-21-T. Sentencia del 16 de noviembre de 1998.
- TPIY. Oric, TC II, Judgement. (2006). Case No. IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, parág. 300.
- TPIY. Halilovic, AC, Appeal Judgement. (2008). Case No. IT-01-48-A, 16 de octubre de 2007, parág. 63; confirmada en TPIY, Oric, AC, Appeal Judgement, Case No. IT-03-68-A, 3 de julio de 2008, parág. 177.
- CPI. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bamba Gombo. (2009). Caso N°01/01-05/08. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. Párr. 16. (2016) Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párrs. 436-442.
- CPI. Fiscal c. Bemba. (2016). Decisión con arreglo al Artículo 74 del Estatuto, ICC-01/05-01/08, (Sentencia de primera instancia), 21 de marzo de 2016, párrs. 184, 189.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-578 de 2002. Magistrado Sustanciador: Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: Expediente LAT-223, 30 de julio 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-290 de 2012. Magistrado Sustanciador: Humberto Antonio Sierra Porto. Referencia: Expediente D- 8776, 18 de abril 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-674 de 2016. Magistrado Sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Referencia: Expediente RPZ-00. 14 de noviembre de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia C-080 de 2018. Magistrado Sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo. Referencia: Expediente RPZ-010, 15 de agosto 2018.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia C-007 de 2018. Magistrada Sustanciador: Diana Fajardo Rivera. Referencia: Expediente RPZ-010, 1 de marzo 2018.

Disposiciones jurídicas y normas internacionales

Acto Legislativo 1 de 2017. (2017). 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 se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 50.196 de 4 de abril de 2017.

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

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

Norma 153 del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario del CICR.

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

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

Proyecto de Ley número 008 de 2017. (2017). Senado – 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2032%20comunicado%2015%20de%20agosto%20de%202018.pdf>

El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT

Rome's Statute from an LGBT Perspective

O estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT

Nicolás Eduardo Buitrago Rey*

Fecha de recepción: 11 febrero de 2019

Fecha de aprobación: 3 de marzo de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8493>

Para citar este artículo: Buitrago-Rey, N.E. (2019). El Estatuto de Roma desde una perspectiva LGBT. *ANIDIP* 7, 69-89. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8493>

Resumen

A pesar de que los estudios sobre género y sexualidad vienen realizándose desde la década de los ochenta, solamente en décadas recientes se han publicado escritos relacionados con la lectura de la teoría LGBT sobre el Derecho Internacional. Mediante un análisis desde esta teoría es posible develar los silencios que posee el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional respecto a la posible investigación y eventual sanción de crímenes internacionales o graves violaciones a Derechos Humanos cometidas en contra de miembros de este sector de la sociedad. Así pues, en primer lugar, se analizan el preámbulo, el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad, entre otras disposiciones del Estatuto, con el fin de mostrar los vacíos que posee este marco regulatorio para proteger a la población LGBT. En segundo lugar, con el fin de explicar los vacíos normativos, se utilizarán criterios de análisis de la teoría LGBT a partir de los cuáles se puede develar cómo los actores que intervinieron en la creación y aplicación del Estatuto de Roma entienden qué es la sexualidad y quiénes son los LGBT, para así comprender el por qué de la configuración actual de las normas de Derecho Penal Internacional. Finalmente, se concluye sobre cómo con una lectura conjunta entre las perspectivas clásicas y críticas sobre el derecho internacional es posible tener un mejor entendimiento de la posición que tienen los LGBT en esta rama del derecho internacional público.

Palabras clave: LGBT, Estatuto de Roma, Derecho Internacional, Derechos Humanos.

* Abogado con profundización en Derecho Internacional y Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, Magíster *Cum Laude* en Derecho Internacional y Magíster *Cum Laude* en Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de Derecho Internacional y Derecho Constitucional en la Universidad del Rosario. Fue un joven investigador del Grupo de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.

Abstract

Through an analysis of LGBT legal studies, it is possible to reveal the silences and exclusions of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) regarding the likelihood of an investigation and eventual punishment of international crimes or serious human rights violations committed against the LGBT population. First, the preamble and the crime of genocide are analyzed to determine the regulatory omissions of the Statute. Second, crimes against humanity, particularly the crime of persecution, are analyzed to show the exclusions that this regulatory framework has to protect this population. Thus, to explain the regulatory gaps, criteria of analysis of the LGBT theory are used to reveal how the actors who intervened in the creation and application of the Rome Statute understood the sexualities and gender identities protected by the ICC. Finally, the conclusion reached is that with the regulations of existing international law, the protection of LGBT persons under international criminal law is limited.

Keywords: gbt rights, sexual orientation, gender identity, Rome Statute, International Criminal Court, crimes against humanity.

Resumo

Apesar dos estudos sobre gênero e sexualidade virem desde a década dos oitenta, so em décadas recentes se têm publicado escritos relacionados com a leitura da teoria LGBT sobre o Direito Internacional. Mediante uma análise desde esta teoria é possível desvelar os silêncios que possui o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional respeito da possível investigação e eventual sanção de crimes internacionais ou graves violações aos direitos humanos cometidas contra membros deste setor da sociedade. Deste modo, em primeiro lugar, se analisam o preâmbulo, o crime de genocídio e os crimes de lesa humanidade, entre outras disposições do Estatuto, com o objetivo de mostrar os vazios que possui este marco regulatório para proteger à população LGBT. Em segundo lugar, com o objetivo de explicar os vazios normativos, se utilizarão critérios de análise da teoria LGBT a partir dos quais se pode desvelar como os atores que intervíram na criação e aplicação do Estatuto de Roma entendem que é a sexualidade e quem são os LGBT, para assim entender o porquê a configuração atual das normas de direito penal internacional. Finalmente, conclui-se sobre como com uma leitura conjunta entre as perspectivas clássicas e críticas sobre o direito internacional é possível ter um melhor entendimento da posição que têm os LGBT neste ramo do direito internacional público.

Palavras-chave: LGBT, Estatuto de Roma, Direito Internacional, direitos humanos.

Introducción

A lo largo de la historia ha habido diversos acontecimientos que han victimizado a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT);¹ estos hechos no son aislados en la sociedad internacional y tampoco son ajenos a varios momentos clave para el desarrollo del Derecho Internacional Penal. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, el amor homosexual fue considerado enemigo del régimen nazi, lo cual conllevó a que más de 100.000 hombres fueran llevados a interrogatorios entre 1935 y 1945 por actos de homosexualidad. Así, entre 10.000 y 15.000 hombres fueron enviados a campos de concentración, en los que debían identificarse utilizando un triángulo rosado. Si bien no fueron blanco de exterminación sistemática como los judíos o gitanos, si fueron víctimas de “métodos de erradicación de la homosexualidad”, tales como el implante de hormonas o la castración.² (Cant, 2012, pp. 239-240).

Así mismo, durante el régimen del Apartheid en Sudáfrica, miembros homosexuales de las fuerzas militares,³ tanto hombres como mujeres, fueron sometidos a terapias de aversión, que consistían en la utilización de electrochoques para eliminar la atracción hacia personas del mismo sexo, y cirugías de cambio de sexo forzadas. Además, existen testimonios de hombres homosexuales que fueron forzados a participar en violaciones en contra de mujeres (McGreal, 2000). De la misma manera, durante el franquismo en España los hombres homosexuales fueron objeto de persecución y muchos de ellos fueron encarcelados en prisiones, enviados a campos de concentración o incluso a instituciones psiquiátricas (Cabrera Martín, 2014, p. 59).

En el caso del conflicto armado colombiano, de las más de 6.073.453 víctimas registradas ante la Unidad de Víctimas en Colombia para 2014, 562 manifestaron reconocerse como sexualmente diversas; entre ellas, el 85,2 % fueron víctimas del delito de desplazamiento forzado y un 17 % fueron objeto de amenazas (frente a un 2,18 % de la población general). De la misma forma, dentro de la población LGBT

- 1 En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el sistema interamericano de protección a Derechos Humanos ha delimitado conceptualmente a través de su Comisión qué se debe entender por sexo, género, identidad de género, orientación sexual, homosexual, bisexual, transgénero, transexual e intersexual (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pp. 3-5). Esta precisión no se ha dado dentro de marcos regulatorios de Derecho Internacional Penal (incluida la Corte Penal Internacional), pero para efectos de esta investigación se utilizará solamente la sigla LGBT, al ser la utilizada por los estudios LGBT desde las Relaciones Internacionales o el Derecho Internacional.
- 2 La variedad de grupos que fueron víctimas de las injusticias nazis sirve como un ejemplo que demuestra que los “intereses y puntos de vista” de varias víctimas no son convergentes, ya que responden a intereses, contextos y formas de victimización distintos (Dwertmann, 2010, pp. 100-101).
- 3 En este caso, la victimización en el marco del Apartheid no correspondía a motivos raciales, toda vez que los hombres y mujeres LGBT víctimas del régimen sudafricano no fueron personas afrodescendientes, que hacían parte del régimen y las fuerzas militares.

los homicidios y delitos contra la integridad sexual tienen un peso relativo 40 veces mayor que en el conjunto de víctimas de Colombia, al afectarse en un 11,3% y 2,67%, mientras que en la población general las cifras son de 10,47% y 0,06% respectivamente (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2014, p. 7). Por último, entre muchas otras situaciones,⁴ uno de los casos más recientes fue en 2017, cuando activistas internacionales de Derechos Humanos han reportado que al menos 100 hombres gay en Chechenia habían sido arrestados y tres asesinados en esta región rusa por tener conexiones con “orientaciones sexuales no tradicionales” o por sospecha de tenerlas (Wong, 2017).

Los hechos presentados anteriormente tienen una característica en común: se encuentran en un estado de prácticamente total impunidad y han sido indiferentes para el desarrollo del Derecho Internacional Penal, ya que no tuvieron incidencia en los tribunales internacionales penales o en mecanismos de justicia transicional. Así pues, instituciones como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda no hicieron mayor cosa en el avance de la protección legal a homosexuales (Cerone & Bricker, 2005, p. 462) y el resto de la población LGBT. Así pues, si bien existe un creciente reconocimiento de que los responsables de graves violaciones a los Derechos Humanos sean responsables penalmente frente a la Corte Penal Internacional (CPI), esto no se ha hecho extensivo a quienes cometen crímenes debido a la orientación sexual de las víctimas (Barrera Moore, 2017, p. 1288). Por consiguiente, el estado de desprotección actual de la población LGBT respecto de la persecución de las graves violaciones a Derechos Humanos cometidos en contra de ellos es evidente.

Ahora bien, la Oficina del Fiscal (2014) de la CPI emitió un *policy paper* relacionado con los crímenes en razón del género, en el que presenta su interpretación de la definición de género y sexo presentes en el Estatuto de Roma, y en el que hace una mención a la necesidad de abordar la interseccionalidad de diversos factores, como raza, discapacidad, género, sexo, orientación y otras identidades a partir del artículo 21.3 del Estatuto de Roma.⁵ No obstante, esta inclusión, además de superflua, es la

4 Existen muchas otras situaciones en las que la población LGBT ha sido violentada y las reacciones de la comunidad internacional han sido pocas. Por ejemplo, el único caso en el que se ha intentado llevar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hechos relativos a violación de derechos de personas LGBT fue en 2006 cuando, como consecuencia de los asesinatos cometidos por parte del Estado Islámico en contra de hombres homosexuales, que consistían en arrojar a las víctimas de edificios muy altos contra el suelo, fueron considerados un tema que ameritaba ser tratado por este órgano ejecutivo. No obstante, ninguna resolución salió al respecto por el veto de la Federación rusa y de la República Popular China (Stern, 2016).

5 El artículo 21 del Estatuto de Roma relativo al derecho aplicable en la Corte establece: “3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el

única en todo el documento, por lo que no es un criterio en verdad transversal o relevante en la política de la Oficina del Fiscal de la Corte.

Solamente en décadas recientes los Derechos Humanos han sido objeto de estudio de las Relaciones Internacionales y los estudios legales LGBT sobre del Derecho Internacional. Así, desde 1997 los académicos han empezado a analizar los derechos de la población de lesbianas, gais, bisexuales y transgénero (LGBT) relacionados con la sexualidad y el género (Langois, 2015, p. 23) con Paul EeNam Hagland, quien manifestó su preocupación por la garantía de los derechos de esta población. El argumento central de Hagland era que estos derechos dependían de la buena voluntad de los Estados; al igual que las instituciones internacionales, como la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, requieren de la cooperación de los Estados para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones establecidas en tratados de Derechos Humanos (Hagland, 1997, pp. 375-376). De esta forma, se inició un análisis LGBT a los Derechos Humanos desde finales de los noventa, el cual ha generado variados debates y cuestionamientos respecto del Derecho Internacional actual.⁶

¿A qué se debe esta desprotección del Derecho Internacional Penal frente a la población LGBT?, ¿pueden los recientes desarrollos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos incidir en la forma en la que la CPI se dirigirá a asuntos relacionados con la comunidad LGBT? Estos interrogantes han sido abordados por un sector de la academia desde el discurso de los Derechos Humanos y los sistemas internacionales de protección a Derechos Humanos⁷; sin embargo, ¿cómo abordaría la relación entre el Derecho Internacional Penal y la población LGBT y, en general, a quienes se identifican con géneros y sexualidades diferentes a hombre, mujer, heterosexual y homosexual?, ¿qué vacíos posee el Estatuto de Roma frente a la protección de derechos de la población LGBT?

La forma en la que el Estatuto de Roma se aproxima a las cuestiones de género y orientación sexual en sus artículos 6 (crimen de genocidio), 7.1(h) (crimen de

género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

- 6 Adicionalmente, diversos textos que explican el diálogo entre otras posturas, como lo es la teoría queer y el discurso de los derechos humanos desde las Relaciones Internacionales, en los cuáles evidencian sus dificultades, retos y diálogos con otras posturas críticas, tales como la feminista o la poscolonial. (D’Amico, 2015; Thiel, 2015; Thoreson, 2011).
- 7 Desde años posteriores a la creación del Estatuto de Roma y al inicio de funcionamiento de esta Corte, ha habido advertencias sobre el tratamiento que tienen los temas de orientación sexual y géneros distintos a los tradicionales en el marco del Estatuto de Roma (Cerone & Bricker, 2005; Edwards, 2001; Feindel, 2005). Así mismo, desde la academia se ha planteado la posibilidad de que la CPI aplique los estándares de protección a la población LGBT establecidos en el Sistema Europeo e Interamericano de Protección a los derechos humanos (Barrera Moore, 2017).

persecución a grupo o colectividad y 7.3 (definición de “género” del Estatuto) son el reflejo de silencios y exclusiones intencionales de la protección de la población LGBT por parte de los Estados redactores del Estatuto.⁸ En este sentido, el tratado está escrito de tal forma que excluye la orientación sexual y los géneros diferentes a los tradicionales (hombre y mujer) como una categoría protegida en el marco del Derecho Internacional Penal. A su vez, esta redacción y los criterios de interpretación establecidos dentro del Estatuto evitan que se haga una interpretación favorable a las sexualidades y géneros diversos, ya que las normas de Derecho Internacional Penal no pueden ceñirse a los mismos criterios interpretativos que los tratados sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁹

En este orden de ideas, el presente artículo tiene como propósito mostrar una lectura crítica del Estatuto de Roma y de la aproximación tradicional que hay respecto a la investigación y juzgamiento de los crímenes cometidos en contra de la población LGBT en el marco del Derecho Internacional Penal. Para este fin, el texto se encuentra dividido en tres secciones: la primera, reseñará brevemente el estándar actual de protección a los Derechos Humanos de la población LGBT en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la segunda, establecerá cuales son los silencios que realiza el Estatuto de Roma respecto de la protección a personas LGBT; la tercera, las exclusiones expresas que hace este tratado para no proteger a la orientación sexual y los géneros distintos a los de hombre y mujer; y finalmente, se presentarán las conclusiones.

1. El estándar actual de la protección a los Derechos Humanos de la población LGBT

Los sistemas internacionales de protección a los Derechos Humanos han tenido variados desarrollos respecto del alcance de la protección a la población LGBT, especialmente en lo que respecta a los derechos a la no discriminación y a vida privada y familiar, consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos;¹⁰ por tanto, puede afirmarse que esta protección se ha focalizado en los sistemas universal, europeo e interamericano.

8 Este aspecto será explicado con detalle en el numeral 2 del presente documento.

9 Este aspecto será explicado con detalle en el numeral 3 del presente documento.

10 Los derechos a la no discriminación, igualdad ante la ley, derecho a la vida privada y vida familiar está protegida dentro del articulado de estos tratados internacionales sobre derechos humanos. (“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 1969 Arts. 1.1., 11.2, 17.1 y 24.; “Convenio Europeo de Derechos Humanos,” 1950 Art. 8 y 14.; “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

1.1. Sistema Universal de Protección a Derechos Humanos

En el sistema universal de protección a los Derechos Humanos¹¹ se emitió la Declaración de derechos de la orientación sexual e identidad de género, y se creó un experto independiente para los derechos LGBT en el sistema universal. La declaración fue impulsada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por Holanda, Francia, Canadá, Argentina y la Unión Europea, y fue apoyada por 67 Estados, rechazada por 57, entre los que se encuentran Rusia, China y los Estados árabes, mientras otros 67 Estados de 192 de la Asamblea General de las Naciones se abstuvieron de pronunciarse sobre la misma. Posteriormente, Sudáfrica promovió la Resolución en Orientación Sexual e Identidad de Género del Comité de Derechos Humanos, que busca aplicar los estándares actuales de Derechos Humanos a la población LGBT, y que logró ser aprobada por 29 votos en contra de 23 (Human Rights Council, 2011). De la misma forma, en 2016 se logró la creación de un experto independiente en discriminación, violencia, orientación e identidad de género por una mayoría de 23 a 18 en el Comité (y 6 abstenciones) (Human Rights Council, 2016). Lo anterior refleja una clara fragmentación al interior del Comité, toda vez que los Estados occidentales son los que suelen apoyar esta clase de iniciativas; mientras que los Estados árabes, africanos o asiáticos suelen optar por rechazarlas o abstenerse de tomar posición alguna.

En materia contenciosa, el caso *Toonen vs. Australia* del Comité de Derechos Humanos es emblemático, ya que resolvió sobre la contrariedad de la criminalización de las relaciones sexuales entre hombres en el estado federado de Tazmania respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité se refirió a los requisitos de razonabilidad para que una injerencia en la vida personal sea válida, para así determinar que no se perseguía un fin legítimo al estar despenalizada la homosexualidad en el resto de Australia, y porque los motivos de salud o moral pública alegados por el Estado no son proporcionales o necesarios (*Toonen vs Australia*, 31 de marzo de 1994, párr. 8.3). El Comité también ha establecido que la no concesión de pensiones a parejas homosexuales de hecho, cuando las parejas heterosexuales si las tengan es un acto constitutivo de discriminación (*X vs. Colombia*, 2007, paras. 7.2-7.3; *Young vs. Australia*, 2003, paragra. 10-12).

hombre,” 1948 Art. V.; “Declaración Universal de los Derechos Humanos,” 1948 Arts. 7 y 12.1.; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,” 1966 Art. 17 y 26.).

11 Existen tres elementos importantes que han impulsado la protección a derechos humanos de la población LGBTI a nivel global: (i) la sociedad civil, en la que curiosamente se ha resaltado el rol de las corporaciones internacionales en protección de derechos de parejas del mismo sexo -al ser consumidores potenciales-; (ii) las redes transnacionales de derechos humanos, que se enfocan en la despenalización, no discriminación e inclusión; y (iii) la movilización de recursos y estructuras relacionados con la defensa de derechos humanos (D’Amico, 2015Págs. 57-58.).

1.2. Sistema Europeo de Protección a Derechos Humanos

Por otro lado, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹² ha utilizado los conceptos de *common ground* y margen de apreciación al momento de analizar los derechos LGBT. Estos consisten en que cuando no hay consenso respecto de un tema de Derechos Humanos de personas de este grupo vulnerable entre los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Estados tienen derecho a un margen de acción (Caso Shalk y Kopf vs. Austria, 2010). Es decir, en los casos en los que existe consenso, hay un margen estrecho que exige una objetividad de trato diferenciado mucho mayor (Caso E.B vs. Francia, 2008).

Actualmente existen múltiples sentencias en las que se han aplicado estos criterios, concretamente en matrimonio de parejas del mismo sexo (Caso Schalk y Kopf vs. Austria, 2010); Caso de Hämäläinen vs Finlandia, 2014) o su inscripción si fueron celebrados en el exterior (Caso Orlando y otros vs. Italia, 2017) no hay *common ground*. (Caso Shalk y Kopf vs. Austria, 2010) (Caso Schalk y Kopf vs. Austria, 2010). Por otro lado, en el reconocimiento de maternidad o paternidad cuando hay cambio de género (Caso X, Y y Z vs. Reino Unido, 1997) y el reconocimiento del derecho de las personas a identificarse abiertamente como gays, lesbianas o cualquier otra minoría sexual (Caso de Bayev y otros vs. Rusia, 2017), si hay consenso. Dicho lo anterior, es claro que el sentido de las decisiones del tribunal depende, en el fondo, de si la voluntad de la mayoría de los Estados miembro del sistema va encaminada a proteger o no determinado derecho de la población LGBT.

1.3. Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos

Por último, en el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos humanos creó una Relatoría sobre los derechos de las personas LGBT, que monitorea la situación de los derechos humanos de esta población en la región (Organización de Estados Americanos, [en línea]) y se han expedido diversas resoluciones en las que se define qué se debe entender por población LGBT a nivel conceptual, es decir, qué es orientación sexual, identidad de género, una persona gay, lesbiana, etc., (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Por su lado, la Corte IDH ha emitido tres sentencias que abordan el tema:¹³ la primera trata de la pérdida

12 La Corte Europea de Justicia ha tenido un rol importante en la protección de parejas del mismo sexo en Estados de la Unión Europea, especialmente desde que se incorporó el Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Unión con el Tratado de Lisboa. Empero, los Estados siguen contestando de manera negativa las directivas y directrices de las instituciones de la Unión bajo diferentes fundamentos constitucionales y culturales, especialmente a aquellas relacionadas con el derecho de familia (Thiel, 2015).

13 La Corte IDH ha utilizado diversos criterios de interpretación que provienen tanto del Sistema Universal

de custodia de las hijas de una madre lesbiana (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 2012); la segunda es sobre la negación de una pensión a un compañero permanente de un hombre homosexual (Caso Duque vs. Colombia, 2016); y la tercera trata de la separación de un funcionario militar de su cargo por ser homosexual (Caso Flor Freire vs. Ecuador, 2016). Recientemente, la Corte IDH estableció, a través de una opinión consultiva sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, que el matrimonio entre parejas del mismo sexo debía hacerse extensivo a todos los Estados parte de la Convención Americana (Opinión Consultiva OC-24/17, 2017).

En el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, la Corte IDH utiliza la interpretación evolutiva de los tratados para determinar que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (pár. 83 y ss.). En esta sentencia se afirma que el principio del interés superior del niño no puede ser utilizada por los operadores judiciales como un concepto bajo el cual la orientación sexual de un padre pueda incidir sobre la custodia de los menores. De hecho, la Corte sostuvo que “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos” (pár. 110). Lo anterior implicaría que la Corte no admite consideraciones basadas en estereotipos, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por personas homosexuales y su presunto impacto en los niños (pár. 111). También reitera que la composición de las familias ha evolucionado con el tiempo y que los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el riesgo de legitimar y consolidar conductas discriminatorias (pár. 120), ya que entender la familia en un concepto tradicional o cerrado “refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia” (pár. 145).

Así mismo, en el caso Duque vs. Colombia, además de que se reitera que la orientación sexual e identidad de género son categorías protegidas de discriminación, la corte consideró que el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo para la fecha de ocurrencia de los hechos es un acto constitutivo de discriminación (pár. 97 y 98). La Corte también analizó una posible violación de los derechos a la integridad personal y a la vida por la afectación del derecho

como el Sistema Europeo de Protección a Derechos Humanos. Estos han sido retomados por la Corte para determinar por qué la orientación sexual es una categoría protegida de discriminación utilizando por ejemplo el Caso Toonen vs. Australia del Comité de Derechos Humanos y el Caso Shalk y Kopf vs. Austria del Tribunal Europeo. En el presente artículo solamente se analiza el Sistema Interamericano porque es posible que incida en los discursos oficiales de Latinoamérica.

a la salud de Ángel Alberto Duque por ser portador del virus del VIH y ser parte del régimen subsidiado del sistema de salud colombiano; empero, esta discusión se limitó a términos probatorios, por lo que la Corte no enfatizó en aspectos sustanciales en este aspecto (párr. 182-192).

En el Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador, la Corte va más allá y menciona que la no discriminación por orientación sexual también protege la expresión de esta y las consecuencias respectivas en el proyecto de vida de las personas. Así pues, la discriminación opera respecto de la orientación sexual real y percibida, esta última hace referencia a la discriminación a una persona que surge como consecuencia de la percepción que otras personas tengan de esta acerca de la relación con un grupo o sector social, con independencia de la realidad o con la autoidentificación de la víctima (pár. 120). Así, cuando la ley nacional ecuatoriana sancionaba de forma más gravosa los “Actos de homosexualismo” en las fuerzas militares –en el entendido de actos sexuales homosexuales– respecto de los actos sexuales no homosexuales, es constitutivo de un acto discriminatorio (pár. 140).

Finalmente, en la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte, además de reiterar las disposiciones de las sentencias anteriores, establece que los Estados tienen la obligación de instaurar un procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad, de conformidad con la identidad de género autopercibida (pár. 117 y ss.), así como con las regulaciones de protección a los vínculos de parejas del mismo sexo, que incluyen disposiciones de matrimonio y adopción (pár. 172 y ss.). A su vez, realiza una afirmación que no se encuentra en los casos contenciosos previamente mencionados, al afirmar que “la terminología [LGBTI] relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas asexuales, queers (...)” (pár. 32), lo que evidencia un espectro de protección aún más amplio, ya que la Corte hace referencia a proteger no solamente a las categorías estáticas o binarias.

1.4. La crítica LGBT a los sistemas de protección de los derechos humanos

Desde los estudios LGBT se pueden identificar tres razones por las que las pretensiones de universalidad de derechos de la comunidad LGBTQ han permanecido al margen del Sistema Universal de Derechos Humanos. En primer lugar, no se ha creado un tratado de derecho internacional que establezca una obligación vinculante de no discriminación y garantía de derechos a esta población. En segundo lugar, el choque de visiones entre la dimensión individual de Occidente y colectiva de los DDHH ha retenido a los derechos de género y sexualidad en medio del debate

de cuál visión debe ser la universal. Por último, pocas organizaciones no gubernamentales sobre derechos sexuales y de género han recibido status consultivo al interior de las Naciones Unidas (D'Amico, 2015, p. 54). Entonces, si bien a nivel nacional y regional en Europa y América se ha logrado protección en relación con la no discriminación, no existe un Derecho Internacional “universal” que constituya dicha obligación (D'Amico, 2015, p. 56).

Adicionalmente, Paige (2017) ha analizado cómo el Consejo de Seguridad ha generado una invisibilización de las personas LGBT como víctimas de violencia sexual, puesto que dentro del Consejo no ha sido posible que la violencia sexual sea considerada como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, debido a que Rusia y China consideran que este tema es competencia de otros órganos de Naciones Unidas. Además, la utilización de un lenguaje en el que se entiende a los hombres como perpetradores y a las mujeres como víctimas de violencia sexual ha impedido la protección de otras categorías de víctimas, tales como los hombres, personas transexuales o personas transgénero víctimas de violencia sexual, y de los victimarios, que no necesariamente son hombres (Paige, 2017).

2. Los silencios del Estatuto de Roma

El hecho de que un Estado haga uso de su jurisdicción está estrechamente relacionado con la forma en que hace juicios de moralidad, de su conciencia social, de su deseo de contribuir al bien público, y también de su cultura social en general. Existen comportamientos que constituyen delitos en un estado, que pueden no necesariamente ser considerados como tal en otro, como la eutanasia, la poligamia o la homosexualidad. Es por esto que autores como Lulu (2012, p. 43) consideran que un Estado no debe intentar extender su jurisdicción sobre ciertas actividades o incidentes que tienen lugar en otros Estados o hacia ciudadanos de otros países. Esto implicaría que, a pesar de que un Estado que penaliza la homosexualidad no puede extender su jurisdicción hacia otros países, un Estado que penaliza los crímenes contra homosexuales tampoco podría hacer extensiva su jurisdicción.

En el caso del Derecho Internacional Penal la situación frente a la investigación y sanción de crímenes es diferente a la planteada anteriormente, ya que se trata de conductas proscritas por el derecho internacional convencional y consuetudinario. En el Estatuto de Roma son identificables partes en las que los Estados redactores omitieron incluir aspectos relacionados con el género y sexualidad, especialmente en el preámbulo y en la redacción del crimen de Genocidio.

2.1. Preámbulo del Estatuto de Roma

El preámbulo del Estatuto de Roma establece lo siguiente:

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observado con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento.

Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad.

Desde una postura tradicional y amplia del derecho internacional, este primer párrafo del preámbulo da a entender que se reconoce el derecho de la población mundial a preservar la diversidad esencial, tanto desde una perspectiva tradicional como una futura (Triffterer & Ambos, 2016, p. 6). No obstante, lo que establece el preámbulo podría parecer, para una persona LGBT que viva dentro de uno de los estados parte del Estatuto, una disposición más bien hueca y hasta engañosa, ya que en realidad es un reflejo de la falta de consenso por parte de los Estados que redactaron el tratado (Michael, 2014, p. 10)

2.2. La inexistencia de un “genocidio” LGBT bajo el artículo 6 del Estatuto de Roma

En la historia del Derecho Internacional Penal existe una estrecha relación entre el genocidio y el crimen de lesa humanidad de persecución previsto en el artículo 7(1)(h) del Estatuto de Roma. En este sentido surge el cuestionamiento sobre si la población LGBT puede ser objeto de protección bajo alguno de estos crímenes internacionales. Ahora bien, la principal diferencia entre ambas categorías de delitos es la intención de destruir la totalidad o parte de un grupo como elemento necesario del genocidio. Además, los bienes jurídicos tutelados en genocidio son más estrechos, ya que protege los derechos de ciertos grupos a la supervivencia y, por lo tanto, a la diversidad humana.

No obstante, el crimen de lesa humanidad de persecución protege a los grupos de la discriminación, en lugar de su eliminación. Por lo tanto, cuando la persecución se eleva a la forma extrema para destruir a un grupo o parte de un grupo, se puede afirmar que dicha persecución equivale a un genocidio (Cryer, Friman, Robinson & Wilmschurst, 2010, p. 206; Ambos, 2013, p. 292). El crimen de persecución en el Estatuto de Roma, a diferencia de otros Estatutos de los Tribunales ad hoc exige que este crimen se cometa en conexión con otros crímenes competencia de la CPI,

por lo que no toda práctica discriminatoria implica la comisión de este crimen internacional (Stahn, 2019, p. 10). Para Werle y Shabas, este requisito en el Estatuto de la CPI está rezagado respecto del derecho internacional consuetudinario, ya que el crimen de persecución, como el resto de los crímenes de lesa humanidad, se ha convertido en un crimen independiente (Werle, 2009, p. 332; Shabas, 2007, p. 108).

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el art. 6 del Estatuto de Roma, el genocidio consiste en la intención total o parcial de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso; esto quiere decir que la CPI ha resaltado que este crimen se caracteriza precisamente por el hecho de ir dirigido en contra de uno o varios de los grupos protegidos enunciados anteriormente (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009 Párr. 114). Esto implica, sin necesidad de un análisis profundo, que no es posible que exista un genocidio, a la luz del Estatuto, en contra de un grupo específico de la población LGBT, ya que no están protegidos los grupos que se definen por su orientación sexual, su expresión o su identidad de género. No obstante, es importante resaltar que Canadá ha incorporado en su legislación interna a las poblaciones que se distinguen por su identidad de género u orientación sexual dentro de su tipificación del crimen de genocidio.¹⁴

3. Las exclusiones del Estatuto de Roma: Los crímenes de lesa humanidad contra la población LGBT. Particular atención al artículo 7.1 (h) y 7.3 del Estatuto de Roma

El crimen de lesa humanidad de persecución está establecido de la siguiente forma en el Artículo 7.1(h) del Estatuto de Roma

“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

¿Puede existir responsabilidad penal internacional por un crimen de persecución cometido en contra de grupos parte de la población LGBT? Para Bassiouni

14 El Código Penal canadiense incluye entre los grupos protegidos del delito de genocidio aquellas “secciones de la población que se distinguen por color, religión, origen étnico o nacional, edad, sexo, orientación sexual, identidad o expresión de género, o discapacidad mental o física (Criminal Code. R.S.C., 1985, c. C-46”, Section 318(4)).

(2011) existe la necesidad de extender el *rationa materiae* de los crímenes de lesa humanidad, para incluir la persecución en contra de personas con discapacidad o personas en razón de su orientación sexual (p. 14). Así mismo, Barrera Moore (2017, p. 1288) considera que este artículo establece los criterios para los crímenes de lesa humanidad y parece ofrecer la vía más lógica para enjuiciar a los que persiguen a miembros de la comunidad LGBT. A su vez, Triffterer y Ambos (2016) en el crimen de asesinato (art. 7.1(a) del Estatuto de Roma) el responsable no necesita saber quiénes son las víctimas; los asesinatos que no están dirigidos en contra de los grupos protegidos por el crimen de genocidio, tales como grupos políticos, sociales y lingüísticos. Por consiguiente, también incluiría a grupos basados en su orientación sexual, como homosexuales, lesbianas y transexuales (p. 187). Por otro lado, Edwards (2001) considera que, además de estar excluida la orientación sexual, el estándar “universalmente reconocido” parece implicar una gran carga que este grupo no podría ser capaz de cumplir.

No obstante lo anterior, la definición del crimen de persecución incluye la frase residual “u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”, el uso del término “universal”, sería un impedimento para que la CPI incluya la orientación sexual dentro de esta categoría (Cerone & Bricker, 2005, p. 462). Además, el mismo artículo 7 consagra lo que podría ser el impedimento más grande para que considere que podría configurarse el crimen de persecución, puesto que realiza la siguiente definición:

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

En las negociaciones del Estatuto de Roma, la orientación sexual fue un tema presente al momento de definir el crimen de persecución. (Feindel, 2005) De hecho, pareciese que el artículo 7.3 del Estatuto de Roma de manera expresa previene una interpretación del término género respecto de la orientación sexual (Cerone & Bricker, 2005, p. 462), ya que, por ejemplo, en la legislación filipina se incluye de forma expresa a los grupos identificables por su orientación sexual dentro del crimen de lesa humanidad de persecución.¹⁵

15 La ley filipina establece lo siguiente: Sección 6. Otros crímenes contra la humanidad. A los efectos de este acto, “otros crímenes contra la humanidad” significa cualquiera de los siguientes actos cuando se

¿Cuál es el verdadero alcance del artículo 7.3 del Estatuto de Roma?, ¿cierra en efecto la protección de los géneros y sexualidades diversas? En el uso de las Naciones Unidas, “género” se refiere a los roles socialmente construidos que desempeñan las mujeres y los hombres, y que se les atribuyen en función de su sexo, mientras que “sexo” hace referencia a las atribuciones físicas y biológicas atribuidas a hombres y mujeres. Para Triffterer y Ambos (2016) La definición de género contenida en el artículo 7, párr. 3 busca equilibrar ambos aspectos; la definición reconoce la existencia del sexo biológico, mientras que la inclusión de la frase “en el contexto de la sociedad” se refería a los roles y las diferencias socialmente construidos entre los géneros (p. 293). De acuerdo con estos autores, la disposición del art. 7 sí parte de solamente de dos sexos (hombre y mujer), por lo que elimina de manera efectiva a los individuos biológicamente intersexuales de la discusión, ya que para los Estados conservadores partícipes de la redacción del Estatuto, género no podía ser entendido por algo distinto a hombre o mujer. Empero, ellos consideran, junto con otros autores como Barrera Moore (2017, p. 1299), que la ambigüedad presente en el artículo y los criterios establecidos en el artículo 21.3 del Estatuto permitirían la protección de personas por su orientación sexual (Triffterer & Ambos, 2016, p. 193).

Visto lo anterior, el parágrafo 3 del artículo 7 del Estatuto de Roma es una norma poco clara y más bien contradictoria, ya que la definición de género es el reflejo de los lados opuestos que negociaron la definición: un número alto de estados soportó la utilización del concepto de género utilizado por las Naciones Unidas (Steains, 1999, p. 372), así como los grupos de defensa de las mujeres, el Vaticano, los Estados de la Liga Árabe (La coalición conservadora) y las organizaciones conservadoras (Copelon, 2000). El Vaticano fue uno de los que más insistió en que la orientación sexual quedará excluida (Sengupta, 2003), por lo que para autores como Oosterwald (2005), los temas de género no se adoptaron teniendo en cuenta los criterios planteados por Naciones Unidas, lo que implica un retroceso en el entendimiento del género en un sentido sociológico, que va más allá del biológico.

En este orden de ideas, la referencia a “los dos sexos, masculino y femenino” resultó ser una concesión al Vaticano y demás miembros de la coalición conservadora, mientras que la referencia al género “dentro del contexto de la sociedad” fue una concesión a grupos de mujeres que querían incluir un concepto tan fluido,

cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque: h) Persecución contra cualquier grupo o colectividad identificable por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, de orientación sexual u otros motivos universalmente reconocidos como no permisibles en virtud del Derecho Internacional (traducción propia)(Act defining and penalizing crimes against International Humanitarian Law, genocide and other crimes against humanity, organizing jurisdiction, designating special courts, and for related purpose,” 2009).

y tantas iteraciones del término género como sea posible (Kritz, 2014, p. 36). Aun así, a pesar de que se dejan las consideraciones sociológicas como parte de la definición, la referencia a “dentro del contexto de la sociedad” puede estar limitada en su aplicación (Oosterveld, 2005), por lo que es un asunto que deberá ser objeto de interpretación por parte de la Corte (Steains, 1999).

Para Catharine A. MacKinnon (2013), el “género” tal como se define en el Estatuto de Roma no abarca explícitamente a los gays y lesbianas como tales, pero están cubiertos como mujeres y hombres; por otra parte, según la autora los delitos de discriminación contra ellos como homosexuales o lesbianas son frecuentemente de género (p. 110). Mientras que para Stahn, la definición de género en entendimiento binarios de hombre y mujer en el Estatuto es objeto de crítica, ya que hace difícil que identidades transgénero que no se sienten conformes con ambos géneros estén cubiertas por esta norma. Empero, tanto para Stahn como para Chris Dolan esta es una posición contradictoria, ya que se vuelve artificial excluir a quienes no estén conformes con dicha categorización de géneros (Stahn, 2019; Dolan, 2014).

Debido al problema de interpretación que surge alrededor del artículo 7.3, se ha planteado que la vía de protección para la población LGBT es a través de la definición de género proporcionada por el Estatuto (Barrera Moore, 2017), que leída mediante el artículo 21.3 del mismo haría posible aplicar los estándares de protección mencionados en el numeral 2 del presente documento.

Conclusiones

Teniendo en cuenta lo planteado anteriormente, se reitera la afirmación de Francine D’Amico al momento de analizar el Derecho Internacional de los Derechos humanos, y es que basado en el derecho internacional actual por sí solo, no habrá éxito a nivel mundial en la protección a los derechos de la población LGBT, porque los instrumentos de derechos humanos “universales” crean condiciones necesarias, pero no suficientes para el éxito, al existir un sesgo sistémico de jure (D’Amico, 2015 Pág. 56.), que también está presente en las normas sobre Derecho Internacional Penal. Además, si bien las personas LGBT pueden encontrar en el ámbito internacional espacios para presionar a los Estados, este proceso suele ser hostil para las personas LGBT al interior de sus Estados, toda vez que existen diversas luchas o dinámicas sociales al interior de estos (Langois, 2015 Pág. 27.). Esto quiere decir que si a los Estados no les importan los derechos humanos LGBT, no existe forma de que las estructuras respondan al movimiento de derechos humanos (Langois, 2015 Pág. 24.). Lo anterior es el reflejo del preámbulo y de la exclusión de determinados grupos, no solamente los LGBT, en el crimen de genocidio, puesto que estas

normas reflejan los intereses de determinadas luchas sociales dentro de cada uno de los Estados.

En este orden de ideas, la forma en la que los artículos 7.1(h) y 7.3 del Estatuto de Roma están redactados, más allá de excluir de forma expresa las identidades de género diferentes a la de hombre y mujer, y a la orientación sexual como criterio de identificación de grupo, es un reflejo del desconocimiento de derechos LGBT en cuanto a la forma en la que está redactado el estatuto, puesto que no permite la protección de géneros distintos a los tradicionalmente concebidos en Occidente (hombre y mujer), y a que prácticamente no le deja una puerta de entrada a las personas que se identifiquen con sexualidades diferentes a la heterosexual. Adicionalmente, dada la inexistencia de un estándar efectivamente universal sobre protección a derechos LGBT dentro de los sistemas universales y regionales de protección a Derechos Humanos tornan difícil la aplicación del término “universalmente reconocidos” del artículo 7.1(h) para las categorías protegidas de orientación sexual e identidad de género.

De todas formas, el artículo 21.3¹⁶ del Estatuto de Roma permanece como una ventana de oportunidad para que los derechos LGBT reconocidos en el sistema europeo y sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos puedan llegar a ser parte del derecho aplicable de la CPI (Barrera Moore, 2017), aunque en dicha norma permanece la limitante señalada en el art. 7.3 del Estatuto, y el debate en torno a la verdadera universalidad de los derechos LGBT no es una discusión aún esté cerrada dentro del desarrollo del Derecho Internacional.

En resumen, una lectura del Estatuto de Roma desde la teoría LGBT plantea más problemáticas a las ya existentes para la protección de la población LGBT en el derecho internacional. Además, una vez realizado el análisis del presente documento, pareciese reiterarse la premisa de los autores de esta teoría, según quienes existen claras limitaciones para que las reclamaciones LGBT logren permear al derecho internacional penal.

16 El artículo 21.3 del Estatuto establece lo siguiente: “1. La Corte aplicará: (...) La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

Referencias

- Act Defining and Penalizing Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide and Other Crimes Against Humanity, Organizing Jurisdiction, Designating Special Courts, and for Related Purpos, Rep. Act No. 9851, § 6(h), 106:9 O.G. 1120 C.F.R. (2009).
- Barrera Moore, C. (2017). Embracing ambiguity and adopting propriety: Using comparative law to explore avenues for protecting the LGBT population under article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court. *Minnesota Law Review*, 101(2), 1287-1330.
- Bassiouni, M. C. (2011). *Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application*. New York: Cambridge University Press.
- Cabrera Martín, M. (2014). *La impunidad de los crímenes cometidos durante el franquismo: Obligaciones del Estado español bajo el derecho internacional*. Luarca: Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDID).
- Cant, B. (2012). “Anyone who thinks of homosexual love is our enemy”: Remembering the experiences of lesbian, gay, bisexual and transgender people during the Nazi terror. *Diversity & Equality in Health & Care*, 9(4), 239-241.
- Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, No. Serie C. 239 (Corte IDH 2012).
- Caso Duque vs. Colombia (Corte IDH 2016).
- Caso E.B vs. Francia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008).
- Caso Flor Freire vs. Ecuador (Corte IDH 2016).
- Caso Schalk y Kopf vs. Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010).
- Caso Shalk y Kopf vs. Austria (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2010).
- Caso X, Y y Z vs. Reino Unido (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1997).
- Cerone, J., & Bricker, J. (2005). Homosexuals. En D. L. Shelton (ed.), *Encyclopedia of genocide and crimes against humanity* (Volumen 3). Farmington Hills: Thomson Gale.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la Resolución SG/RES 2653. In: Editorial Organización de los Estados Americanos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). En *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. (1950). En *Roma, 4.XI.1950. Consejo de Europa*.
- Copelon, R. (2000). Gender crimes as war crimes: Integrating crimes against women into International Criminal Law International Conference/Conference Internationale. *McGill Law Journal*, 46, 217-240.
- Criminal Code. R.S.C. , 1985, c. C-46.
- Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No. ICC-02/05-01/09-3 (International Criminal Court 2009).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. (1948). In I. C. I. Americana (Ed.).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). In A. G. d. I. N. Unidas (Ed.), *Resolución 217 A (III)*.
- Dwertmann, E. (2010). *The Reparation System of the International Criminal Court : Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Leiden: Brill, Nijhoff.
- D'Amico, F. (2015). LGBT and (Dis)United Nations: Sexual and gender minorities, international law, and UN politics. En M. Lavinias Picq & M. Thiel (eds.), *Sexualities in World Politics: How LGBTQ claims to shape International Relations* (pp. 54-74). New York: Routledge.
- Edwards, G. E. (2001). International Human Rights Law challenges to the New International Criminal Court: The search and seizure right to privacy. *Yale Journal of International Law*, 26, 323-412.
- Feindel, A. T. (2005). Reconciling sexual orientation: Creating a definition of genocide that includes sexual orientation. *Michigan State Journal of International Law*, 13, 197-226.
- Hagland, P. E. P. (1997). International theory and LGBT politics. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 3, 357-384.
- Human Rights Council. (2011). *Resolution on human rights, sexual orientation and gender identity*. Recuperado de <https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-27-32/>.

- Human Rights Council. (2016). Resolution on Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. Recuperado de <https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-32-2/>
- Kritz, B. (2014). The global transgender population and the International Criminal Court. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 17, 1-38.
- Langois, A. J. (2015). Human rights, LGBT rights, and international theory. En M. Lavinias Picq & M. Thiel (Eds.), *Sexualities in World Politics: How LGBTQ claims to shape International Relations*, (pp. 23-37). New York: Routledge.
- Lulu, Z. (2012). Brief analysis of a few controversial issues in Contemporary International Criminal Law. En M. Bergsmo & L. Yan (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law* (pp. 42-43). Beijing: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- McGreal, C. (2000). Gays tell of mutilation by apartheid army. *The Guardian*. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2000/jul/29/chrismcgreal>
- Michael, B. (2014). Criminalising LGBT persons under National Criminal Law and article 7(1)(h) and (3) of the ICC Statute. *Global Policy*, (4), 401-414. Doi:10.1111/gpol.2014.5.issue-4
- Oosterveld, V. (2005). The definition of gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for International Criminal Justice. *Harvard Human Rights Journal*, 18, 55-84.
- Opinión Consultiva OC-24/17 (Corte IDH 2017).
- Organización de Estados Americanos. Mandato y Funciones de la Relatoría Especial sobre los derechos de las personas LGBTI.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). En *Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas*.
- Sengupta, J. (2003). How the UN can advance gay rights. *Gay & Lesbian Review Worldwide*, 10(6), 32.
- Steains, C. (1999). Gender Issues. En R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*. La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law International.

- Stern, J. (2016). The UN security council's arria-formula meeting on vulnerable groups in conflict: isil's targeting of lgbti individuals. *New York University Journal of International Law and Politics*, 48, 1191-1198.
- The Office of the Prosecutor. (2014). Policy paper on sexual and gender-based crimes.
- Thiel, M. (2015). Transversal and pluralistic politics in the European Union's anti-discrimination policy: LGBT politics under neoliberalism. En M. Lavinás Picq & M. Thiel (Eds.), *Sexualities in world politics: How LGBTQ claims to shape International Relations*. New York: Routledge.
- Thoreson, R. R. (2011). The Queer Paradox of LGBTI Human Rights. *Interalia: a journal of queer studies*, 6, 1-27.
- Toonen vs Australia, No. Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (UN Human Rights Committee, 31 March 1994).
- Triffterer, O., & Ambos, K. (2016). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : observers' notes, article by article* (Segunda Edición.). München: C.H Beck, Hart, Nomos.
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (2014). *Informe Víctimas del conflicto armado interno con orientaciones sexuales diversas*. Recuperado de <https://rni.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/Documentos/orientaciones%20sexuales%20diversas.pdf>
- Wong, C. M. (2017). Alleged Gay 'Concentration Camps' In Chechnya Spark Global Outrage. *Huffingtonpost*. Recuperado de http://www.huffingtonpost.com/entry/chechnya-gay-concentration-camps_us_58ece3d2e4b0ca64d9194e28
- X v. Colombia (Human Rights Committee 2007).
- Young v. Australia* (Human Rights Committee 2003).

Secciones y disecciones epistemológicas del discurso jurídico: un estudio desde la iusfilosofía crítica

Epistemological Sections and Dissections of Legal Discourse. A Study from the Critical Legal Studies

Secções e dissecções epistemológicas do discurso jurídico. Estudo desde a iusfilosofia crítica

Héctor Gonzalo Ana Dobratinich*

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2019

Fecha de aprobación: 19 de marzo de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8496>

Para citar: Ana Dobratinich, H. G. (2019). Secciones y disecciones epistemológicas del discurso jurídico: un estudio desde la iusfilosofía crítica. *ANIDIP* (7), 91-115. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8496>

Resumen

Entender el derecho como una práctica social específica de carácter discursivo nos permite analizarlo desde una óptica diferente, desde la cual pueden observarse las sutiles e intencionadas estructuras de su formación. Los tonos circunstanciales, las frases de poca importancia, las metáforas que embellecen, en definitiva, todos esos recursos que cualquier lector pasaría por alto en su ansiosa búsqueda por entender la finalidad del texto. El discurso jurídico está contaminado de todas estas indeterminaciones que pululan por sus enunciados, frases emotivas, conceptos vagos y el uso de figuras lingüísticas extraordinarias; de este modo, el derecho expresa y se resignifica mucho más allá de lo que puede leerse superficialmente en sus enunciados.

Intertextualidad e interpretación serán dos aspectos importantes para poder analizar la conformación del fenómeno jurídico, así como también un tercer elemento, el ficcional, en donde el derecho se eclipsa bajo formas diferentes de las que su discurso

* Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Universidad de Buenos Aires). Profesor (Universidad de Buenos Aires-Universidad de José C. Paz). Magíster en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires-Universidad de Málaga, España). ORCID: 0000-0002-6548-8700. Correo electrónico: gonzaloanadobra@gmail.com

parece hacer alusión. Esta dualidad contradictoria, lejos de ser considerada una falla que atenta contra su existencia, será un elemento fundamental para su constante estructuración, funcionamiento y reproducción.

Palabras clave: discurso, iusfilosofía crítica, intertextualidad, interpretación, ficción

Abstract

Understanding the law as a specific social practice of discursive nature allows analyzing it from a different perspective: the observation of its formation structures. The circumstantial tones, the phrases of little importance, the metaphors that embellish, in short, all the resources that any reader would ignore. The legal discourse is contaminated by all these indeterminacies that swarm by their statements, emotional phrases, vague concepts, and the use of extraordinary linguistic figures. The law expresses and resignifies far beyond what can be read superficially in its statements. Intertextuality and interpretation are two essential aspects to analyze the configuration of the legal phenomenon, as well as a third element, the fictional one, where the law eclipses in different ways from which its discourse seems to refer. This contradictory duality, far from being considered a fault that threatens its existence, will be a fundamental element for its constant structuring, functioning, and reproduction.

Keywords: Discourse, critical legal studies, intertextuality, interpretation, fiction.

Resumo

Entender o direito como uma prática social específica de carácter discursivo permite-nos analisa-lo desde uma ótica diferente, desde a qual podem se observar as sutis e intencionadas estruturas de sua formação. Os tons circunstanciais, as frases de pouca importância, as metáforas que embelezam, em definitiva todos esses recursos que qualquer leitor desatenderia em sua ansiosa busca por entender a finalidade do texto. O discurso jurídico está contaminado de todas estas indeterminações que pululam por seus enunciados, frases emotivas, conceitos vagos e uso de figuras linguísticas extraordinárias. O direito expressa e se re-significa muito para além do que pode ler-se superficialmente em seus enunciados.

Intertextualidade e interpretação serão dois aspectos importantes para poder analisar a conformação do fenômeno jurídico, assim como também um terceiro elemento, o ficcional, onde o direito se eclipsa sob formas diferentes das que seu discurso parece fazer alusão. Esta dualidade contraditória, longe de ser considerada uma falha que atenta contra sua existência, será um elemento fundamental para sua constante estruturação, funcionamento e reprodução.

Palavras-chave: discurso, iusfilosofía crítica, intertextualidade, interpretação, ficção

Intertextualidad e interpretación

La literatura no es agotable, por la suficiente y simple razón de que un solo libro no lo es. El libro no es un ente incomunicado: es una relación, es un eje de innumerables relaciones.

Nota sobre (hacia) Bernard Shaw.- Jorge Luis Borges

Murmullos epistemológicos

La palabra no puede abarcar la complejidad desde los límites de sus categorías analíticas, pues el sentido cambia en un constante devenir (Nietzsche, 1990, p. 25). Si bien es absurdo negar la figura del autor porque hay obra, sí podremos invisibilizarlo a los fines de otorgar preponderancia al discurso (Borges, 1974, p. 641); por tanto, el salto del autor es inmediato porque su constitución está en su producción. No hay voces de autoridad, sino escritos en circulación (Borges, 1974, p. 698).

La lectura vehiculiza la forma en que luego se constituirá la obra; por ello se destaca y resalta el rol que cumple el lector; un lector contextualizado y creado en cada una de sus lecturas.

Los significados en constante movimiento, las capas textuales sobre las cuales se superponen y conviven los saberes, el recorrido caótico, arbitrario e incierto en que se vinculan las obras y, en definitiva, la múltiple y necesaria intertextualidad determinan esta articulación explícita o implícita de varios textos entre sí, que será un rasgo distinto en el entramado que permite la estructuración y funcionamiento de los saberes. Los códigos que se van intercalando en los textos darán la impronta dialógica que habita en cada uno de ellos; en este orden de ideas, la polifonía es intervenida tanto a nivel intersticial de la obra (espacios, tiempo, personajes) como en su externalidad (autor, género). La confusión de voces permitirá esa comunicación desde una horizontalidad que rompe con toda una perspectiva heredada de asepsia metodológica y linealidad temporal, capaz de organizar la forma en que comprendemos la cultura.

El proceso remite a un laberinto de lecturas que complejizan el acceso a la punta del hilo, su “ἀρχή” literaria. Las intermediaciones textuales se atomizan en ramificaciones de sentido muy sutiles. La dificultad por poder establecer el punto inicial encuentra su fundamentación en las superpuestas capas intertextuales que van sedimentándose y formando un producto cuyos puntos de inicio y fin son difíciles de establecer.

Poder remover las superposiciones textuales no solo nos explica cómo se ha formado el discurso, sino también nos permite entender el modo en que conocemos y

nos vinculamos con nuestro entorno, es decir, la funcionalidad. Por tanto, el discurso debe ser fragmentado a nivel metalingüístico, teniendo en cuenta que su conceptualización es de por sí necesaria para diseccionar la forma en que se organiza y conocer sus propósitos e intereses.

Estas dos instancias nos introducen en los estudios y perspectivas analíticas de Michael Foucault y Paul Ricoeur, partiendo de perspectivas diferentes más no excluyentes entre sí. El abordaje foucaultiano irá dirigido a las condiciones de formación del discurso, en tanto que Paul Ricoeur pondrá el foco en las subjetividades intervinientes e intervenidas en el discurso.

Lo discursivo desde una perspectiva foucaultiana

En su texto *El orden del discurso*, Foucault propone que el análisis del espacio discursivo debe realizarse en primer lugar desde un “conjunto crítico”, capaz de mostrar cómo se han formado las necesidades, prohibiciones, limitaciones, coacciones y desplazamientos trastocados en el discurso. En segundo lugar, se exige un “conjunto genealógico” que intente establecer cómo se ha formado el discurso y cuáles fueron los medios de dicho desarrollo.

El trinomio saber-poder-discurso será una constante desde la cual el autor francés estructurará gran parte de su pensamiento. El orden en que se encadenan los enunciados no será un mero acto de organización lingüística y estructuras sintácticas sostenidas por toda una perspectiva estructuralista, sino hechos estratégicos que guardan estrecha vinculación con los intereses de los sujetos participantes: “El discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse” (Foucault, 1996, p. 15).

La producción discursiva es controlada y disgregada a través de minuciosos procedimientos que velan por su contingencia e historicidad, a los fines de darle una cobertura de aparente objetividad. En este sentido es que las estrategias pedagógicas permiten el ingreso de los individuos a todos los discursos, lo cual es una forma política de mantener o trastocar los discursos mediados por el saber y el poder (Foucault, 1996, pp. 45-46).

Foucault entiende que el conjunto de enunciados constituyentes de un discurso responden a un mismo sistema de formación, que no solo expone los significados del discurso sino que también exige silencios, vacíos, límites, recortes y exclusiones. Para el autor, los discursos no se desarrollan como actos individuales o sistemas cerrados, sino que “los discursos religiosos, judiciales, terapéuticos, y en cierta parte también los políticos, no son dissociables de esa puesta en escena de un ritual que

determina para los sujetos que hablan tanto las propiedades singulares como los papeles convencionales” (Foucault, 1996, p. 41).

El análisis foucaultiano pone sobre relieve la intertextualidad que opera en la formación de los discursos, en donde los significados y enunciados son mediados por las instancias de poder que visibilizan e invisibilizan sus funciones: “Todos ellos, y dentro de su heterogeneidad, no forman ni una obra ni un texto, sino una singular querella, un enfrentamiento, una relación de poder, una batalla de discursos y a través de los discursos” (Foucault, 2006, p. 18).

Estos entramados epistemológicos, propuestos por el autor francés, pueden ser trasladables al derecho, el cual se nos presenta narrativamente.¹ Acontece como un terreno discursivo pasible de ser indagado desde el análisis lingüístico. En torno a ello, Marí (1980) expone:

La realidad es más compleja que las diversas formas que la teoría jurídica –especializada o no– o cualquier otro de los dispositivos que se involucran el término lato “derecho” (se trate del corpus normativo o de la maquinaria judicial) dicen poner en juego para describirla, sistematizarla, acuñarla o aplicarla (p. 56).

Es así, que en estas instancias de análisis epistemológicos y casi de manera indirecta y desintencionada, nos vemos conducidos a reformular y deconstruir la manera en que conceptualizamos al derecho.

Entramados discursivos del derecho

Bajo esta nueva perspectiva, el derecho se nos presenta y desenvuelve como una práctica social específica de índole discursiva (Cárcova, 2012), en donde su formación está intervenida por un complejo entramado de discursos. Los términos que participan en dichos enunciados están en constante movimiento semántico, listos para ser constituidos y reformulados por la participación de otros saberes. Por ello consideramos que el universo jurídico debe ser analizado desde la totalidad social que lo contiene y forma, a través de una perspectiva multidisciplinaria, caracterizada por la superposición e interferencia de los diferentes tipos de discursos en donde se despliega.

El modo en que categorizamos y planteamos la realidad moldeará nuestro pensamiento e implicará una determinada forma de actuar en sociedad. Toda intención analítica intenta la supresión de la arbitrariedad y contingencia del lenguaje, mediante “caprichosas” categorías; por su parte, las conceptualizaciones amplían la

1 Véase Yo, *Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano* (Foucault, 2016).

participación de los fenómenos, pero al mismo tiempo excluyen otros casi de manera simultánea, en cuanto damos cuenta de la arbitrariedad opacada en categorías pretendidamente universales, puras y transparentes, visibilizamos una sofisticada forma de la ficción.

Este posicionamiento intenta atomizar una disciplina como la jurídica, difícilmente matizable, dado su sistema de autolegitimación integrado por diferentes niveles (Entelman, 1982). Dentro de esta posición que comprende al derecho como un fenómeno signado por la intertextualidad, se pretende desmembrar las dimensiones discursivas participantes y exteriorizar el modo en que se construyen; ya no se pondrá el foco únicamente en la estructura de las disciplinas, sino también en la función que éstas cumplen. Es en esta funcionalidad y en las vinculaciones que se pueden establecer entre ellas es donde se puede articular y dar cuentas de los diferentes discursos que participan en la construcción del saber jurídico.

Desde un punto de vista tanto teórico como pragmático, debe pensarse el ámbito del derecho desde una visión integradora, capaz de dar cuenta de todos los insumos que intervienen en su formación. Adentrarse en su estudio puede implicar una tarea nada sencilla. El lenguaje específico, los usos concretos, los modismos característicos y las diferentes categorías emergentes distan de ser un espacio fácilmente asequible, no solo a quienes participan activamente en el ejercicio del derecho en sus múltiples formas, sino también para aquellos que nunca han tenido un acercamiento directo con estos espacios.

Pensar en el derecho como una totalidad lleva consigo conocer las áreas que lo conforman como tal y lo constituyen como un conjunto sistemático; además, requiere necesariamente partir de bases epistemológicas y metodológicas capaces de dar estabilidad e insumos precisos, que permitan comprender y llevar a cabo su desarrollo. Esas bases sobre las cuales se ubique este conocimiento ayudarán al desarrollo teórico de la materia y proporcionarán un aporte significativo para su aplicación en torno a las versátiles interacciones humanas.

Por lo tanto, el derecho exige ser repensado desde la multidisciplinariedad; como discurso no solo desprende elementos instrumentales o de forma, que hacen hincapié en la completitud y consistencia normativa, sino que en él también juegan otros tipos de elementos, como la historicidad, la ideología y el poder (Cárcova, 2012).

El derecho no es un instrumento neutral en la organización de la vida social, por el contrario se enmarca en un contexto concreto, como una práctica que se estructura desde el discurso. El relato jurídico mantiene una narratividad (leyes, expedientes, latinismos) y como tal debe ser sometido a un análisis de las instancias intertextuales

que inciden en su formación y aplicación, ese espacio paradójico en que el derecho expone y descubre, pero al mismo tiempo calla y opaca.

En este sentido, Francois Ost (2007) indica:

¿Quién se extrañará de que, en esas condiciones, el Derecho sea, a la vez, estable y efímero o experimental, duro y blando (hard y soft), ¿coyuntural y principal? (...). ¿Quién no se percató de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior? (p. 121).

El texto jurídico no solo debe pensarse como una instancia marcada por la intertextualidad, sino que al mismo tiempo es un entramado discursivo pasible de ser interpretado:

Pensar el derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que también es comportamiento, símbolos, conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican, además, lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones (Cárcova, 2012, p. 163).

En un primer nivel encontramos las estructuras del discurso jurídico, en tanto que en un segundo nivel localizamos las interpretaciones acerca de dichas normas realizadas por los operadores jurídicos. Ellos producirán y darán sentido al derecho, que como práctica social adquiere sus sentidos en la práctica que de un modo u otro interviene en su construcción, lo que en parte el filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein (2017) entendía como “juegos de lenguaje”, en donde el lenguaje es heterogéneo.

Por ello, no solo se debe dar cuentas de la estructura del derecho sino también de la función que tiene para los operadores jurídicos; es decir, se debe tener en cuenta tanto el acto que crea simultáneamente al sujeto intérprete como a la obra interpretada. No hay obra sin sujeto y viceversa. Y decimos sujeto, porque lejos está de ser definido como autor o lector; el papel del productor desde la teoría literaria contemporánea, empieza a ser de cuestionada existencia participativa en el acto creativo de la lectura.

En su obra *¿Qué es un autor?*, Foucault (2010) expone, en lo que parece ser un diálogo permanente con la obra de Roland Barthes, que “la función-autor es característica del modo de existencia, de circulación y de funcionamiento de ciertos discursos en el interior de una sociedad” (p. 21). La crítica se dirige a la figura del autor

que pretende ser puesta como un hecho fundamental; sin embargo, dependiendo de las condiciones de formación del discurso exigirá mayor o menor participación (Foucault, 2010, p. 21).

El autor no es un simple elemento del discurso, sino que ejerce un determinado papel: garantiza un orden, delimita, ordena, excluye y opone textos. Su aparición dependerá de las intenciones de continuidad del relato establecido, dejando por momento espacios al segundo autor de la obra, el lector. El autor no es más que una de las especificaciones posibles de la función-sujeto, no es indispensable la permanencia de su forma y existencia.

En este sentido, las perspectivas de la estética de la recepción impulsan el análisis de las mutaciones de los códigos culturales, su proceso de decodificación del significado y el uso de los textos, y por tanto, Los modos de expresión del ámbito jurídico, no serán ajenos a estos considerandos.

Ricoeur y la textura de los intérpretes

En el ámbito del derecho, el legislador ha segmentado la realidad en un plexo normativo y ha “desaparecido”² de la escena; la norma queda allí, la sociedad pide que hable y el juez “con su prudencia y sana crítica” tendrá que hacerlo. La cuestión interpretativa será un extenso debate en el área jurídica y quizá los aportes desde la lingüística puedan echar luz sobre este fenómeno que de a poco se separa, como lo indica Ricoeur (1983), de la concepción hermenéutica romántica de Schleiermacher y Dilthey, que proponen comprender al autor mejor de lo que él mismo pudiera comprenderse.

En este proceso interpretativo de la norma hay un “intérprete” situado frente al texto, que tendrá que estructurar la subjetividad que su autor (el legislador) intentó plasmar. La intertextualidad normativa es mediada por una interrelación de lecturas sujeta por lo que Jauss (2000) llama un “horizonte de expectativas”.

Tal como Ricoeur (1983) lo expresa en *Tiempo y narración*, el texto implica la pre-comprensión de un mundo común; en ese acto, el texto es suspendido del mundo de su referente, situación necesaria para que la obra no se cierre sobre sí y al mismo tiempo se abra a segundos referentes, en este caso, a los intérpretes.

Es por ello que consideramos que el derecho también se imprime en este espacio en tanto suspende su referente y necesita ser reinterpretado, reestructurando su sentido. Su primer obrador desaparece ante la injerencia de la figura del nuevo autor, el juez.

2 Recurso metafórico, en tanto consideramos que el legislador cumple una función elemental en la formación del discurso jurídico.

La imagen implica la caracterización de un determinado modo de ser del discurso jurídico. El hecho de tener una determinada figura que aparece en una instancia específica y que nos insta a decir “esto ha sido decidido por un juez”, implica que el discurso no es un acto indiferente y pasajero, sino que se recibe de una determinada manera. La figura del segundo referente condiciona la recepción del texto por parte de los individuos que conforman el tercer nivel, la sociedad.

Esa aceptación expresa (legalidad) y tácita (legitimidad) que la figura del juez reúne como autor e intérprete, exige que pensemos en el vacío de su existencia en términos de nombre propio: “el nombre de autor no es pues un nombre propio como los demás” (Foucault, 2010, p. 19). La implicancia del juez-autor condiciona nuestra forma de concebir el discurso jurídico.

Su muerte o inexistencia no tiene que ver solamente con una ausencia física del sujeto, sino con la ausencia de un referente particularizado, con la indeterminación del hablante o bien, con la aceptación de la voz de autoridad en tanto su significado no permite lugar a la redefinición conceptual.

Ruidos y silencios en torno a lo jurídico

En la disección del lenguaje jurídico, observamos significados en constante movimiento, múltiples y necesarias intertextualidades, capas discursivas, recorridos caóticos, arbitrarios e inciertos en los que se superponen una miríada de enunciados.

Sin embargo, no debemos pensar que el terreno comunicativo es imposible, en tanto cada sujeto responde y posee una realidad complejamente diferenciada de otros, sino considerar que aquellos sonidos que emitimos y hemos dado en llamar lenguaje poseen una genealogía cargada de poder, de fuerzas en pugna, historia, transformaciones etimológicas y recursos lingüísticos, po lo que no son el resultado de simples y arbitrarias creaciones o instrumentos apriorísticamente ínsitos en los sujetos.

Parafraseando a Cárcova (2012), podemos decir que los textos poseen esa interesante función paradójal de mostrar y ocultar, así como sus tintes de opacidad. Esta opacidad que tiñe al derecho, la utilización del mismo lenguaje para ocultarse y encriptarse, con todo lo que implica en materia de saber-poder, un espacio en el que solo algunos juristas pueden hablar, conocer y participar.

Todo discurso dice y desdice, expone a la vez que esconde algo, está allí para ser interpretado y hablado: “Ciertas instituciones, normas o prácticas cumplen una función distinta de la que “dicen” cumplir. Que se despliegan ideológicamente, es decir, en un doble juego de alusión y elusión, de reconocimiento y desconocimiento” (Cárcova, 2012, p. 150).

El derecho nos une a la vez que nos separa, nos iguala a la vez que nos desiguala, nos enseña en un ámbito en el que nos excede la miríada de leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas y dictámenes que surgen a diario. La presunción del conocimiento de la ley por todos los individuos contrasta con una práctica judicial en donde el derecho es desconocido o no comprendido por la mayoría de los individuos. Un abismo entre el derecho y los sujetos a los cuales se dirige y pueden hacer uso del mismo. Sujetos atravesados por un sinfín de normativas escritas en un lenguaje hermético, apoyado en enrevesados tecnicismos del que harán uso los instrumentos jurídicos:

Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad (Cárcova, 2007, p. 164).

Frente a este panorama, consideramos que el papel del receptor, lector, intérprete, ejecutor, actor y, en definitiva, de todo sujeto frente a un mensaje no es solo de mera recepción o ejecución, sino que hay una participación activa del sujeto que recibe el mensaje y lo reinterpreta. Así, todo proceso comunicativo lleva consigo una multiplicidad de implicancias. Cárcova (2009) da cuenta de ello en su artículo “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en el que indica que para actualizar estructuras de sentido se necesita tanto de creadores como de intérpretes, y una audiencia que recepte y dé su devolución al respecto. Al igual que una partitura dispuesta a ser interpretada, ya en otro tiempo, otro espacio y por otro sujeto diferente de su autor, el lenguaje participa en una constante “traducción”, dando como resultado un complejo entramado de discursos culturales, políticos y hermenéuticos, entre otros. No hay discurso sin hablante e intérprete.

Tal como se distingue: “El derecho tiene, junto a una función positiva, también una función negativa que es intrínseca a su propia naturaleza” (Cárcova, 2012, p. 146). Muchos son los documentos que nos permiten, no solo entender lo que sucede en el contexto en el cual son realizados y puestos en marcha, sino observar las incidencias de los acontecimientos pasados y sus proyecciones futuras:

La autoridad depende de la existencia de un núcleo determinado de significados, porque en su ausencia no hay una manera normativa o pública de analizar lo que alguien dice o escribe, con el resultado de que la interpretación se convierte en un asunto de análisis individuales y privados, ninguno de los cuales se somete a verificación o corrección (Palti, 2012, p. 232).

Kristeva (1997), pionera del desarrollo del término de intertextualidad, indica en torno a ello que el significado de un texto no se transfiere, sino que es mediado por una serie de códigos que involucran otros textos.

Todo lo expuesto intenta asentarnos sobre una base sólida desde la cual poder analizar cómo se establece el sentido del discurso jurídico en su totalidad (normas, teorías, sentencias) y examinar cómo los principales actores jurídicos intervienen en esa producción. La tarea del legislador parece ser la de un sujeto que ha hecho una enorme obra artística; lo que sigue es tarea del juez. Este es quien deberá pulir la obra, ponerle el título correspondiente y ubicarla en la sala de exposición que le parezca más pertinente. Pero no todos los jueces deciden de la misma manera en lo que al derecho respecta (Cárcova, 2012, p. 155).

Nuevos espacios críticos para desmontar lo pensable en términos iusfilosóficos

Es necesario dar cuentas que, desde una perspectiva iusfilosófica, el derecho es pasible de ser analizado por una multiplicidad de posiciones y ópticas. La pretendida asepsia metodológica de determinadas posiciones iusfilosóficas que intentan reducir al derecho en pura normatividad, permite entender qué es el derecho y cómo se ejerce. La tarea que los jueces realizan involucra otras actividades aparte de la aplicación de las leyes generales a casos particulares. La idea de subsumición que predomina como argumento justificativo en torno a la interpretación judicial no revela los mecanismos que se emplean, así como tampoco explicita si el proceso es puramente intelectual o si participan elementos volitivos, lo que implica que los magistrados realicen una tarea puramente retórica y de cuestionable utilidad ante un proceso significativamente más complejo. El estudio de un determinado caso judicial no puede limitarse al análisis de las normas que lo contienen sino a los sujetos que participan, tal como jueces, fiscales, partes, testigos y peritos.

Ello nos indica que las interpretaciones y el análisis que los jueces hagan del derecho no son un terreno signado por el consenso y el acuerdo compartido, sino que, por el contrario, cada postura dará su perspectiva en torno a cada una de las aristas que conforma el derecho en su totalidad.

En esta instancia de análisis, consideramos necesaria la participación de las teorías narrativistas en el derecho a los fines de que tanto la lingüística como la hermenéutica permitan descifrar el sentido oculto detrás del sentido aparente que los actores jurídicos imprimen a la normas, al mismo tiempo que dan cuenta de las valoraciones, intereses, ideas y perspectivas que cada uno utiliza.

El discurso jurídico se construye desde la subjetividad, ya que en él siempre hay elección y selección, lo que implica, además, que no se pueda establecer una única forma de producción. El carácter discursivo desde el cual se constituye el derecho (normas, producciones teóricas) es lo que nos lleva a sostener que dicho espacio se materializa como proceso social de producción de sentido. Hay una constante circulación de sentido, más que un discurso de la verdad, aunque ésta haya sido una constante voluntad en la historia del derecho;³ de este modo, ningún individuo tiene el privilegio de poder establecer la correcta interpretación del derecho,⁴ pues la circulación del sentido jurídico es constante, y consiste en algo más que palabras.

Estas perspectivas de análisis narratológicas adquieren mayor relevancia en torno al análisis del fenómeno jurídico como discurso. Si pensamos, por ejemplo, en una sentencia como acto jurídico veremos su organización discursiva. El acercamiento y posterior decisión del juez se dará por medios de informes, escritos, comentarios y pruebas que le irán acercando para desentrañar “lo verdadero”. Sobre los hechos, el magistrado no ha participado de manera presencial, por lo que podría decirse que este distanciamiento “corrompe” la verosimilitud entre las prescripciones legales y la realidad.

La realidad jurídica es construida desde la interpretación. Hay un gran número de participantes que inciden en dicha formación. La heterogeneidad y complejidad de la comunicación, en donde se exige la decodificación de sus enunciados, dan cuenta de que no se trata de un proceso unívoco.

Lejos de pensar que estas resignificaciones del relato jurídico lo conviertan en un espacio anómico, permiten su actualización y adecuación a las situaciones sociales actuales, caracterizadas por sus cambios constantes y vertiginosos; de este modo, la perspectiva intertextual en materia jurídica surge como un intento de visibilización y formación de un derecho más integral, capaz de escuchar y hacer participar otras perspectivas, con el fin dar una respuesta más completa a los dilemas que se le presentan. Entelman (1982) sostiene que:

(...) se debe proveer de elementos para la construcción de una teoría suficiente para desentrañar la racionalidad jurídica subyacente al discurso; por otro lado, elementos para la construcción de

3 Véase la práctica de la indagación judicial, con sus inicios en la Edad Media, que se constituyó como una forma de adquisición y transmisión para alcanzar no solo la verdad jurídica sino la verdad en otros tipos de saberes: “Una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verdaderas y de transmitir las” (Foucault, 1991, p.66).

4 En este sentido, Duquelsky (2015) hace referencia al artículo nº 79 del Código Penal de la Nación Argentina, y resalta que “en el caso del homicidio simple existen las 6.205 opciones que representan la cantidad de días que van desde los 8 a los 25 años de prisión” (p. 128).

una teoría que contenga los conceptos necesarios para el control de producción y asignación de sentidos de tal discurso; y, finalmente, elementos para la construcción de una teoría suficientemente explicativa del rol del sujeto en el proceso discursivo, capaz de derivar de las reglas de formación especiales del discurso jurídico que designan esos sujetos, las imposiciones implícitas para la distribución del sentido (pp. 103-104).

Todas las herramientas analíticas desde las cuales se puede analizar y entender el derecho como relato hacen que no se lo conciba como una reproducción y explicación automática de la situación histórica en que se presenta, sino que es la invitación a recurrir a otros discursos como forma de una interpretación más amplia y profunda; son conjuntamente un análisis cultural, político, económico, social y cognitivo, entre otros. No podemos ligarnos a lo meramente estructural y formal de un discurso, y aun si deseáramos hacerlo, tendríamos que saber que la misma estructura es efecto de otros discursos antecedentes.

Entender el derecho como relato nos da ciertas pautas que, si bien se venían considerándose desde la lingüística, nunca se habían esquematizado y menos aun, ubicado desde la óptica del poder, desde el cual participan estructuras de dominación en las relaciones, por más nimias que estas sean.

Los tonos circunstanciales, las frases de poca importancia, las ideas que menos se sustentan, las metáforas que embellecen, y en definitiva, todos esos recursos que cualquier lector pasaría por alto en su ansiosa búsqueda por entender la finalidad del texto, hacen parte del discurso jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda la sensación de que enfrentarnos al análisis del discurso jurídico es soportar las variaciones de sentido y todo lo que ello provoca en nuestro mundo simbólico históricamente construido. Posicionarse frente a esta perspectiva como actores jurídicos es estar dispuestos a escuchar un discurso que posiblemente hemos omitido de manera intencional o que no queremos escuchar, es pararnos sobre un terreno endeble que empezará a estremecerse instantáneamente, y no habrá arquetipos, conceptos cerrados, conocimientos unívocos ni seguridades epistemológicas en donde sostenerse; es el cuestionamiento constante y la impostura ante lo que está dicho y presumido bajo el umbral de la “naturalidad”; es el desengranaje y deconstrucción de la normalidad, para luego intentar unir las piezas y ver qué figura verdaderamente escondía el borroso rompecabezas discursivo.

Como hemos analizado en las líneas anteriores, intertextualidad e interpretación serán dos aspectos importantes para poder analizar la conformación del fenómeno jurídico, pero consideramos que es necesario su análisis bajo un tercer elemento, el

ficcional, en donde el discurso se eclipsa bajo formas diferentes de las que su discurso parece hacer alusión. Esta dualidad contradictoria, lejos de ser considerada una falla que atenta contra su existencia, será un elemento importantísimo para su constante funcionamiento y reproducción.

Ficción y derecho

Al principio se creyó que Tlön era un mero caos, una irresponsable licencia de la imaginación; ahora se sabe que es un cosmos y las íntimas leyes que lo rigen han sido formuladas, siquiera en modo provisional.

Tlön, Uqbar, Orbis Tertius, Jorge Luis Borges

Ser o deber ser, ésa es la cuestión

La ficción permite la ruptura y la resignificación de los espacios de “lo real”, y al mismo tiempo intenta introducirse y participar en ese abismo inasible, en tanto propone un espacio infinito dentro de la finitud conceptual que implica la realidad. Es así que los cortes y límites entre ambos espacios no serán claros y racionalmente delimitados.

Como lo expondrá Mari, las ficciones se desarrollan desde la categoría del “como si” llamada por Hans Vaihinger (2002) como “lo conscientemente falso”. El “como si” tiene una función de conocimiento, que permite comprender el poder por cuenta de otras escenas: la realidad histórica que lo instaure se enmarca desde un discurso racional del orden. “El principio del ‘como si’ instaure el contenido de la convención misma que hace operantes y válidas las leyes y disposiciones del poder” (Marí, 1986, p. 106).

Lo ficcional reviste un carácter puramente ideológico:

No hay un ejemplo más conocido y preferido de las ficciones que el de la ciencia jurídica. Existe en su empleo “un mecanismo psicológico” que consiste en que subsume un caso aislado, particular (ein einzelner Fall) en una forma imaginativa, representativa, (Vorstellungsgebiete), no determinada, en donde el proceso de percepción es totalmente análogo. El fundamento radica en que no pudiendo captar las leyes todos los casos particulares, ciertos casos de naturaleza ajena a la norma (abnormer Natur) son considerados “como si” pertenecieran a ella (Marí, 2002, p. 307).

La ficción desafía y redefine los límites mismos de la ficción, por eso, desde esta posición lo que percibimos en realidad es una trama discursiva construida que se imprime en los fenómenos, de allí las múltiples formas de concebir la realidad.

Si continuamos con esta línea de análisis, vemos que el discurso científico no solo se constituye desde lo fenomenológico en tanto base empírica, sino que sus postulados revisten un carácter ficcional que permite mantener la base del conocimiento y al mismo tiempo disimular los mecanismos que inciden en dicha formación epistemológica. Por eso desde una perspectiva científica podemos visibilizar cómo el saber jurídico se constituye y despliega desde la discursividad, lo que nos insta a indagarlo bajo dos categorías de análisis; por un lado, desde la intertextualidad como examen de los elementos que intervienen en el desarrollo de su estructura, y por el otro, desde lo ficcional, como instrumento que permite su paradójico funcionamiento.

Recursos como los entramados textuales, las relaciones inconexas, las palabras puestas minuciosamente y otras intencionalmente vedadas son insumos comunes en las obras literarias, pero creemos que también se desarrollan en otros discursos del saber, entre ellos el jurídico. Allí se da ese espacio paradójico de lo ficcional en el cual se debaten las figuras de lo real, lo inexistente, la ideología, el poder y la voluntad de verdad. Teniendo en cuenta lo anterior, Cárcova expone que

Las nociones de ficción y verdad han jugado un papel determinante en la historia del derecho occidental (...). Como elementos estructurantes del discurso jurídico (...). El derecho, pensado como tecnología social, como regla de juego básica constitutiva de un cierto orden, no puede funcionar sin el sutil y complejo enlace de estos conceptos (2012, p.27).

Ese rol paradójico implica sostener que el derecho cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, al mismo tiempo que las remueve y transforma; además, reúne en un mismo estamento una función conservadora y reformadora.

Divertimentos ideológicos en el derecho

El discurso jurídico instituye, consagra y construye. Es por ello que no solo se debe indagar las líneas escritas del discurso jurídico, sino también aquellas que se omiten; las clasificaciones teóricas, las finalidades expresas, el orden de los artículos y la construcción de las normas, se piensan como lo único posible y manifiesto, pero en simultáneo otras funciones se mantienen latentes y disimuladas:

Se trata de un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación. De un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce de forma mecánica la estructura de la sociedad. De un discurso que deposita en el imaginario colectivo, las ficciones y los mitos que dan sentido a los actos reales de los hombres (...). De un discurso que incluye a la ciencia que pretende explicarlo (Ruiz, 2003, p. 1).

El derecho está unido a una construcción inconsciente y oculta, que delimitará sus contornos cognoscibles. Dentro de dichas problemáticas se encuentra entre otras, la ideológica. Allí los intereses, los significados disimulados y el poder forman una estructura cerrada, que se autoabastece y se transforma sobre sí misma.

Dentro de este campo, la ideología funciona como el marco de representación sobre el que se construyen y desenvuelven los sujetos en sus condiciones reales de existencia, con la finalidad de reproducir los mecanismos de hegemonía social. Lo ideológico crea el mapa imaginario en el cual desarrolla sus mecanismos de funcionamiento. Pone nombres, da derechos, permite la libre expresión, pero todo ello es previsto; es una doble manifestación, en tanto alude y elude, reconoce y desconoce. En definitiva, lo ideológico implica “un sistema, de nociones, de ideas, principios morales, leyes, arte, teoría, etcétera, presentes de una manera práctica desde el ‘sentido común’ hasta las instituciones (jurídicas, políticas y educativas) y de una manera teórica (discursos morales, teológicos, filosóficos)” (Ruiz, 1991, p. 152).

Por lo tanto, el discurso jurídico exige ser leído desde el poder y desde la ideología. En este sentido, Marí (1986) expone que el discurso del orden es el lugar de la razón y el espacio de la ley, en el cual:

La fuerza encuentra dentro del dispositivo del poder su modo más racional de comunicación social al apropiarse de las técnicas con que las normas jurídicas transmiten y transportan con el nombre de coerción, coacción, y sanción, es decir, con los mecanismos de la obediencia y control social del derecho. Todo ello exige una estructura de movilización de creencias discursivas y extraordinarias que será el lugar del imaginario social, la tierra natural de las ideologías teóricas y prácticas (p. 97).

Discurso que se inserta: “En montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas” (Marí, 1986, p.93). Es así que lo significado desde el derecho, no solo está en los elementos que visibiliza ni en su orden normativo, sino en aquellas

funciones que oculta. Además, posee un importante valor simbólico, constituye el lugar del mito en las sociedades contemporáneas, signadas por la racionalidad. Allí el derecho participa de este aspecto racional porque “tiene una función de conocimiento, porque pertenece al discurso del orden y porque genera las condiciones de su propia existencia ocultando permanentemente su carácter legitimador del poder y su historicidad” (Ruiz, 1991, p. 179).

En este orden de ideas, Fitzpatrick (1998) sostiene que:

El derecho funciona en un mundo social, pero existe separado de él, lo domina (...). Así, el derecho moderno aparece, en una exaltación negativa, como universal en oposición a lo particular, como unificado en oposición a lo diverso, como omnicompetente en contraste con lo incompetente, y como controlador de lo que debe ser controlado. El derecho está imbuido de esta trascendencia negativa en su propio mito de origen, en el cual se sitúa imperiosamente contra ciertos “otros” que concentran las cualidades a las que el derecho se opone (p. 11).

Los espacios de lo ideológico emparentados al discurso jurídico invitan al análisis de las representaciones tanto de los sujetos en su individualidad como en los grupos en que interactúa. La cotidianeidad se traduce bajo instancias de normalidad y generalización, espacio en el cual se ritualizan las conductas y no se permite esclarecer los intereses perseguidos. En esta estructura social determinada se produce el discurso jurídico, por tanto no es ajeno a la forma circunstancial en la que los hombres viven y se relacionan entre sí (Ruiz, 1991, pp. 159-160).

Espacio y expansión del lenguaje jurídico

El lenguaje deja de ser una mera representación de la realidad, sino que pasa a crearla activamente. No constituye una realidad ejemplar, separada del hombre parlante que disciplina a los individuos con su virtud ontológica. La realidad no antecede al lenguaje, sino que junto a la palabra participan en simultáneo.

Lejos de constituirse como un hecho objetivo, la palabra surge como una empresa individual, el individuo toma la palabra: “Nombrar es llamar a la existencia, es sacar de la nada. Lo que no es nombrado no puede existir de manera alguna” (Gusdorf, 1971, p. 35). Toda conceptualización implicará denominación, precisión, decisión, determinación y limitación de un espacio de la realidad: “La definición particular esta anexada a un interés de poder concreto, puede llamársela ideología” (Berger & Luckmann, 1993, p. 157).

No puede sostenerse la universalidad e identificación con un pretendido orden natural del lenguaje en tanto se construye desde un espacio histórico circunstancial.⁵ El lenguaje no solo influye en la experiencia sino que la determina; constituye el mundo a través del cual se desarrolla la sociedad desde sus orígenes grupales como individuales. En este sentido, el teórico literario alemán Iser, quien ha trabajado extensamente sobre esta temática, entiende a la ficcionalización como una necesidad que permite la producción de otros mundos y cuya realidad no se duda aún a sabiendas de que son una simulación. La ficción posee la capacidad de duplicidad, de exceder los límites de lo establecido:

Disfrutar tanto de lo real como de lo posible y poder mantener al tiempo la diferencia entre una cosa y otra es algo que se nos niega en la vida real; sólo puede ser representado en la forma del 'como si' de la ficcionalidad. (Iser, 1997, p. 60)

Siguiendo la línea epistemológica que proponemos, consideramos que la *fictio juris* también debe ser analizada no solo desde su estructura sino desde su funcionalidad. El hecho de que el derecho haga uso de este recurso nos exige pensar cuáles son las intenciones, no tanto latentes (quizá sean reconocibles en cualquier manual teórico), sino más bien aquellas que se movilizan tácitamente. Lo que se calla, se hace cómplice, participe, se denuncia, se censura, se critica, se resiste o se exige desde lo ficcional, es canal de expresión de lo pensable en el contorno jurídico. Un texto no se constituye de manera autónoma, sino que responde a la multiplicidad discursiva en la que se germina y forma.

Ficciones, funciones y fines

En la igualación algo se deja afuera. A través de la norma como relato único, se opacan las desigualdades en pos de una supuesta igualdad. Tanto el papel aparentemente disfuncional e indiferente en el que participa y actúa el sujeto desde el derecho, como la igualación desde el discurso normativo o el conocimiento del andamiaje legal, funcionan a nivel ficcional. Es decir, cuando el derecho nos habla no logramos discernir cuáles son las intenciones de ese acto discursivo ni cuáles son sus condiciones de aplicabilidad. Lo que consideramos real, muchas veces son configuraciones ficcionales que no nos permiten darnos cuenta de cómo verdaderamente nos situamos frente al derecho.

5 El antropólogo y lingüista Edward Sapir entiende que el lenguaje de una comunidad humana dada, que habla y piensa en esa lengua, es el organizador de su experiencia y configura su mundo y su realidad social gracias a esa función. En cada lenguaje se halla contenida una concepción particular del mundo (Schaff, 1967).

Numerosas categorías jurídicas pueden ser desmanteladas mostrando la fragilidad de los andamiajes sobre los cuales están construidas. Si extraemos términos como prudencia, discernimiento y buen juicio en la interpretación jurídica, veremos que en concreto generalizan un hecho que en realidad tiene mayores intersecciones e implicancias; esto es definido por Calvo González como “ajuste narrativo”; así, según el autor, el juez:

Revisa, compara, interseca, discrimina, rehúsa, y también prefiere, opta, elige, e igualmente admite, y enlaza y elabora y armoniza hasta construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos y, por coherencia normativa, fabricar el ensamblaje jurídico anudado a ella. Y así *dice los hechos y dice el derecho* en un relato, el veredicto, que es verdad judicial” (...). No sólo se estabiliza o dilucida el pasado, sino que el pasado *se decide*, dando a ver con ello una manifiesta voluntad de dominio que afecta el presente y, sobre todo, alcanza al porvenir en la condición de cosa juzgada (Calvo González, 1999, p. 14-15).

Esta última cosa juzgada, como indicadora de que se ha encontrado la correcta interpretación y aplicación de las leyes generales al caso concreto, el “Veredicto (verdad/dictum-dicho) que tiene carácter performativo” (Cárcova, 2012, p. 297). La cosa juzgada permite movernos en un “terreno seguro”.⁶ Sin embargo, dicha institución reviste la calidad de una ficción jurídica, técnica y normativa, que amplía el espectro de cosas comprensibles dentro de su discurso. Desde ella, se intentan asumir algunos fenómenos como ciertos, que no suceden o aún no han sucedido. Pero la ficción en el derecho no solo amplía el espectro de cosas comprensibles dentro de su discurso, sino también es reproductora de las relaciones desiguales de poder y dominación, insertándose en el mundo del imaginario social y simbólico.

Marí (2002), expone al respecto: “Las ficciones suministraban un arsenal de técnicas para eludir los obstáculos que la realidad levantaba frente a las acciones humanas, proporcionando una autentica alquimia, una potente herramienta para transformar la realidad” (p. 266). En un mismo sentido, la lingüista María Laura Pardo (1994) complementa: “ficción que se hace visible en el texto de las sentencias;

6 “La cosa juzgada es una curiosa institución jurídica. Establece que, agotados los recursos procesales, el caso se halla definitivamente resuelto y no puede seguir debatiéndose judicialmente. Es una institución curiosa porque concede una suerte de sacralidad legal a una decisión en ciertas circunstancias formales, cerrando los ojos ante la posibilidad de que tal decisión sea contraria al propio sistema jurídico que así la bendice”. (Guibourg, 2017, p. 1)

esta ficción surge de la necesidad de otorgar al texto objetividad y poder, más que de extender o ampliar el mundo de las cosas” (p. 26).

En este espacio el derecho construye sus verdades, marca su legitimidad y establece el espacio de lo justo y lo injusto,⁷ estableciendo categorías jurídicas instituidas por una compleja tecnología que se sustenta en precarios criterios de verdad desde la *fictio juris*. De este modo, el derecho aglutina a la vez que separa, iguala a la vez que desigual, exige saber al mismo tiempo que su largo listado de leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas y dictámenes de leyes se saben imposibles de conocer en su totalidad.⁸

Sumado a los principales argumentos que encuentran las ficciones jurídicas, como la simplicidad que otorgan para tratar determinados dilemas, también vemos que por momentos invisibilizan las condiciones reales en las que los individuos se encuentran: vivienda digna, buena fe o buen padre de familia son conceptos cuya definición dista de ser cerrada y omnicomprensiva.

La ficción hegemoniza todos los ámbitos de la realidad, lo que lleva a que sean sostenidos como verdaderos y resueltos, esto conduce a que no se la perciba como una técnica ideológica sino como parte constitutiva y necesaria para el desarrollo social. Ese espacio vedado no se hace palpable ni materialmente visible, sino que se reviste bajo las imágenes del sentido común, lo verdadero, el orden.

Conclusiones

Los trazos, las oraciones y las pautas exponen (al mismo tiempo que ocultan) toda una percepción del sentido contextual, y el derecho no es ajeno a este espacio. La voluntad de verdad aferrada a sus enunciados imprime en cada postulado la idea de una forma de entender los fenómenos que se conocen, pero la forma en que se estructuran llevará consigo toda una cosmovisión e intencionalidad de lo que quiere constituirse como derecho y, dada su injerencia en el entorno, toda una visión de los elementos que conformarán la sociedad.

7 Enunciados que legitiman y a la vez opacan las condiciones reales del derecho en la sociedad, tales como el principio de inexcusabilidad, la igualdad ante la ley o las condiciones carcelarias, entre otros. Los derechos en apariencia pretenden incluírnos y hacernos activos partícipes de una historia en la cual creemos ser actores principales, pero en realidad somos meros espectadores: “Pero también está en la teoría de los conmorientes, en la persona jurídica, en el carácter de bien inmueble atribuido a un papel que instrumenta derechos reales sobre tal inmueble, en la cosa juzgada, en el carácter de inmuebles por accesión atribuido a ciertos bienes muebles, en la ausencia con presunción de fallecimientos, en la obligaciones propter rem o cabalgantes, en el caso de los mellizos que la ley considera a todos los efectos como igual edad, aunque hubieran nacido aún en diversos días” (Cárcova, 2012, p. 38).

8 La presunción del conocimiento de la ley por todos los individuos contrasta con una práctica judicial en donde el derecho muchas veces es desconocido o no comprendido por la mayoría de los individuos, atravesados por un sinfín de normativas escritas en un lenguaje hermético, apoyado en enrevesados tecnicismos del que harán uso los diferentes instrumentos jurídicos.

Significados en constante movimiento, enunciados superpuestos que se van sedimentando, recorrido caótico, arbitrario e incierto en el que se va desarrollando el saber jurídico, dan cuenta del concepto de intertextualidad. En este orden de ideas, se destacan el concepto de interpretación, que en sus textos exige la participación de un lector que cambiará constantemente el sentido del texto, y el de la ficción, en tanto permite la ruptura y la resignificación del espacio de lo que consideramos “lo real”; así, se da ese espacio paradójico en el cual se debate la figura de la real y lo inexistente, la ideología y la voluntad de verdad.

Los conceptos de intertextualidad y de ficcionalidad son inescindibles y complementarios entre sí y, al mismo tiempo, devienen directrices no solo en su obra específicamente, sino en el análisis de todo tipo de discurso entre los cuales destacamos el discurso jurídico.

Las múltiples interpretaciones que inciden en las aplicaciones y transformaciones del espacio jurídico, sumadas al papel performativo que se trasluce desde la ideología, vienen a dar cuenta del aspecto sectorial y particular que tiene el derecho; su lenguaje jurídico se desarrolla y construye desde la intertextualidad. Por ello consideramos que el discurso jurídico se constituye apoyado en un sustento empírico, pero al mismo tiempo signado por una fuerte impronta ficcional.

Queda esa sensación de que enfrentarnos al análisis del discurso jurídico; es soportar las variaciones de sentido y todo lo que ello provoca en nuestro mundo simbólico históricamente construido. Posicionarse frente a esta perspectiva como actores jurídicos es estar dispuestos a escuchar un discurso que posiblemente hemos omitido de manera intencional o no queremos escuchar. Es pararse sobre un terreno endeble que empezará a estremecerse instantáneamente, y no habrá arquetipos, conceptos cerrados, conocimientos unívocos ni seguridades epistemológicas en donde sostenerse. Un cuestionamiento constante y la impostura ante lo que está dicho y presumido bajo el umbral de la “naturalidad”. El desengranaje y deconstrucción de la normalidad, para luego, intentar unir las piezas y ver qué figura verdaderamente escondía el borroso rompecabezas discursivo. Aunque se nos vaya la vida en saber lo que se esconde detrás de todo ese cúmulo de hechos y palabras; “Quizá del otro lado de la muerte sabré si he sido una palabra o alguien” (Borges, 2013 [1981], p. 560).

Referencias

Adorno, T. W. (1992). *Teoría Estética*. Madrid: Editorial Taurus.

Althusser, L. (2005). *La filosofía como arma de la revolución*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

- Bachelard, G. (2000). *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Badiou, A. (2007). *Justicia, filosofía y literatura*. Rosario: Editorial Homo Sapiens.
- Bajtín, M. (1991). *Teoría y estética de la novela*. Barcelona: Editorial Taurus.
- Barthes, R. (2003). *El placer del texto. Lección inaugural*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Barthes, R. (2003). *Mitologías*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Barthes, R. (2013). *El susurro del lenguaje*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Berger, P. y Luckmann, T. (1993). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.
- Borges, J. L. (1974). *Obras completas*. Buenos Aires: Editorial Emecé.
- Borges, J. L. (2012). *Cuentos completos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Borges, J. L. (2013). *Poesía completa*. Buenos Aires: Editorial Debolsillo.
- Calvo González, J. (1996). *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del Dº*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Calvo González, J. (1999). La verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo). *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, I. Disponible en <http://webpersonal.uma.es/~jcalvo/docs/verdadjudicial.pdf>
- Calvo González, J. (1999). *Verdad (Narración) Justicia*. Málaga: Editorial Universidad de Málaga.
- Cárcova, C. M. (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas?. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, III(4), 33-42. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0004_investigacion.pdf
- Cárcova, C. M. (2007). *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cárcova, C. M. (2012). *Las teorías postpositivistas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Courtis, C. (comp.). (2009). *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- Deleuze, G. (2015). *Foucault*. Barcelona: Editorial Paidós.

- Derrida, J. (2008). *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Duquelsky, D. (2015). El rol del juez en una sociedad democrática. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, 16(2), 121-148. Disponible en <http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/728>
- Eco, U. (1992). *Los límites de la interpretación*. Buenos Aires: Editorial Lumen.
- Fairclough, N. (1995). *Language and power*. London & New York: Editorial Lonhman.
- Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (1991). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Foucault, M. (1996). *El orden del discurso*. Madrid: Editorial La Piqueta.
- Foucault, M. (2006). *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano*. Barcelona: Editorial Tusquets.
- Foucault, M. (2008). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (2010). *¿Qué es un autor?* Buenos Aires: Editorial El cuenco de plata.
- Garrido Domínguez, A. (comp.). (1997). *Teorías de la ficción literaria*. Madrid: Editorial Arco Libros.
- Guibourg, R. (2017). “La cosa juzgada y la constitución”. *Filosofía para el derecho: Encuentro jornada de debate interdisciplinario entre filósofos y constitucionalistas*, llevado a cabo el día martes 25 de abril de 2017 por el Departamento de Derecho Público y la Maestría en Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Gusdorf, G. (1971). *La palabra*. Buenos Aires: Editorial Nueva Visión.
- Hernández Marín, R. (1986). Ficciones jurídicas. *Doxa, III*, 141-147.
- Jauss, H. R. (2000). *La historia de la literatura como provocación*. Barcelona: Editorial Península.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. D.F.: Editorial Universidad Nacional de México.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre Editores.

- Kristeva, J. (1997). Bajtín, la palabra, el diálogo y la novela. En Navarro, D. *Intertextualité: Francia en el origen de un término y el desarrollo de un concepto* (pp. 1-24). La Habana: Editorial UNEAC.
- Legendre, P., Entelman, R., Kozicki, E., Abraham, T., Marí, E., Le Roy, E., & Vezzetti, H. (1982). *El discurso jurídico*. Buenos Aires: Editorial Hachette.
- Marí, E. (1980). “Moi, Pierre Riviere...” y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 59, 81-110.
- Marí, E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa*, III, 93-111.
- Marí, E. (1994). El retorno del caso Rivière. Un debate postergado. *Doxa*, XV- XVI, 883-896.
- Marí, E. (2002). *La Teoría de las Ficciones*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- Marí, E., Ruiz, A. E. C., Cárcova, C. M., Entelman, R., Ost, F., Van de Kerchove, M., & Kelsen, H. (1991). *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Martyniuk, C. (2006). *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*. Buenos Aires: Editorial Coyoacán.
- Nietzsche, F. (1990). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Ost, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de jueces. *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, 4(8), 101-130.
- Palti, E. J. (ed.). (2012). *Giro lingüístico e historia intelectual*. Buenos Aires: Editorial Universidad Nacional de Quilmes Editorial.
- Pardo, M. L. (1994). La ficción jurídica desde la lingüística: actos de habla y ficción. *Revista de Lengua i Dret*, 22, 25-43.
- Ricoeur, P. (1983) *Tiempo y narración: Configuración del tiempo en el relato histórico*. D.F.: Siglo XXI.
- Ruiz, A. E. C. (1985). La Ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Crítica Jurídica*, 8.
- Ruiz, A. E. C. (1991). Notas en torno a los fundamentos sociales del discurso democrático. *No hay Derecho*, 2(5).

- Ruiz, A. E. C. (2003). El derecho como discurso y como juego. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 38, 1-5. Disponible en http://latcrit1.org/media/medialibrary/2014/01/10_uiapr_ruiz.pdf
- Ruiz, A. E. C. (2013). Teoría crítica del derecho y cuestiones de género. *Colección Equidad de Género y democracia*, 6, 40.
- Santibáñez Yáñez, C. (2007). Los juegos de lenguaje de Fritz Mauthner y Ludwig Wittgenstein. *Teorema: Revista internacional de filosofía*, 26(1), 83-106.
- Sapir, E. (1971). *El lenguaje*. D. F.: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Schneck, P. (2007). Las leyes de la ficción: la retórica jurídica y la evidencia literaria. *Revista Europea de Estudios de Inglés*, 11, 47-63.
- Sloterdijk, P. (2006). *Venir al mundo, venir al lenguaje*. Valencia: Editorial Pre-Textos.
- Vaihinger, H. (1922). *Die Philosophie "als ob"*. Leipzig: Editorial Verlag von Felix Meiner.
- Van Dijk, Teun A. (2009). *Discurso y poder*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Wittgenstein, L. (1968). *Los cuadernos azul y marrón*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Wittgenstein, L. (1980). *Tractatus lógico-philosophicus*. Madrid: Editorial Alianza.
- Wittgenstein, L. (2017). *Investigaciones filosóficas*. Madrid: Editorial Trotta.

Análisis de la Carta de la ONU a la luz de los postulados del texto “Zum ewigen Frieden”^{} de Immanuel Kant^{**}. El objetivo de la paz y el mecanismo de la guerra**

Analysis of the UN Charter in Light of the Postulates of Immanuel Kant’s “Zum ewigen Frieden.” The Objective of Peace and the Mechanisms of War

Análise da Carta da ONU à luz dos postulados do texto “Zum ewigen Frieden” de Immanuel Kant. O objetivo da paz e o mecanismo da guerra

Joe Nayib Campos Salazar^{***}

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2019

Fecha de aprobación: 13 de marzo de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8500>

Para citar: Campos Salazar, J.N. (2019). Análisis de la Carta de la ONU a la luz de los postulados del texto “Zum ewigen Frieden” de Immanuel Kant El objetivo de la paz y el mecanismo de la guerra. *ANIDIP* (7), 116-140. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8500>

Resumen

En el presente ensayo se procede a realizar un análisis de la *Carta de las Naciones Unidas*, específicamente en relación con el objetivo de mantener la paz y, cómo este mismo documento regula los conflictos que pueden poner en riesgo tal objetivo. El análisis propuesto intentará fusionar las ideas emanadas del texto político de Kant,

* Traducido al español como «Sobre la paz perpetua». Una traducción más precisa sería “Hacia la paz eterna o perpetua”.

** Un agradecimiento a David A. Sánchez Elizondo y Jorge Umaña Vargas por sus valiosos comentarios, esenciales para la finalización del ensayo, a las sugerencias de Ariana Macaya Lizano, que fueron precursoras para el desarrollo de este escrito, y al jurado del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia por sus atinentes recomendaciones para el mejoramiento del ensayo.

*** Bachiller en Derecho y egresado de la licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Actualmente cursa la maestría profesional en Derechos Humanos de la Universidad Estatal a Distancia y el bachillerato en Filosofía de la Universidad de Costa Rica. Disciplina de Filosofía.
Correo electrónico: joenayib@gmail.com

el cual establece pautas de cómo debe ser un tratado dirigido al establecimiento de la paz perpetua.

En la primera sección se analiza el *Capítulo I: Propósitos y principios* en concordancia con el *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias* y con las medidas que se separan del concepto propio de la paz, las cuales se encuentran en el *Capítulo VII: Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*. En la segunda sección se describe el texto kantiano *Zum ewigen Frieden* y, a la vez, se analizan los artículos del modelo de tratado que se establece.

En la última sección se realiza un análisis correlacional entre la Carta de la Naciones Unidas y el modelo kantiano determinando la existencia de una antinomia normativa que implica la imposibilidad material en el cumplimiento del objetivo de mantener la paz.

Palabras clave: paz, Carta de las Naciones Unidas, paz perpetua, guerra, Kant.

Abstract

This essay analyses the objective of maintaining peace, contained in the Charter of the United Nations, and how it regulates the conflicts that may put it at risk. The proposed analysis will attempt to merge the ideas emanating from Kant's political text, which sets guidelines for how a treaty aimed at achieving perpetual peace should be. The first section analyzes Chapter I (Purposes and Principles) of the UN Charter, in accordance with Chapter VI (Pacific Settlement of Disputes) and with the measures found in Chapter VII (Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace and Acts of Aggression), which present a conflict when compared with the notion of peace. The second section describes the Kantian text *Zum ewigen Frieden* and explains the articles of the model treaty. The last section consists of a comparative analysis of the UN Charter and the Kantian model. Finally, the analysis led to conclude there is a normative antinomy that results in a material impossibility to fulfill the objective of maintaining peace.

Key words: peace, Charter of the United Nations, perpetual peace, war, Kant.

Resumo

No presente ensaio procede-se a realizar uma análise da *Carta das Nações Unidas*, especificamente em relação com o objetivo de manter a paz e, como este mesmo documento regula os conflitos que podem pôr em risco tal objetivo. A análise proposta tentará fusionar as ideias emanadas do texto político de Kant, o qual estabelece pautas de como deve ser um tratado dirigido ao estabelecimento da paz perpetua.

Na primeira seção se analisa o *Capítulo I: Propósitos e princípios* em concordância com o *Capítulo VI: Acordo pacífico de controvérsias* e com as medidas que se separam

do conceito próprio da paz, as quais se encontram no *Capítulo VII: Ação em caso de ameaças à paz, quebrantamentos da paz ou atos de agressão*.

Na segunda seção se descreve o texto kantiano *Zum ewigen Frieden* e, ao mesmo tempo, se analisam os artigos do modelo de tratado que se estabelece.

Na última seção se realiza una análise de correlação entre a Carta das Nações Unidas e o modelo kantiano determinando a existência de una antinomia normativa que implica a impossibilidade material no cumplimiento do objetivo de manter a paz.

Palavras-chave: paz, Carta das Nações Unidas, paz perpetua, guerra, Kant.

Introducción

El presente ensayo analiza la Carta de las Naciones Unidas (en adelante también denominada “La Carta”) desde el texto *Zum ewigen Frieden* del autor Immanuel Kant. Principalmente, este análisis versará sobre el concepto de la paz como objetivo primario de la creación de la Naciones Unidas (ONU) y cómo se desarrolla en los diversos capítulos de dicha Carta a la luz de los postulados kantianos del texto indicado.

El objeto de este ensayo es analizar el propósito central consagrado en la *Carta de las Naciones Unidas*, junto con los demás artículos que se refieren respectivamente a la paz y a su antónimo político (la guerra), pues se revisa la posible concordancia presente entre ellas, desde la perspectiva kantiana transmitida en el texto *supra* mencionado. A su vez, este ensayo vislumbrará la posibilidad que, desde los postulados del texto kantiano, la Carta de las Naciones Unidas resulta un tratado que podría no cumplir su objetivo, o sí. Dicha afirmación será tratada como el problema al cual se plantea ofrecerle respuesta.

El estudio de este tema, en conjunto con el abordaje desde la perspectiva kantiana, presenta gran relevancia en la actualidad, pues pretende analizar el funcionamiento de las Naciones Unidas en cumplimiento con su objetivo primario y las posibles deficiencias de los mecanismos empleados para tal fin, aproximadamente a los 74 años de la promulgación de su carta constitutiva.

Para el adecuado desarrollo del presente ensayo se partirá de la hipótesis que, asumiendo una posición kantiana, se logra evidenciar una contradicción en el documento de la *Carta de las Naciones Unidas*. Así, desde una perspectiva teleológica, se puede identificar la imposibilidad material de las Naciones Unidas para cumplir su fin, puesto que desde su propio origen se deriva una obstaculización formal.

En otras palabras, el motivo por el cual las Naciones Unidas no han podido cumplir su objetivo primario se debe a que se crearon pautas antagónicas con el

concepto de paz, es decir, “La Carta” incurre en una antinomia normativa, esto se ha denotado en el plano ontológico y empírico de dicha entidad.

1. Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas es el cuerpo normativo que crea y fundamenta la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Fue el resultado de los conflictos bélicos y políticos de orden global que acontecieron durante la primera mitad del siglo XX.

Como antecedente histórico inmediato cabe mencionar la Liga de Naciones creada en 1919, la cual presenta objetivos similares a los que adoptó la Carta de las Naciones Unidas en su cuerpo constitutivo; sin embargo, por la falta de apoyo de ciertos Estados influyentes en el entorno de entonces no resultó efectiva en su funcionamiento. Debido a la ineffectividad de esta organización internacional, y luego de revisar los atroces resultados posteriores a la Segunda Guerra Mundial, muchos grupos de influencia política y económica global analizaron la necesidad de crear otro organismo diferente a la Liga de Naciones, que intentara responder en forma adecuada a la realidad de ese contexto internacional.

La constitución de dicho cuerpo normativo, según Santa Cruz (1995): “concibe un orden mundial y coloca al ser humano como centro principal de su interés y de su acción, en su calidad de individuo, de ciudadano, y de miembro de una raza regida por principios de igualdad, justicia y solidaridad” (p. 21). Esto responde a la presión de ciertos movimientos políticos derivados de las guerras, los cuales se apegaron a los derechos naturales y a las libertades humanas que desde 1948 se denominaron “derechos humanos”, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos; a la necesidad de la eliminación de los conflictos en pro de respetar y preservar estos derechos humanos, y a la búsqueda de mecanismos que eviten la repetición de los acontecimientos de la primera mitad del siglo XX.

1.1. Propósitos y principios

La Carta de las Naciones Unidas, en el artículo primero que corresponde a los propósitos y principios, establece lo siguiente:

Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o

situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (Naciones Unidas, 2015, p. 4).

El artículo primero indica el *telos* de “La Carta” y, en general, el funcionamiento de la Organización de las Naciones Unidas; por lo tanto, resulta natural suponer que el resto de los artículos, desde una interpretación sistemática normativa, deberían responder a esta pauta. Así mismo, el artículo primero amplía sus propósitos, pues agrega la idea de fomentar las relaciones amistosas, lograr la cooperación internacional y ser el encargado de armonizar los esfuerzos de las naciones.

Es importante señalar cómo el artículo primero indica que con el fin de mantener la paz se podrán “tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas” a esta; por ello, en el mismo documento se establecen dos capítulos orientados a lograr tal fin. El primero, desde la paz misma y el segundo desde fuera de esta, es decir, el primero se crea en un ambiente donde no concurren hostilidades y se apela a medios diplomáticos, mientras en el segundo escenario se acude a medidas represivas y hostiles; incluso es válida la utilización de fuerzas castrenses. Desde esta perspectiva, se empieza a vislumbrar una tensión normativa al interior de la Carta de las Naciones Unidas.

El concepto de la paz se vuelve condición necesaria para lograr los propósitos mencionados en el párrafo anterior. En otras palabras, para el establecimiento de relaciones amistosas se debe presentar un ambiente de paz anticipado; pues de lo contrario, un vínculo amistoso no sería viable entre las partes, sino más bien uno de interés, no de verdadera colaboración entre los Estados. Esto mismo sucede con la cooperación internacional, puesto que la existencia de un estado de guerra conlleva a la individualización estatal, *contrario sensu*, el estado de paz es necesario para la solidaridad estatal. Y la armonía entre las partes es el resultado de la concurrencia de un ambiente pacífico, en el cual converjan los otros dos objetivos. Por tal motivo, la paz es el meollo de los propósitos de las Naciones Unidas, los otros objetivos resultan accesorios o colaterales a este.

Así mismo, es interesante comprender cómo en la Carta de las Naciones Unidas se presenta una visión alimentada por los hechos acaecidos en el contexto de post-guerra, y se enfatiza en el hecho de que los Estados se encuentran en paz: primero, se evidencia cómo se utiliza el verbo “mantener”, es decir, ya se encuentra dado y no es una acción que se deba lograr, conseguir o implementar. Segundo, se indica que se deben “eliminar” amenazas o quebrantamientos a la paz, esto reafirma la condición de esta como un concepto dado. Tercero, en el capítulo VI, los arreglos son para evitar el “peligro a la paz”. Este mismo fenómeno se presenta de manera

reiterada en dicho documento, por lo tanto, se infiere que quienes lo idearon determinaron la existencia de un ambiente de paz, el cual era necesario proteger y no un ambiente en donde se debía lograr.

Esta precisión de términos es necesaria, ya que la Carta de las Naciones Unidas está redactada en función de “proteger”, lo cual supone su existencia en un escenario de paz. No obstante, se debate si hay un escenario de paz logrado y no que este todavía debería ser una meta propiamente. En ese sentido, las medidas a seguir para proteger la paz variarían según si se comprende esta como un concepto logrado o por lograr, pero, como se ha indicado, “La Carta” sigue la primera postura.

1.2. Arreglo pacífico de controversias

La paz es un concepto dado en la Carta de las Naciones Unidas, y, por lo tanto, debe dársele la protección que se deriva en el momento de ratificarse ese documento jurídico internacional. Por dicho motivo, esta indica lo siguiente en su prólogo:

[Y] con tales finalidades, a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos (Naciones Unidas, 2015, p.3).

Desde el prólogo, se establece que se adoptarán métodos, medidas y principios para mantener la paz, lo cual se reafirma en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas indicado *supra*, pues define que este se logrará “por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o el arreglo de controversias” (Naciones Unidas, 2015, p. 4).

El término controversia debe comprenderse como lo indicó la Corte Permanente de Justicia Internacional, al afirmar que:

[C]ontroversia era “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”. Esta definición, adoptada en sus inicios, ha sido utilizada por la jurisprudencia que ha desarrollado el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) hasta nuestros días (Sánchez Patrón, 2013, p. 129).¹

1 El Tribunal Permanente de Justicia Internacional manifestó esta frase en “Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina, sentencia de 30 de agosto de 1924, CPJI, Serie A, n° 2, (p.11)”.

Evidentemente, el contenido del concepto empleado por la Corte presenta una gran abstracción, esto responde a la necesidad de determinación casuística para tener competencia de conocer diversos escenarios en donde concurren conflictos.

Por otra parte, si bien el artículo primero indica cuáles son las pautas para el mantenimiento de su fin, puede ser insuficiente para el resguardo efectivo de la paz. Por tal motivo, en la misma Carta se establece el *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias*, contenido en los artículos 33 al 38.

Según el artículo 33 de la Carta, el arreglo pacífico de controversias busca una “solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección” (Naciones Unidas, 2015, p. 24), lo anterior en virtud de mantener la paz y evitar cualquier peligro a esta. Del mismo modo, en el artículo 34 de la Carta, se autoriza al Consejo de Seguridad a “toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Naciones Unidas, 2015, pp. 24-25).

En el derecho internacional, los medios alternos de resolución de conflictos suelen ser utilizados por los Estados, pues son la forma de no sufrir una sanción, sino que permiten llegar a un acuerdo donde los intereses de ambas partes sean escuchados y ponderados para obtener un resultado. Por este motivo “el arbitraje internacional goza de buena salud, tanto en la práctica contenciosa como en la convencional; al mismo tiempo, nos encontramos también con que en este procedimiento de arreglo se siguen consolidando aspectos o dimensiones” (Sáenz de Santa María, 2013, p. 79) que buscan responder a los retos contemporáneos.

En el ámbito práctico, “destacan lo que podríamos llamar los ‘tres [i]conos’ del arbitraje internacional en el momento presente: la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) revitalizada, la importancia del arbitraje del anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) y los arbitrajes de inversiones” (Sáenz de Santa María, 2013, p. 80). Por lo tanto, existen diversas entidades que pretenden resolver pacíficamente los problemas de los Estados, así como de otras entidades con personalidad jurídica internacional.

Además, con el fundamento de que se debe “utilizar la negociación política en sus múltiples modalidades como forma pacífica de gestión de crisis” (Sanz Caballero, 2008, p.61), aparece la figura de la negociación preventiva, la cual “evita que surjan las controversias o bien impide que las ya existentes se intensifiquen y aboquen en un enfrentamiento armado. Se trata del mecanismo [...] que,

cuando tiene éxito, conjura el peligro del conflicto antes de que éste aparezca” (Sanz Caballero, 2008, p. 61).

En otras palabras, los arreglos pacíficos pueden surgir desde que exista una posibilidad de amenaza al conflicto, pues se busca que no se llegue a un escenario de hostilidades diplomáticas y, mucho menos, bélicas. Por lo tanto, los Estados Miembros, según el artículo 35 de La Carta, podrán llevar estas situaciones ante el Consejo de Seguridad para que este intervenga y dé las consideraciones pertinentes de acuerdo con las disposiciones normativas *supra* planteadas, así como “recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados” (Naciones Unidas, 2015, p. 26) o “los términos de arreglo que considere apropiados” (Naciones Unidas, 2015, p. 27), conforme a los artículos 36 y 37 de La Carta, respectivamente.

Las Naciones Unidas, en pro de lograr su objetivo primario de un ambiente internacional de paz y según el mismo artículo 35, pueden aceptar controversias de Estados no Miembros, siempre que estos hayan aceptado previamente La Carta, al menos en lo relativo a las obligaciones de arreglo pacífico de controversias, es decir, el Capítulo VI. De igual forma, según el artículo 36, las “controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia” (Naciones Unidas, 2015, p. 26).

En síntesis, se pueden indicar que los arreglos pacíficos se pueden desglosar de la siguiente manera:

1. Negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje y arreglo judicial.
2. Se pueden presentar recursos a organismos internacionales o establecer acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
3. El Consejo de Seguridad se encargará de la continuación del desacuerdo de las partes, si los medios indicados no logran disolver la disputa.
4. El Consejo de Seguridad siempre podrá dar recomendaciones a las partes de cómo proceder o resolver el desacuerdo.
5. El Consejo de Seguridad podrá interferir cuando estime que dicha disputa podrá poner en peligro el estado de paz.

Resulta evidente que estos conflictos parten del hecho de la comunicación entre las partes y, en caso de que las partes no puedan tener una óptima comunicación, convocar a un tercero, tal como lo es el Consejo de Seguridad o algún otro ente mediador o de arbitraje. Lo anterior ofrece la posibilidad a los Estados y las Naciones Unidas de contar con diversos mecanismos para siempre salvaguardar el objetivo de la paz.

1.3. Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión

En la Carta de las Naciones Unidas se comprueba la contradicción desde su prólogo (*supra* citado), pues se establece que en función de lograr sus fines los Estados se comprometen “a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; **la fuerza armada sino en servicio del interés común**” (Naciones Unidas, 2015, p. 3).

Esta mención en el prólogo es de interés, pues se refiere al mantenimiento y la legitimación de actuar de las fuerzas armadas bajo ciertos escenarios. Si bien se aprueba la utilización de las fuerzas armadas para el servicio del interés común, este desde una interpretación sistemática debería ser el mantenimiento de la paz, el cual se estipula como objetivo primario.

En la Carta de las Naciones Unidas se halla el *Capítulo VII: Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*, en el cual se desarrolla desde el artículo 39 hasta el 51.

El artículo 40 de La Carta sigue una línea de pensamiento concordante con la sección anteriormente expuesta. Igualmente, el artículo 41 establece medidas que, si bien pueden tener un gran impacto coercitivo, no utilizan el uso de la fuerza armada. En esencia, este artículo se mantiene dentro del ámbito de las medidas desde la paz misma, pero establecen la línea limítrofe entre ambos tipos.

Ahora bien, los artículos 40 (medidas provisionales) y 41 (medidas que no implican fuerza armada como la interrupción parcial o total de las relaciones económicas y las comunicaciones en su totalidad) de la Carta de las Naciones Unidas, también siguen una línea de pensamiento concordante con la sección anterior. Ahora bien, vendrían a ser los más severos al dejar de lado la diplomacia y optar por acciones coercitivas.

A partir del artículo 42 es cuando la forma de tratar los conflictos adquiere una noción diferente, ya que establece el uso de las “fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres” (Naciones Unidas, 2015, p.29). Por otra parte, es de especial interés que estas medidas sean implementadas cuando las acciones diplomáticas o alternas “pued[a]n ser inadecuadas o han demostrado serlo” (Naciones Unidas, 2015, p. 29), de lo cual se desprende que no es obligatorio implementar ni agotar estas medidas.

De esta cita, se enfatiza en el hecho de que para mantener la paz se utilizan medios bélicos aéreos, navales o terrestres. En otras palabras, lo establecido por el *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias* y el artículo 41, tiene como excepción lo indicado en este artículo 42. Así mismo, el artículo 43 establece la obligación de los Estados Miembros de cooperar en la implementación de estos medios bélicos.

Con fundamento en el artículo 42 se puede establecer una “guerra legitimada” entendida como la autorizada por el Consejo de Seguridad con apego al mantenimiento o restauración de la paz. Resulta evidente como desde este artículo se presenta una tensión normativa con el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas; pues las naciones emplearían fuerzas armadas contra un tercero para eliminar una posible amenaza.

Debido a la potencial peligrosidad de esta norma y sus alcances, preocupa que el Consejo implemente válidamente, desde un punto de vista positivista, acciones militares; aunque estas no sean idóneas. Al respecto, se debe hacer la siguiente precisión:

[N]o es suficiente que la acción militar se ajuste a la legalidad. Es imprescindible que la participación militar en una operación de mantenimiento de la paz, de imposición o de consolidación de la paz se produzca en medio del más amplio consenso posible (Doménech Omedas, 2012, p. 444).

En virtud de lo anterior, cabe resaltar que tanto las Naciones Unidas como la doctrina internacional ha buscado implementar criterios accesorios para la determinación de usos de fuerzas militares. De forma lacónica, “[l]os cinco criterios básicos de legitimidad se indican a continuación: a) Gravedad de la amenaza. [...] b) Propósito correcto. [...] c) Último recurso. [...] d) Proporcionalidad de los medios. [...] e) Balance de las consecuencias” (Doménech Omedas, 2012, p. 445), a lo enumerado anteriormente el autor agrega el “criterio de complementariedad, sostenibilidad y coordinación” (Doménech Omedas, 2012, p. 445).

Es importante añadir que un ataque armado no sería lo único a considerar como una amenaza contra la paz, dados los avances tecnológicos y la proliferación de factores de riesgo. Debido a esto, el “Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en el discurso que pronunció en la Asamblea General en septiembre de 2003, advirtió a los Estados Miembros que las Naciones Unidas habían llegado a una encrucijada en el camino” (Naciones Unidas, 2004, p. 3); pues resultaba necesario replantearse los peligros y las medidas que harían frente a tales amenazas.

En función de lo anterior, se estipulan los criterios *supra* indicados y se establecen como principales peligros latentes para la paz las “Guerras entre estados; violencia dentro del Estado, [...] guerras civiles, abusos en gran escala de los derechos humanos y genocidio; Pobreza, enfermedades infecciosas y degradación del medio ambiente; Armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas; Terrorismo; y Delincuencia transnacional organizada” (Naciones Unidas, 2004, p. 4). Es de especial atención para el ensayo que, en 2003, casi a 60 años de La Carta, el principal y primer problema estipulado sea el de la guerra entre los Estados.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico internacional prevé la utilización de la guerra por la paz, en otras palabras, se establecería una “guerra legitimada” o autorizada en el sentido que existe una norma internacional que la valida. Esta idea de la “guerra legítima” puede ser entendida como:

[E]manación directa del ordenamiento jurídico mundial: “es un principio fundamental del derecho internacional general que la guerra es permitida únicamente como una reacción contra una ilicitud sufrida —es decir como una sanción— y que cualquier guerra que no tenga este carácter es un entuerto, es decir una violación del derecho internacional (Campione, 2009, p. 145).

Por lo tanto, desde la Carta de la Naciones Unidas no se establece la eliminación de los conflictos armados, sino solo del uso “ilegítimo” de esta. A su vez, se refiere al principio de *bellum justum* o de guerra justa, que será entendido en el presente ensayo como “guerra legitimada”, pues el fundamento resulta más acorde al sistema iuspositivista, en el cual la justicia no es el criterio utilizado, sino una norma que autoriza el actuar. Por ello, el tema de lo justo sería ajeno a este análisis. A su vez, el concepto de “guerra justa” al seguir criterios metajurídicos, es más acorde a épocas pasadas cuando predominaban sistemas de corte valorativo y axiológico más que jurídico.

Ahora bien, en la actualidad se ha retomado el término de “guerra justa” como accesorio a la guerra legítima, pues “una guerra es justa si es posible individuar [*sic*] una justificación moral y/o ética y/o teológica independiente y predominante respecto de lo que el derecho internacional disponga” (Campione, 2009, p.148).

Por último, se presenta la “tensión nunca resuelta y quizá irresoluble entre los dos polos de atracción en la historia de la doctrina de la ‘guerra justa’, el jurídico-formal y el ético-sustancial” (Campione, 2009, p.149), en la cual “[l]a primera noción identificaría una categoría jurídica, mientras que la segunda determinaría una categoría metajurídica. [...] la que es posible registrar en Kelsen sería la primera, es decir, la que remite a una dimensión jurídica” (Campione, 2009, p. 148).

Ante este debate teórico, se podría ofrecer una respuesta desde la aplicación propiamente dicha del Capítulo VII; por tanto, en un principio, los términos utilizados son formalistas normativistas, con la salvedad de que se han ampliado los criterios de interpretación con los cuales se abordará la implementación de estos artículos. Por ello, dicho principio consiste precisamente en ese abandono de “los criterios puramente morales para establecer quién tiene razón y quién no, y debemos sustituir los juicios morales por las reglas jurídicas” (Campione, 2009, pp. 149-150); sin embargo, siempre se emplean criterios metajurídicos, lo cual responde al cambio de paradigma jurídico-filosófico del iuspositivismo por el realismo jurídico o un iusnaturalismo que emplea el derecho positivo.

De acuerdo con el artículo 43 de La Carta se establece como obligación de los Estados facilitar la implementación de las medidas ordenadas por el Consejo de Seguridad, ya sea la utilización de sus fuerzas armadas, su territorio o las demás que se consideren pertinentes, esto con el fin de asegurar que los mecanismos indicados logren su objetivo de proteger la paz.

Las medidas que se tomarán, su fundamento, así como su ejecución dependerán del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y, a su vez, del Comité de Estado Mayor.

Por último, el artículo 45 establece la forma de actuar en los estados de urgencia, e indica que “sus Miembros mantendrán contingentes de fuerzas aéreas nacionales inmediatamente disponibles para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional” (Naciones Unidas, 2015, p. 31); este punto es estratégico para la implementación de las medidas coercitivas.

Ante esto se debe indicar que el ser humano ha normado la guerra y así las Naciones Unidas lo han propiciado en busca de un conflicto más acorde con “los riesgos permitidos”, lo cual viene a ser la muestra de la legitimación actual de la beligerancia. Ante este escenario, surgen los crímenes de guerra, comprendidos como las violaciones que dentro del conflicto podrían ser consideradas como “actos fuera del marco permitido de la guerra”, es decir, se ha establecido un “deber ser” de la guerra y no una prohibición *per se* de esta por medio del derecho internacional humanitario.

2. Zum ewigen Frieden de Immanuel Kant

El texto de *Zum ewigen Frieden* escrito por el filósofo Immanuel Kant (1724-1804) es de gran importancia en el campo de la filosofía política, específicamente, en el de las relaciones internacionales. Este texto “introduce en la teoría del derecho una tercera dimensión, una innovación enriquecedora: junto al derecho estatal y

al derecho internacional coloca el derecho cosmopolita” (Habermas, 1997, p. 61). A diferencia del derecho internacional público, el derecho cosmopolita no tiene como centro las relaciones externas entre los diversos Estados, sino que tiene como objetivo una relación íntegra entre múltiples Estados, con el fin de que estos se asuman como sujetos que componen un todo, y, por lo cual, deben regirse por las pautas del todo.

En otras palabras, el derecho cosmopolita busca reglamentar el actuar de los Estados creando un orden mundial superior a estos, es decir, la primera diferencia entre el derecho internacional público y el derecho cosmopolita es que el primero busca buenas relaciones diplomáticas mientras el segundo pretende una buena comunicación y coordinación entre los Estados con fines determinados, lo cual implica al primero, pero con un mayor nivel y jerarquía. Así mismo, desde la Segunda Guerra Mundial se “ha provocado un estremecimiento mundial y [se] ha exigido el tránsito desde el derecho internacional al derecho cosmopolita”. (Habermas, 1997, p.71).

La paz perpetua es una característica importante del orden cosmopolita, pero es tan sólo un síntoma del mismo. [...] Mientras que el derecho internacional, como todo derecho en el estado de naturaleza, vale tan sólo transitoriamente, el derecho cosmopolita como el derecho sancionado estatalmente, acabaría definitivamente con el estado de naturaleza. Por eso para llegar hasta el orden cosmopolita, Kant se sirve continuamente de la analogía con aquella primera salida del estado de naturaleza (Habermas, 1997, p. 63).

Por otra parte, en vista de esta tensión normativa y posible antinomia indicada líneas arriba entre el Capítulo I y el Capítulo VII, resulta de interés analizar esta discordancia desde el texto político *Zum ewigen Frieden* de Immanuel Kant, pues en este texto se indican las pautas que debe cumplir un acuerdo que pretenda lograr la paz.

El texto kantiano responde al contexto político del autor, ya que este se publicó en 1795 año en el que se da la paz de Basilea entre Francia y Prusia. En él, Kant “esboza un orden de paz permanente entre los Estados que se presenta, así mismo, como la meta final de la historia humana. Desde esta meta final de la paz perpetua se explica también la necesidad de una constitución republicana en cada Estado” (Truyol & Serra, 1998, p. 76).

De la cita del párrafo anterior, se pueden inferir dos puntos destacados: Kant escribe este texto dado el caso concreto y traslada inductivamente el hecho específico a

la máxima de cómo sería un verdadero tratado de paz; de igual manera, el presente texto fue escrito en los últimos años del filósofo, por tanto es el resultado de su línea de pensamiento, pues es un texto orientado a hechos específicos.

Los puntos anteriores son importantes para la adecuada interpretación del texto, pues Kant construyó una filosofía estructurada, en la cual sus últimos textos son congruentes y específicos (por lo general aplicados a casos concretos) con los postulados dados en sus primeros escritos, como lo son las tres críticas kantianas (*Kritik der reinen Vernunft*, *Kritik der praktischen Vernunft* y *Kritik der Urteilkraft*).² Así mismo, este texto origina el espacio dentro del área filosófica política para lo que luego fue el texto de *Metaphysik der Sitten*³ de 1797, el cual es de suma importancia en la filosofía del derecho y en el derecho en la época contemporánea, en general.

El texto *Zum ewigen Frieden* se divide en dos secciones: a) los artículos preliminares para la paz perpetua de los Estados y b) Modelo de los artículos definitivos para la paz perpetua. “Los primeros regulan las que Hans Saner llama “condiciones negativas de la paz”: consisten, como vamos a ver, en una serie de prohibiciones que buscan crear un clima de confianza y concordia creciente entre los Estados” (Contreras Peláez, 2007, p. 61). En este sentido, la primera sección es condición necesaria para la segunda, por lo que solo cuando la Carta de las Naciones Unidas logre pasar el análisis de la primera, se procedería a analizarla desde la segunda sección.

2.1. Modelo de los artículos preliminares para la paz perpetua de los Estados

Esta sección presenta seis artículos fundamentales propuestos por Kant, que, según el autor, deben integrarse en cualquier tratado que tenga como fin la paz; de no ser así, el acuerdo devengaría en defectos que imposibilitarían el tratado sobre la paz. Los artículos serían los siguientes:

2.1.1. “No debe considerarse válido ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro” (Kant, 1998, p. 5)

Este artículo, en función de la respuesta a la problemática, es el postulado principal. Dicha norma indica que si un tratado establece cláusulas de guerra y armamento, o de cómo serían las represalias, no es en realidad un tratado que tenga como fin la paz, sino solo un cese al enfrentamiento, “simplemente de un mero armisticio, un aplazamiento de las hostilidades” (Kant, 1998, p. 5).

2 Respectivamente, la *Crítica de la Razón Pura* de 1781, la *Crítica de la Razón Práctica* de 1788, y la *Crítica del discernimiento o de la capacidad de juzgar* de 1790.

3 *La metafísica de las costumbres* de 1797.

Entonces, si un tratado para la paz presenta las cláusulas indicadas anteriormente, ya sea en un futuro inmediato o no, las partes tendrán la posibilidad de irrespetar el fondo del tratado por un mero formalismo. En otras palabras, si se pactó que podrían iniciar las hostilidades, las partes podrán acudir a este mecanismo en el momento de desacuerdo, sin seguir las vías pacíficas, las cuales, en principio, son el fundamento teleológico de un verdadero tratado de paz (perpetua).

Dicho artículo surge del contexto del conflicto geopolítico entre Prusia y Austria, en el cual al firmar el tratado de Dresde en 1745 se pone fin a las “guerras de Silesia (1740-1742 y 1744-4175), pero del cual reconoce abiertamente Federico II que se trató de una mera pausa en el combate, durante la cual ambos países se rearmaron” (Contreras Peláez, 2007, p. 63); por lo tanto, el trato fue un mero cese a las hostilidades y no lo que este decía ser. Inductivamente y en virtud de esto, se indica que no puede haber una cláusula que prevé el uso de fuerzas armadas en el futuro en los tratados que tiene como objetivo la paz.

2.1.2. “Ningún Estado independiente (grande o pequeño, lo mismo da) podrá ser adquirido por otro mediante herencia, permuta, compra o donación” (Kant, 1998, p.6)

En cuanto a este artículo se refiere a que el Estado, como sociedad de seres humanos, no puede ser considerado como un *patrimonium*, y por ello no puede ser tratado como tal; al cosificarlo como si fuera un patrimonio se eliminaría su condición de persona moral, la cual es resultado de las personas humanas dentro de él. Es decir, al anular la condición de persona moral del Estado, se anularía la representación que esta es de las personas dentro de este, por lo que se cosificarían ambas lo cual es contrario al carácter de fin –y no de medio, como sería si fueran tratados como cosas- que deben ser los seres humanos.

A su vez, Kant establece como personalidad jurídica (o un término precursor a este) al Estado, ya que no puede ser entendido como cosas, sino como “sujeto jurídico-moral: es “una sociedad de hombres sobre la que nadie más debe mandar ni disponer”, “un tronco con sus propias raíces”, “una persona moral””. (Contreras Peláez, 2007, p. 70).

En este orden de ideas, un Estado que es cosificado después de un acuerdo no solo pierde su condición de persona, sino, además, el respeto que se le otorgó cuando se pactó el tratado de paz, lo que podría derivar en la posibilidad del inicio de hostilidades en su contra.

2.1.3. “Los ejércitos permanentes (miles perpetuas) deben desaparecer totalmente con el tiempo” (Kant, 1998, p.7)

Este artículo concuerda con lo establecido en el punto 2.1.1., ya que la simple existencia de los ejércitos es para la guerra o la amenaza de esta: un Estado con ejército está preparado para la guerra. Además, “[e]l reforzamiento de los ejércitos genera una dinámica de desconfianza, amenaza y competición armamentística: los Estados vecinos se verán arrastrados también a reforzarse” (Contreras Peláez, 2007, p.87). Al mismo tiempo, Kant agrega:

[A]ñádese a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del Estado); este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona (Kant, 1998, p.7).

Lo anterior es importante porque, para la filosofía kantiana, el ser humano nunca puede ser entendido como un medio, sino como un fin, ya que al ser entendido como un medio, se le elimina su condición de ser persona y de Ser en términos kantianos, ergo, sería solo entendido como una herramienta o medio para el ejército y el interés de este.

2.1.4. “No debe emitirse deuda pública en relación con los asuntos de política exterior” (Kant, 1998, p.8)

Este artículo se refiere a las implicaciones que tiene la deuda exterior, pues otorga un empoderamiento del acreedor sobre el deudor, que podría afectar las relaciones pacíficas, ya sea porque el acreedor cobre en un momento donde el deudor no se encuentra facultado, o bien, cuando utilice el cobro como medida “sancionatoria” en un momento donde las relaciones estén en términos negativos. Para Kant este artículo es preliminar porque permite observar este tipo de relaciones como detonantes potenciales para el inicio de hostilidades.

Cabe hacer la precisión de que el filósofo no se opone al comercio propiamente, sino a este en el ámbito político de conflictos bélicos, pues el ámbito económico también sería utilizado como arma. A su vez “Kant no recha[za] el endeudamiento estatal como tal, sino sólo el encaminado a procurar medios para la guerra. El Estado puede endeudarse “con fines pacíficos”: obras públicas, roturación de terrenos, etc.” (Contreras Peláez, 2007, p. 93).

2.1.5. “Ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y gobierno de otro” (Kant, 1998, p.9)

Este artículo no se refiere únicamente a la toma de territorios que se dan en las guerras o la época de conquista, sino también abarca las intervenciones de un Estado en otro cuando este se encuentre con luchas o conflictos internos, debido a que “la injerencia de potencias extranjeras sería una violación de los derechos de un pueblo independiente que combate una enfermedad interna” (Kant, 1998, p.9). Esto en virtud de que cuando un Estado interviene en otro, este último pierde ante su pueblo la legitimidad con que fue consagrado, ergo, se pierde la legitimidad de lo efectuado por este (el Estado en conflicto interno) como los tratados efectuados.

Este artículo se asemeja al “principio de no intervención por la fuerza en los asuntos internos de otro Estado” (Contreras Peláez, 2007, p. 95); sin embargo, este debe comprenderse en función de la Federación de Estados que Kant establecerá en los artículos definitivos, es decir, que se darán pautas de comportamiento para los Estados, en concordancia con el derecho cosmopolita.

2.1.6. “Ningún Estado en guerra con otro debe permitirse tales hostilidades que hagan imposible la confianza mutua en la paz futura, como el empleo en el otro Estado de asesinos (percussores), envenenadores (venefici), el quebrantamiento de capitulaciones, la inducción a la traición (perduellio), etc.” (Kant, 1998, pp. 9-10)

Este artículo se refiere a los momentos previos a la creación del tratado de paz, propiamente al hecho de que hay acciones que no deberían surgir en ningún momento, en especial en la guerra, pues esto puede producir una gran desconfianza entre las partes, lo cual generaría una imposibilidad en el acuerdo de voluntades a la hora de establecer tratativas de paz.

Se ha debatido si este artículo pretende establecer un *ius in bellum*, pero el autor lo que indica es que “una serie de reglas para una conducción “civilizada” de los conflictos bélicos no significa que se resigne a la guerra como realidad histórica insuperable, que renuncie a su visión de la paz perpetua como objetivo final” (Contreras Peláez, 2007, p. 118), sino que el autor reconoce la existencia de este como escenario previo a la implementación de un tratado.

2.1.7. Otras consideraciones

Cabe mencionar que, sobre estos artículos preliminares, el autor indicó:

Aunque todas las leyes citadas son leyes prohibitivas (*leges prohibitiveae*) objetivamente, es decir, en la intención de los que detentan el

poder. Hay algunas que tienen una eficacia rígida, sin consideración de las circunstancias, que obligan inmediatamente a un no hacer (*leges strictae*, como los números 1, 5, 6), mientras que otras (como los números 2, 3, 4), sin ser excepciones a la norma jurídica, pero tomando en cuenta las circunstancias al ser aplicadas, ampliando subjetivamente la capacidad, contienen una autorización para aplazar la ejecución de la norma sin perder de vista el fin, que permite (Kant, 1998, p.11).

En este sentido, los artículos 1, 5 y 6 son condición necesaria para que se pueda establecer un verdadero tratado de paz, mientras que los otros artículos quedan supeditados al adecuado establecimiento de estos.

2.2. Modelo de los artículos definitivos para la paz perpetua

Así como el filósofo establece pautas de cómo deberían ser las condiciones para la paz, también indican aquellas que se deben seguir para garantizar que esa condición de paz perdure. Estos artículos se explicarán brevemente a continuación.

2.2.1. “La constitución civil de todo Estado debe ser republicana” (Kant, 1998, p.15)

Las constituciones de los Estados republicanos tienen como meollo la libertad y la protección de esta; por tanto, se debe tener un cuerpo legislativo que norme y considere a los seres humanos como iguales.

2.2.2. “El derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres” (Kant, 1998, p.21)

Este artículo define que los Estados se pueden organizar y cooperar en sí como si fueran una sociedad, más no se pueden unir, porque si se da el Estado de Estados los pueblos de estos perderían sus características, lo cual haría que el Estado *per se* también pierda su esencia central.

2.2.3. “El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de la hospitalidad universal” (Kant, 1998, p.27)

Este artículo se refiere al deber de un Estado de tratar cordialmente al extranjero. No obstante, el Estado puede exigirle que salga de su territorio, siempre y cuando se le respeten sus derechos, pues irrespetar a un extranjero es irrespetar la representación de otro Estado, lo cual llevaría a conflictos entre ambos.

3. Carta de las Naciones Unidas desde los artículos establecidos en *Zum ewigen Frieden*

En el siguiente apartado, y conforme el orden sistemático que debe seguir este análisis, es de especial atención retomar los artículos preliminares 1, 3 y 6. Desde el primer postulado se evidencia cómo la Carta de las Naciones Unidas no sigue esta línea propuesta por Kant, pues en los diversos capítulos se menciona a la utilización de fuerzas bélicas (terrestres, aéreas y navales) y no hay rastro de que se exteriorice su eliminación.

Igualmente, por el objetivo de la paz se establece una “reserva” que sería causal de movimientos bélicos; lo anterior derivaría en la utilización y el mantenimiento de la guerra. Por tanto, el artículo preliminar primero debe ser analizado en correlación con el artículo preliminar tercero, pues el mantenimiento de estas fuerzas bélicas deriva en una potencialidad de conflicto armado; además, si se le agrega el factor legitimador contemplado en La Carta, este devengaría no en el establecimiento de la paz, sino en una “guerra justificada” que sería aceptada en el concierto de las naciones pero sería una contradicción teleológica.

A su vez, el artículo 45 de La Carta define cómo los Estados Miembros deben aportar al establecimiento de estas medidas bélicas, lo cual implicaría que estos serían ejecutores de las órdenes del Consejo de Seguridad, entidad que estaría dando “órdenes de gobierno” (limitado a este tema en específico) en dicho escenario; por lo tanto, se ve una tensión normativa entre el artículo preliminar quinto y la Carta de las Naciones Unidas.

Los demás artículos preliminares no son de interés para el presente análisis, pues este se limita al fin del mantenimiento de la paz y los medios para lograr este fin. No obstante, se puede mencionar que el postulado segundo sí se ha aplicado, ya que un Estado reconocido por los demás surge de la unificación o fusión de varios Estados, o de la separación o división de un Estado anterior, y no de la apropiación de un Estado ante otro; claro está que este tema se puede ampliar con casos específicos de los últimos años.

Por otro lado, el postulado cuarto, al tener organizaciones como el Banco Mundial, se ha visto imposibilitado de lograrse, pues este ha respondido a presiones de diversos Estados que han utilizado las deudas como medio coercitivo sobre otros. Por último, el postulado sexto, el cual se refiere a aquellos países que se encuentren en conflictos bélicos o que no han optado por aplicar un tratado para acabar con este y que sea relativo a la paz, también ha tenido cierta aplicación, ya que los Estados han dispuesto normas de guerra que, aunque no tenían como fin la posibilidad

de un tratado de paz a futuro, se da de forma indirecta. Lo anterior, pues mediante el Derecho Internacional Humanitario se han dispuesto límites a las hostilidades que son permitidas dentro de los conflictos armados, lo que implica que, de forma indirecta, una vez acabado el conflicto, se puedan establecer un tratado de paz entre las partes del conflicto. La forma indirecta de este cumplimiento radica en que estas normas humanitarias se centran en proteger a las personas y limitar el alcance de las agresiones dentro del marco bélico, por lo que la posibilidad de establecer un tratado de paz en el futuro es un mero efecto indirecto de esta protección humanitaria.

Por otra parte, si bien desde los postulados preliminares se puede indicar que la Carta de las Naciones Unidas no cumple con los criterios kantianos para ser un tratado para la paz perpetua, como mero ejercicio hipotético se puede analizar desde los postulados definitivos si esta cumple o no con el modelo de tratado kantiano.

En cuanto al primer postulado, esto no está previsto en la Carta de las Naciones Unidas, por lo tanto, si bien este documento se basa en un sistema democrático y republicano, hay Estados parte que solo poseen el primer sistema, mas no el segundo, y viceversa. El segundo y tercer postulado tampoco se han aplicado de acuerdo con la línea kantiana, pues existen diversos escenarios donde el voto de la mayoría de Estados no prevalece, como sucede por ejemplo en los temas de competencia del Consejo de Seguridad, aun cuando la incorporación a las Naciones Unidas ha sido escogida de forma soberana e independiente por cada Estado y estos tienen voz y voto dentro de la ONU.

Por otro lado, las Naciones Unidas sí funcionarían como una federación de Estados, en el sentido de que ofrecen pautas generales para aplicar lo que podría entenderse como el derecho de gentes. En otras palabras, si se parte del axioma de que la Carta de las Naciones Unidas cumple con los postulados preliminares (lo cual, como se indicó, no es así), no cumpliría con los postulados definitivos para ser entendido como un tratado para la paz perpetua.

3.1. Análisis de las medidas para mantener la paz desde los postulados kantianos

Este apartado se subdividirá en dos secciones: 1) Medidas para mantener la paz (desde la paz misma) y 2) Medidas para mantener la paz (apartándose de la paz misma).

3.1.1. Medidas desde la paz misma

La Carta estipula cómo medidas el diálogo, la negociación y demás formas de resolver conflictos pacíficamente (*supra* indicadas). Desde un punto de vista kantiano, estas

medidas sí son congruentes con un documento que tiene como objetivo mantener la paz, pues nunca se saldría de ella y más bien procuraría resguardarla.

Desde un punto de vista hipotético, si únicamente existieran estas medidas, La Carta sí cumpliría con el primero de los artículos preliminares establecidos por Kant, puesto que no existirían normas donde se consagre las fuerzas armadas como medio hacia algo (guerra, conquista, simple forma de gasto administrativo), *contrario sensu*, se podría interpretar que la existencia de los ejércitos quedaría condicionada a la labor interna de los Estados, es decir, cumpliría función de policía y no de milicia. De igual manera, esto podría llevar al cumplimiento del artículo tercero, pues el ejército *per se* dejaría de existir y pasaría a solo darse un sistema de policía. En este orden de ideas, el cumplimiento de estos dos artículos daría como resultado la imposibilidad de inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro (dado que las funciones de la policía, única fuerza vigente, no contempla dicho actuar), por lo cual se cumpliría el quinto artículo.

De esto se sigue que el *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias*, al ser orientado en la protección de la paz por medios diplomáticos y pacíficos en las cuales concurra la buena convivencia de los Estados, sí se subsume a los postulados preliminares kantianos para lograr la paz perpetua.

3.1.2. Medidas apartándose de la paz misma

Como se observó en la sección correspondiente, las medidas desde la paz misma presentan gran diferencia ideológica con las que se apartan de la paz. Igualmente se determinó que las medidas consagradas en el *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias* son congruentes con los postulados kantianos.

Ahora bien, el análisis de las medidas establecidas en el *Capítulo VII: Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión* es sumamente diferente, debido a que se establece la utilización de las fuerzas armadas y de la guerra como medio para mantener y proteger la paz. En este punto se deben formular las siguientes preguntas: ¿puede haber paz con guerra o viceversa? ¿Se puede ir a la guerra por la paz? ¿No se está quebrantando la paz que se pretende proteger?

Estas medidas, a diferencia de las anteriores, sí se salen de la paz y entran drásticamente en el concepto de la guerra que la Carta de las Naciones Unidas pretendía eliminar. En otras palabras, la misma Carta tiene el objetivo de evitar conflictos armados para mantener la paz; sin embargo, este mismo documento indica y legitima la concurrencia de los conflictos armados. Por lo tanto, la Carta presenta una circularidad entre su fin y los medios para este, por cuanto se busca un extremo y se llega al otro, se busca la paz y se termina en la guerra.

En respuesta a las dos preguntas, no puede establecerse la existencia de paz con guerra en un determinado contexto, puesto que son términos excluyentes entre sí e ir a la guerra por la paz tampoco tiene sentido, cuando se pretende mantener este último término.

El primer artículo kantiano se viola con la existencia del contenido del artículo 42 de La Carta, pues prevé cláusulas en las cuales se implementa la guerra como opción. Así mismo, con dichos artículos internacionales, se violentan los artículos tercero y quinto kantianos, por cuanto el ejército sigue existiendo –y se infiere que seguirá– así como se indica la existencia de la intervención estatal.

Por su parte, los artículos segundo y cuarto kantianos sí se respetan, pues no se indica nada en contra de estos.

Cabe resaltar, como ya se ha mencionado antes, que el ser humano ha normado la guerra, y, en estas normas, se ha cumplido con lo establecido por el artículo sexto kantiano. No obstante, si bien los redactores de La Carta han sido los redactores de dichos cuerpos normativos deontológicos bélicos, esto no se ha establecido en la Carta de la Naciones Unidas, por lo cual, con una visión delimitada al tema en concreto, se puede decir que este sexto artículo kantiano tampoco se cumple.

En síntesis, de los artículos kantianos, solo el artículo segundo y cuarto no son violentados (tampoco defendidos) por la Carta de las Naciones Unidas, mientras los artículos kantianos restantes sí están expresamente violados por dicha normativa internacional.

Por otra parte, la “guerra legitimada” no encuentra cabida en el sistema kantiano. No solo por lo indicado *supra* sino también desde el imperativo categórico kantiano, ya que este fundamento carecería de razón, pues el mismo no admitiría excepciones y de hacerlo no sería una verdadera norma moral, lo cual llevaría a que los Estados siempre estén con la amenaza de una posible guerra. A su vez, esta guerra al no admitir excepción, es decir, al no admitir legitimación, sería siempre inválida y no debería emplearse. En caso de utilizarse, esto conduciría a una transgresión a los artículos kantianos para la paz perpetua y establecería desconfianza entre los Estados, ergo, debilitaría el tratado y el objetivo buscado entre estos.

De forma análoga a esta imposibilidad de concebir una guerra como legítima, se puede analizar *Über ein vermeinte Recht aus Menschenliebe zu lügen*, el cual indica que no se pueden violentar normas morales para conseguir un fin contrario a este. En dicho texto se analiza la imposibilidad de mentir, pues al aplicar la fórmula del imperativo categórico kantiano la mentira no puede ser entendida como norma moral, ya que no habría un progreso para la humanidad. En el mismo análisis incurre la utilización de la guerra por la paz.

Conclusiones

La Carta de las Naciones Unidas presenta, desde los postulados kantianos, una antinomia normativa inconciliable en el sentido del objetivo y medios para lograrlo, pues busca la paz, pero no por medios pacíficos, sino por medios que derivan en una “guerra legitimada”. Este fenómeno de medios y el *telos* deriva en una incongruencia, dado que no habría una paz real. Desde el texto *Zum ewigen Frieden* cabe indicar que la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto al tema de la paz, no es un tratado para la paz, sino solo un cese temporal al conflicto, ya que no cumple con los postulados preliminares del modelo kantiano, así como tampoco cumpliría con los definitivos en caso de subsanar esta falencia. Es decir, la Carta de las Naciones Unidas, no termina siendo un tratado para la paz perpetua, en tanto no busca la eliminación de la guerra y la implementación de la paz, sino que implementó causales de justificación para la guerra, las cuales ocasionan la constante amenaza y ejecución de conflictos armados y debilitan cada vez más la concreción del cumplimiento de su objetivo, lo cual conlleva una ineficacia tanto real como fáctica de las Naciones Unidas en el establecimiento de la paz.

En este sentido, resulta necesario comprender que las Naciones Unidas no podrán lograr su objetivo de paz, el cual según Kant es tautológico, ergo innecesario precisar como perpetua, pues la paz es un concepto permanente, es decir, el concepto de paz contempla la perpetuidad dentro de sus características y en caso contrario, que no sea perpetua, significa que sería un mero cese al conflicto y no el establecimiento de la paz. Lo anterior debido a que mientras se esté en la posibilidad de contar con el ejército, el cual, su mera existencia, da como alternativa la utilización bélica como respuesta o medio para lograr un fin, pone en peligro la perpetuidad de la paz, derivando en que solo sea un cese al conflicto.

Aunado a lo anterior, cabe afirmar que no existiría una implementación integral de los medios diplomáticos y pacíficos, mientras la opción de “imponer y luchar por la paz” por medio de la “guerra legitimada” esté entre las posibilidades para defender la paz. A su vez, y, en respuesta al problema planteado en la etapa introductoria, sí se cumple la hipótesis, pues las Naciones Unidas no han podido dar cumplimiento a su objetivo primario, debido a que desde su Carta constitutiva se crearon normas antagónicas con el concepto de la paz, lo que conlleva a una obstaculización formal y material; esto se ha denotado en el estudio fenomenológico de los casos en concreto.

En otras palabras, si bien las Naciones Unidas tiene una función de disminuir uno de los mayores riesgos que corre la supervivencia de la humanidad, el cual corresponde al peligro de la guerra, este no se ha podido lograr ni se logrará desde

los postulados kantianos, debido a los puntos expuestos. A su vez, las consecuencias fácticas de esta antinomia se evidencian en que desde 1945 se han dado múltiples conflictos armados en el mundo.

A su vez, esta antinomia y lejanía con un verdadero tratado sobre la paz perpetua, ha implicado una frustración internacional, pues este fracaso en el mantenimiento de la paz y la prevención de la guerra se ha traducido en la incapacidad de la comunidad internacional de lograr el fin primario de las Naciones Unidas. Esta incapacidad fue “la base del anuncio que hizo Kofi Annan cuando asumió el cargo de Secretario General en 1997 y declaró que quería transformar la mentalidad de la ONU de una cultura de reacción a una cultura de prevención” (Sanz Caballero, 2008, p. 60).

Por otra parte, figuras como la negociación preventiva resultan idóneas con los artículos preliminares para el establecimiento de un tratado para la paz perpetua, pues esta establece un ambiente de confianza entre los Estados y plantea diversos mecanismos para evitar conflictos, y, en caso de darse, responder a ellos con medios pacíficos.

En ese sentido, las Naciones Unidas en función de cómo abordar su fin del mantenimiento de la paz debe optar por dos vías: la primera, es aceptar la imposibilidad de lograr la paz (y mucho menos la de mantenerla), ya que concurre una imposibilidad tanto formal como material. Ante este escenario, puede aumentar la atención a la diplomacia, la negociación preventiva y el ámbito de incidencia de la Comisión de Desarme de las Naciones Unidas, ya no en busca de mantener la paz, sino de prolongar el “cese del conflicto” el mayor lapso posible y con la mayor amplitud de Estados.

A su vez, estos cambios de prioridades pueden ir enfocados en crear un ambiente político ideal para la creación de un nuevo documento concerniente a la Paz Perpetua, el cual rectifique y concluya con las falencias, las carencias y las limitantes de la Carta de las Naciones Unidas.

Por otra parte, la segunda vía podría consistir en una reforma directa a dicho documento en virtud de los problemas mencionados con fundamento en el artículo 108 de La Carta. No obstante, debido a la dificultad de consenso inmediato que implicaría una reforma de esta magnitud, es que la primera vía parece más viable al ser gradual, y, en el mejor de los casos, logra que no sea solo un mero cese al conflicto, sino que sea perpetúa conforme a los postulados kantianos.

Referencias

Campione, R. (2009). *El nomos de la guerra; Genealogía de la “guerra justa”*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

- Contreras Peláez, F. J. (2007). *Kant y la guerra: Una revisión de La paz perpetua desde las preguntas actuales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Doménech Omedas, J. L. (2012). La acción militar en las operaciones de paz. En J. Cardona Llorens, J. Pueyo Losa, J.L. Rodríguez-Villasante y Pietro, J. L., J.M. Sobrino Heredia y M. J. Aznar Gómez M. J. (eds.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González; Tomo I*. (pp. 441 - 489). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Habermas, J. (1997). La idea kantiana de paz perpetua: Desde la distancia histórica de doscientos años. *Revista Isegoría*, (16), pp. 61-90.
- Kant, I. (1998). *Sobre la paz perpetua* (sexta edición) Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Naciones Unidas. (2004). *Resumen: Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*. Disponible en http://www.un.org/es/events/pastevents/a_more_secure_world/pdf/brochure_sp.pdf
- Naciones Unidas. (2015). *Carta de las Naciones Unidas* (Edición de 2015). San Francisco, Estados Unidos de América: Publicaciones de las Naciones Unidas.
- Sánchez Patrón, J. M. (2013). La existencia de una controversia internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. En E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz, y N. Cornago Prieto. (coords.). *El Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales* (pp. 129 - 136). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Santa Cruz, H. (1995). La creación de las Naciones Unidas y de la CEPAL. *Revista de la CEPAL*, (57), 17-32.
- Santa María, P. A. (2013). El arreglo arbitral de las controversias internacionales: aspectos recientes. En E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz, y N. Cornago Prieto. (coords.), *El Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales* (pp. 129 - 136). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Sanz Caballero, S. (2008). Las Naciones Unidas y la diplomacia preventiva: ¿adaptación o reforma? En J. Cardona Llorens, J. (ed.), *La ONU y el mantenimiento de la paz en el Siglo XXI; Entre la adaptación y la reforma de la Carta* (pp. 59 - 84). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Truyol y Serra, A. (1998). *Sobre la paz perpetua* (sexta edición). En I. Kant, *Sobre la paz perpetua* (sexta edición.) Madrid, España: Editorial Tecnos.

La participación de las víctimas y la sociedad civil en la reformada Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: un estudio comparativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

The participation of victims and civil society in the reformed African Court of Justice and Human Rights. A comparative study in light of ICC's Jurisprudence

A participação das vítimas e a sociedade civil na reformada Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos: um estudo comparativo à luz da jurisprudência da Corte Penal Internacional

Carmen Montero Ferrer*

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2019

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2019

Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8503>

Para citar: Montero Ferrer, C. (2019). The participation of victims and civil society in the reformed African Court of Justice and Human Rights. A comparative study in light of ICC's Jurisprudence. *ANIDIP* (7), 141-166.
Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.8503>

Resumen

En junio de 2014 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana adoptó el *Protocolo de Enmienda al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos*, conocido como Protocolo de Malabo, que, entre otras cuestiones, crea la Sección de Derecho Internacional Penal (en adelante, SDIP) dotada de jurisdicción para perseguir crímenes de lesa humanidad, genocidio y guerra. En líneas generales,

* Investigadora posdoctoral contratada de la Universidad de Santiago de Compostela. Estancia de investigación Université Laval (Canadá) 2018-2020. Becaria de la Xunta de Galicia (Convocatoria de axudas de apoio á etapa de formación posdoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia. Modalidad A) y miembro del Grupo de Estudios Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela (GRESIN-GI-1138). Correo electrónico: carmenmonteroferrer@gmail.com. Este trabajo forma parte del proyecto más amplio "Contribuciones de la sociedad civil a la rendición de cuentas por crímenes internacionales. Especial referencia a la Corte Penal Internacional" financiado por dicha convocatoria.

dicha iniciativa responde a las tensiones surgidas en los últimos años entre algunos estados africanos, la Unión Africana (UA) y la CPI, y a pesar de que hasta la fecha ningún estado ha ratificado el “Protocolo de Malabo”, su adopción ha avivado el debate respecto al ejercicio de la justicia internacional penal en África, sobre todo en relación con los conflictos de jurisdicción que podrían ocasionarse entre la SDIP y la CPI, si finalmente dicho instrumento entra en vigor. Nuestro interés está en examinar las posibilidades de *participación* de las víctimas y la sociedad civil ante la SDIP, en comparación con la práctica seguida por la CPI. Con el propósito de estudiar en qué medida está prevista en el Protocolo de Malabo, y en consecuencia, proponer alternativas que cubran las posibles lagunas, así como valorar si es recomendable que el sistema de participación de la CPI sirva de matriz al desarrollo de esta cuestión en la futura SDIP.

Palabras clave: Protocolo de Malabo, Sección de Derecho Internacional Penal, participación de víctimas, Corte Penal Internacional.

Abstract

In June 2014 the Assembly of Heads of State and Government of the African Union (AU) meeting in Malabo (Equatorial Guinea) adopted the *Protocol to Amend the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, known as the Protocol of Malabo; that, among other issues, set up the International Criminal Law Section (ICLS) and its jurisdiction to prosecute crimes against humanity, genocide, and war. The initiative responds to the tensions that have arisen in recent years between some African states, the AU, and the ICC. In despite that no state has ratified the Protocol of Malabo to date, its mere adoption has opened the debate regarding the exercise of international criminal justice in Africa; primarily, due to jurisdictions conflicts that could arise between both courts. The purpose of this paper is to examine the victim’s participation before the ICLS regarding the Internal Crime Court (ICC) system and to suggest any ways to make up loopholes. Finally, researchers would like to conclude if the victim’s participation system is a procedure the ICLS must follow.

Keywords: Malabo Protocol, International Crimes Law Section, victim’s participation, International Criminal Court.

Resumo

Em junho de 2014 a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo da União Africana adotou o *Protocolo de Emenda ao Estatuto da Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos*, conhecido como “Protocolo de Malabo”, que, entre outras questões, cria a Seção de Direito Internacional Penal (em adiante, SDIP) dotada de jurisdição

para perseguir crímenes de lesa humanidad, de genocidio e de guerra. Em termos gerais, dita iniciativa responde às tensões surgidas nos últimos anos entre alguns estados africanos, a União Africana (UA) e a CPI, e apesar de que até a data nenhum estado tem ratificado o “Protocolo de Malabo”, sua adoção tem avivado o debate respeito ao exercício da justiça internacional penal na África. Especialmente, em relação aos conflitos de jurisdição que poderiam se ocasionar entre a SDIP e a CPI, se finalmente dito instrumento entra em vigor. Nosso interesse está em examinar as possibilidades de *participação* de vítimas e sociedade civil ante a SDIP, em comparação com a prática seguida pela CPI. Com o propósito de estudar em que medida está prevista no “Protocolo de Malabo”, e em consequência, propor alternativas que cubram as possíveis lacunas, assim como valorar se é recomendável que o sistema de participação da CPI sirva de matriz ao desenvolvimento desta questão na futura SDIP.

Palavras-chave: “Protocolo de Malabo”, Seção de Direito Internacional Penal, participação de vítimas, Corte Penal Internacional.

Introducción

No puede afirmarse que la propuesta de crear un Sistema de Justicia Penal Internacional en África sea del todo novedosa. Durante los debates previos a la adopción de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* se planteó la posibilidad de crear un órgano jurisdiccional con competencia *rationae materiae* sobre crímenes de derecho internacional, que finalmente fue rechazada por el Comité de expertos responsable de su elaboración (Abass, 2013). Especialmente, dicha posibilidad parecía quedar descartada a raíz de la creación del Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos, de un lado, y el establecimiento de la CPI, de otro.

Sin embargo, la reciente adopción del “Protocolo de Malabo” amenaza dicho reparto competencial al dotar a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) de jurisdicción sobre crímenes internacionales y transnacionales, situando a los estados africanos parte del ER ante un sistema de doble complementariedad que podría dar lugar a conflictos de jurisdicción entre la CPI y la SDIP (Mubiala, 2014).

De entre la escasa literatura académica existente, la mayoría de los trabajos publicados hasta ahora discuten la base jurídica sobre la que se asienta la creación de la SDIP, examinando su legitimidad a la luz del *principio de complementariedad* del ER (Murungu, 2011; Nmehielle, 2014),¹ o justificando su establecimiento en virtud

1 Sus posturas son contradictorias. Así, Murungu pone en entredicho la legitimidad de la SDIP, basándose en el principio de complementariedad (artículos 1 y 17 ER) por considerar que el ER no permite la creación de tribunales regionales con competencia para juzgar los mismos crímenes que la CPI. Por

de la obligación de investigar y perseguir los crímenes internacionales recogida en el artículo 4. h) del *Acto Constitutivo* de la Unión Africana (Mubiala, 2014; Abass, 2013; Ventura y Bleeker, 2016). Por otra parte, existen ciertas voces críticas con la SDIP que enfatizan en la falta de recursos económicos y personales de dicho órgano para asumir el mandato (Mubiala, 2014). Igualmente, son habituales los estudios que argumentan en contra de la inclusión del artículo 46A bis) relativo a la inmunidad de Jefes de Estado y de gobierno durante su mandato (Werle & Wormbaum, 2017).

Una de las cuestiones menos estudiadas en relación al Protocolo de Malabo es la participación de víctimas y sociedad civil ante la SDIP. Posiblemente, esto sea fruto de la ambigüedad con la que aparece regulada en el citado instrumento, que recuerda a la deficiente e ineficaz redacción del artículo 68.3 ER, hoy superada, tras la adopción de las RPP, y, sobre todo, por la abundante práctica desarrollada por las Salas de la CPI al respecto.

Por esta razón, los objetivos de este trabajo son realizar un *análisis prospectivo* sobre las opciones que tendrían las víctimas para participar en los procedimientos ante la SDIP, llevar a cabo un *análisis crítico* de la práctica de la CPI sobre este particular, y, en consecuencia, valorar si en un futuro desarrollo normativo del Protocolo de Malabo sobre esta cuestión sería recomendable tomar ejemplo del sistema de la CPI.

Con este fin, seguiremos un método basado en el examen de las decisiones de la CPI sobre participación, y dado que la SDIP no ha entrado en vigor, las fuentes utilizadas en este caso serán, fundamentalmente, el Protocolo de Malabo, otros instrumentos internacionales y regionales, y la doctrina académica existente hasta el momento.

A fin de responder a estas cuestiones, hemos dividido este trabajo en cinco epígrafes. Tras introducir el tema, en el primer epígrafe se abordan los antecedentes y el enfoque actual de la justicia penal internacional en África; así, se trata la cuestión del ámbito jurisdiccional de la CAJDHP y la CPI, y la relación actual de esta última con África. En el segundo, se estudia la interpretación jurisprudencial de la condición de víctima que hace la CPI; además, ante la ausencia de una definición expresa de dicha condición en el Protocolo de Malabo, se analizan las opciones que ofrece el Derecho Internacional para salvar esta laguna. En el tercero, se realiza una revisión crítica del sistema de participación de la CPI y el previsto en el Protocolo de Malabo, centrándonos en los derechos procesales específicos que ejercen las víctimas en cada fase del procedimiento. Finalmente, en el epígrafe cuarto se recogen las conclusiones.

su parte, Nmehielle, citando el trabajo de Murungu, señala que ni el ER ni ningún otro tratado tiene la facultad de regular en exclusiva ninguna materia.

Antecedentes y enfoque actual de la persecución de crímenes internacionales en África

La adopción del ER y sobre todo el establecimiento de la Corte Penal Internacional fueron especialmente celebrados en África. En un continente resignado a la perpetración impune de crímenes internacionales, la creación de un instrumento, permanente y universal, capaz de llevar a los autores ante la justicia se acogió con entusiasmo. En consecuencia, los estados africanos firmaron y ratificaron masivamente el ER (UA, 2004)², y cuando la CPI inició su actividad, se hicieron partícipes de su mandato colaborando activamente con ella (Soroeta, 2017).³

Sin embargo, esta situación ha empezado a cambiar. Desde hace unos años, el buen entendimiento ha dado paso a un creciente malestar entre los dirigentes africanos por la focalización de la actividad judicial de la CPI en África. A lo que se añade el enfado con algunos tribunales europeos por el ejercicio de la jurisdicción universal, al considerar que tales actos vulneran los principios de soberanía e independencia de los estados y evocan el pasado colonialista en África (UA, 2008, Assembly/AU/Dec. 199/XI; AU, 2013, Assembly/AU/Dec.1).

La literatura académica (Graham, 2015; Abass, 2017) coincide en afirmar que la emisión de la orden de arresto contra el presidente sudanés, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, dictada por la CPI en marzo de 2009 (Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 2009),⁴ fue el detonante que llevó a la UA a adoptar cuatro meses después la *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court*, que pone de manifiesto su malestar con la CPI y menciona la posibilidad de incluir competencia penal en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (UA, 2009, Doc. Assembly/AU/13/XIII).

Fruto de dicho malestar, y al amparo de esta paradigmática “Decisión”, Sudáfrica y Gambia anunciaron su intención de retirarse del ER realizando sendas declaraciones oficiales al respecto que, aunque finalmente fueron revocadas, demuestran que la tensión entre África y la CPI continúa latente (Situation in the Republic of Burundi, 2017),⁵ Sin duda alguna, su relación futura dependerá de la capacidad de la CPI de responder ante desafíos como el que le impone la reciente destitución del poder de Al Bashir y, sobre todo, de la voluntad de los estados africanos de ejercer la persecución de crímenes internacionales en sus jurisdicciones nacionales.

5 La retirada de Burundi se hizo efectiva el 27 de octubre de 2017, lo que no impidió que la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizase a la Fiscalía el inicio de una investigación formal sobre el país dos días antes. En esta decisión en la que autoriza la investigación, la Sala, considera que hay fundamento suficiente para creer que agentes estatales y miembros de la “Imbonerakure” llevaron a cabo un ataque generalizado y sistemático contra la población civil del país, entre el 26 de abril de 2015 hasta el 26 de octubre de 2017.

Por otra parte, la entrada en vigor del Protocolo de Malabo añadiría más confusión al panorama de la justicia internacional en África, al ser probable que tuvieran lugar conflictos de jurisdicción entre la CAJDH y la CPI. Aunque seguramente esta situación no se llegue a dar, al menos a corto plazo, ya que al momento de escribir este trabajo ningún país lo había ratificado. Situación que, como señala Bakama Bope, se produce con frecuencia en África, pues es habitual que los instrumentos atraviesen dificultades para ser ratificados (2016). Este es el caso del *Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos humanos* (UA, 2008). Dicho instrumento prevé la creación de la CAJDH, a través de la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con la Corte de Justicia de la Unión Africana;⁶ fue enmendado por el “Protocolo de Malabo”, y, aunque se adoptó en 2008, todavía no ha entrado en vigor.

Además, de los estados que han firmado y ratificado o depositado el instrumento de adhesión, sólo nueve han realizado la declaración que reconoce la competencia de la CAJDH para recibir quejas directamente de individuos y ONG, dando muestra de la falta de interés en permitir su acceso a la CAJDH (UA, 2008, artículo 30.f).

En un trabajo publicado con anterioridad a la adopción final del “Protocolo de Malabo”, Ademola Abass alegaba que la poca predisposición de los mandatarios africanos a perseguir crímenes internacionales la hacía dudar de que el entonces proyecto de protocolo fuese un valor añadido para poner fin a la impunidad que rodea su comisión (2013). En esta misma línea argumental, consideramos que la escasa voluntad para firmar la declaración que faculta el acceso de individuos y ONG a la CAJDH presagia dificultades para desarrollar un sistema de participación de víctimas y sociedad civil ante la futura SDIP. Bajo esta premisa, surge nuestro interés en estudiar su participación ante dicho órgano jurisdiccional, para lo que empezamos por aproximarnos al concepto de víctima.

Análisis de la condición de víctima en el sistema de la Corte Penal Internacional y la ausencia de definición expresa en el “Protocolo de Malabo”

En el sistema de la CPI el término *víctima* se define en la regla 85 RPP. El objeto de dicha regla es concluir quiénes son las víctimas en un caso, de manera que el

6 Al ser el instrumento que prevé la fusión de ambos órganos jurisdiccionales, éste reemplaza al *Protocolo de la Carta Africana para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (UA, 1998) y al *Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana* (UA, 2003).

análisis de la condición de víctima constituye el paso previo y *conditio sine qua non* para su participación en el proceso (Prosecutor vs. Lubanga, 2008a).

Así, como veremos en los siguientes apartados, podrán ser consideradas como víctimas las *personas naturales o jurídicas* que hayan sufrido un *daño*, dando lugar a uno de los crímenes competencia de la CPI, siempre que exista un vínculo entre el crimen cometido y el perjuicio causado a la víctima.

En virtud de la ausencia en el ER y las RPP de criterios interpretativos que delimiten el alcance y significado de la regla citada, la Sala de Cuestiones preliminares I realizó un primer análisis a propósito del conocido caso Lubanga en la *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings* (Prosecution vs. Lubanga, 2006). Sin embargo, los criterios interpretativos establecidos en este caso no han sido seguidos de manera uniforme por las Salas de Cuestiones Preliminares I y II al aplicar la Regla 85 RPP. Esta cuestión ya ha sido minuciosamente estudiada por la doctrina académica, y por tanto no ha dado lugar en este trabajo (Olásolo & Kiss, 2010; Vega, 2006).

De este modo, siendo conscientes de que nuestro análisis constituye una aproximación abreviada y generalista sobre este particular, en lo que sigue se van a tratar algunas de las cuestiones que suscitan mayor controversia en la aplicación de la Regla 85 RPP por parte de las Salas de la CPI. Si bien, por la razón expuesta, nos centraremos en el examen de los aspectos más novedosos de la práctica actual.

Personas naturales o jurídicas

En virtud de la Regla 89.1 RPP, en principio sólo aquellas personas que han sufrido un daño a consecuencia de la comisión de uno de los crímenes comprendidos en los artículos 5 a 8 del ER están facultadas para presentar en *nombre propio* una solicitud al Registro, para que la Sala que corresponda las reconozca como víctimas con el fin de participar en los procedimientos que les afectan. Sin embargo, la interpretación de esta regla ha evolucionado hacia una comprensión más amplia de la misma, y dos situaciones llaman nuestra atención al respecto.

En primer lugar, se ha planteado si una interpretación extensiva de la Regla 85 a) RPP permitiría la participación de las personas fallecidas a través de un pariente que presenta la solicitud en su nombre. Actualmente, las Salas coinciden en no autorizar dicha participación a menos que la víctima hubiese dado su consentimiento antes de fallecer. En ese caso, la participación se limitará a presentar las opiniones y observaciones expresadas por la fallecida en su solicitud inicial (Prosecutor vs. Al Hassan, 2018; Prosecutor vs. Katanga, 2009a; Prosecutor vs. Ntaganda, 2017a).

En segundo lugar, nos cuestionamos si cabría la presentación conjunta de varias solicitudes con el fin de facilitar la participación de un gran número de víctimas. Parece ser que la tendencia actual va en esta dirección, pues recientemente la CPI ha autorizado solicitudes presentadas por organizaciones no gubernamentales y asociaciones ya existentes con el *consentimiento* de las víctimas, e incluso por grupos de familias y/o asociaciones constituidas a tal efecto (Prosecutor vs. Al Hassan, 2018).

Por otra parte, la CPI está empezando a desarrollar un *sistema de información permanente*, destinado a que el Registro y sus unidades especializadas realicen actividades de divulgación sobre el estado de sus investigaciones (Prosecutor vs. Situation in Palestine, 2018; Prosecutor vs. Ongwen, 2015b). Este sistema facilita el contacto con las víctimas y fomenta su participación en los procedimientos (Kiswanson, 2018). Además, podría servir para resolver algunas de las cuestiones que la Asamblea de Estados Partes identifica como dificultades para la participación (ICC-ASP/9/Res.3, 2010; ICC-ASP/11/Res.8, 2012), como es la necesidad de simplificar y homogeneizar los formularios de solicitud o de clarificar ciertos aspectos confusos sobre la asistencia legal ejercida por los intermediarios (Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, 2016).

La teoría del daño

Dada la poca concreción con la que se define el concepto de *daño* en la Regla 85 RPP, las salas de la CPI han acudido a la remisión a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se hace en el artículo 21 ER. Así lo interpretan conforme a los principios 8 y 9 de 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* (Asamblea General de Naciones Unidas, Res.60/147, 2005). Interpretación, con la que la Sala de Apelaciones no se mostró del todo conforme en el caso *Lubanga* por considerar que los dichos principios son sólo orientativos (Prosecutor vs. Lubanga, 2008a).

Por lo demás, el requisito de conexión entre el daño y el crimen habilita a participar en los procedimientos sólo a las víctimas de los crímenes imputados al acusado en la audiencia de confirmación de cargos (Prosecutor vs. Ntaganda, 2014a; Prosecutor vs. Ntaganda, 2014b). Además, se produce una situación paradójica, pues las víctimas deben formular la solicitud de participación antes de que tenga lugar dicha audiencia. Recientemente, la Sala de Cuestiones Preliminares III ha recurrido al término *mutatis mutandis* al puntualizar que la víctima debe formular dicha solicitud sobre la base de los actos de los que ha sido víctima y que figuran en la orden de arresto,

sin perjuicio de que éstos sean o no confirmados en la audiencia de confirmación de cargos (Prosecutor vs. Bemba, 2008).

¿Hacia una admisión automática de la condición de víctima?

Como ya hemos visto, el análisis sobre la condición de víctima constituye el requisito previo a la participación. La regla 89 RPP define el procedimiento de solicitud sin aclarar si, a estos efectos, la condición de víctima se adquiere de una vez y para siempre, o si por el contrario se habrá de examinar en cada actividad procesal en la que se vaya a participar.

En su interpretación, las salas han diferenciado entre la condición de víctima *general* y la *específica*. La primera se examina con anterioridad a la audiencia de confirmación de cargos y autoriza automáticamente a participar en el juicio oral, sin necesidad de readmisión. La segunda define las actividades procesales específicas en las que podrán participar las víctimas sobre la base de la *afección de sus intereses personales* para el caso concreto (Sthan, Olásolo & Gibson, 2006). Esta interpretación ha sido recogida en el *Manual Práctico de las Cámaras* de la CPI por lo que es probable que se mantenga en futuras decisiones de las Salas (2017).⁷

En decisiones recientes, la CPI ha mostrado su intención de dirigirse hacia un sistema de *revisión pseudoautomática* de las solicitudes de participación. Se trata de que el Registro, siguiendo unas pautas fijadas de antemano por las Salas, decida quien serán consideradas como víctimas (Prosecution vs. Ntaganda, 2015; Prosecutor vs. Al Hassan, 2018). Sólo las solicitudes que generen dudas en el Registro serían revisadas por las salas, que se reservan la facultad de supervisión. Este sistema persigue, en consonancia con el *mandato de eficacia* recogido en la Regla 89. 1 RPP, equilibrar el derecho a participar de las víctimas con los derechos del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas (ER, 1998, artículo 67.1.c).

2.4. La ausencia de definición en el Protocolo de Malabo: ¿Cómo suplir esta laguna?

El Protocolo de Malabo alude en un par de ocasiones a las víctimas sin recoger una definición. En nuestra opinión, esta laguna puede cubrirse a través de dos vías de interpretación del artículo 31 del citado instrumento. La primera consistiría en

⁷ Conviene aclarar que este no es un instrumento vinculante para los jueces de la CPI, sino que en él se recogen las orientaciones y directrices básicas que les servirán para tomar decisiones con cierta uniformidad de criterio.

interpretar el precepto en el mismo sentido que hizo la CPI en relación al concepto del *daño* en el caso *Lubanga*. De esta manera, proponemos recuperar uno de los argumentos del juez Blattmann para emitir su opinión disidente, pero interpretado en sentido contrario. Es decir, la SDIP acudiría a los “Principios y directrices básicos” para hacer frente a la ausencia de definición (Prosecutor vs. Lubanga, 2012c).⁸

La segunda consistiría en que la SDIP aplicase las resoluciones, decisiones y directivas adoptadas en el seno de la UA. En este sentido podría acudir a la definición de víctima recogida en el punto 5 n) del instrumento *Principles and Guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa*, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos (ComADHP, 2003) o a la definición recogida en el párrafo 24 del *African Union Transitional Justice Framework* (UA, 2013).

En conclusión, la interpretación extensiva de la Regla 85 RPP y la búsqueda de mecanismos que facilitan el proceso de solicitud fomentan la participación de víctimas ante la CPI. Por el contrario, la ausencia de definición expresa en el Protocolo de Malabo obstaculiza el ejercicio de sus derechos procesales y pone de manifiesto el escaso interés de los mandatarios africanos en alentar su participación en el proceso penal ante la SDIP, aunque hay definiciones que podrían adoptarse, llegado el caso, para suplir esta laguna.

Revisión crítica sobre participación ante la Corte Penal Internacional y análisis del sistema previsto en el “Protocolo de Malabo”

En las últimas décadas se ha evolucionado desde una concepción instrumentalista de las víctimas, consideradas como un medio para ejercer la función punitiva de los órganos jurisdiccionales y que sólo actuaban como testigos, a seguir una estrategia orientada por el principio *intereses de las víctimas* que les permite participar en el proceso penal (Schabas, 2016; Orihuela, 2014). Así, la inclusión de un precepto que regula su participación ante la CPI supuso la consolidación de una nueva manera de entender el papel ejercido por éstas en la justicia penal internacional.

Sin embargo, debido a la escasa concreción con la que fue redactado el artículo 68.3 ER, su aplicación ha dado lugar interpretaciones contradictorias entre las Salas. Cuestión que constituye el objeto de estudio de bastantes trabajos académicos (Sthan, Olásolo & Gibson, 2006; Vega, 2006; Olásolo & Kiss, 2010). Razón por la

8 En su opinión disidente y separada, el juez Blattmann considera que, puesto que la RPP ya recoge una definición de víctima en la R.85, es inadecuado e innecesario ir más allá del contenido de esta.

que, en lo que sigue, centraremos nuestro análisis en aquellos aspectos que suponen cierta novedad respecto a la interpretación que se ha manejado hasta ahora.

Así, a lo largo de los apartados que componen este epígrafe nos proponemos revisar los aspectos más críticos de la participación de víctimas ante la CPI y realizar un examen prospectivo de los derechos procesales que tendrían las víctimas en el caso de que el Protocolo de Malabo entrase en vigor; de esta forma, se va a seguir la estructura del proceso ante la CPI, comparando en cada una de sus fases los derechos procesales previstos en el ER y el “Protocolo de Malabo”.

Participación durante la fase de examen preliminar

El envío de comunicaciones a la Corte Penal Internacional

Antes de que tenga lugar la confirmación de cargos, los individuos y otros actores de la sociedad civil pueden ejercer una suerte de participación en el proceso al enviar *comunicaciones* orales y/o escritas a la Fiscalía, que las analizará con el propósito de determinar si existe *base razonable* para iniciar una investigación de oficio (ER, 1998, artículo 15.1 y 2 ER). Conviene matizar que la Fiscalía ha señalado que el envío de comunicaciones no conduce automáticamente al inicio del examen preliminar de una situación específica (Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares, 2013). Si bien, en principio sólo se descartarían las comunicaciones individuales que relaten hechos que no estén dentro de la competencia de la CPI. Cuando las envía una organización, la veracidad de la información se examinará a la luz de su credibilidad y reputación (Prosecutor vs. Situation in the Republic of Côte d’Ivoire, 2011).⁹

El estándar de prueba utilizado en esta fase, “base razonable”, es el más bajo de todos los previstos en el ER, aunque se valorará con mayor o menor grado de exigencia dependiendo quién haya enviado la información (Piernas López, 2013). Así, si la Fiscalía conoce la *notitia criminis* por remisión de un Estado parte o del Consejo de Seguridad, estará obligada a iniciar una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder conforme al Estatuto. Por contra, si recibe una comunicación de parte de individuos u organizaciones de la

9 En este sentido, se pronunció la Fiscalía de la CPI al solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación en relación a la situación de Costa de Marfil. Así, la Fiscalía se apoyó en los informes de Human Rights Watch, Amnistía Internacional y la Federación Internacional de los Derechos Humanos, elaborados a partir de entrevistas a víctimas y testigos presenciales para acreditar la comisión de crímenes de lesa humanidad (asesinato, violación, otros actos inhumanos y persecución) perpetrados en el contexto de la violencia post-electoral que tuvo lugar en el país africano entre los años 2010 y 2011. En este caso, la Fiscalía subraya que la credibilidad y los métodos de trabajo de estas organizaciones son argumentos suficientes para decidir la apertura de una investigación.

sociedad civil continuará con la investigación sólo si considera que existe base razonable para proceder (Annex to the Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor, 2003; Caban, 2011; Schabas, 2010).

El recurso a “otras fuentes fidedignas” como vía para el envío de comunicaciones a la SDIP

En términos casi idénticos al ER, el Protocolo de Malabo recoge en el artículo 46 G. 2) la posibilidad de que organizaciones como la UA y UN, organizaciones no gubernamentales y “otras fuentes fidedignas” envíen información a la Fiscalía, que constatará su veracidad con el fin de abrir una investigación. Lo que no queda claro es si dentro de éstas últimas entrarían los individuos. En nuestra opinión, la ausencia de mención expresa no debería ser un obstáculo para que los individuos puedan enviar este tipo de comunicaciones, pues el artículo 15 ER tampoco los menciona expresamente, y, sin embargo, como hemos visto anteriormente, es una realidad en la actual CPI. (Situation of the Republic of Burundi, 2017).

Finalmente, si se acepta que los individuos envíen comunicaciones, éstos deberán tener derecho, siguiendo el mandato que tiene la Fiscalía de informar, a que se les comunique la decisión de no abrir una investigación (Protocolo de Malabo, 2014, artículo 46.6).

Participación en la fase de confirmación de cargos

El derecho a presentar *opiniones y observaciones* se traduce durante la etapa de confirmación de cargos en el derecho a asistir a las audiencias públicas preparatorias, realizar declaraciones de apertura y conclusión a través de sus representantes legales, a ser notificadas de los documentos públicos recogidos en el sumario de las actuaciones, y, si no se trata de víctimas anónimas, a aportar prueba (Prosecutor vs. Katanga, 2008).

La autorización de participación expresa en el Protocolo de Malabo

Por su parte, las víctimas sí son expresamente autorizadas a presentar *observaciones* cuando la Fiscalía, tras considerar que existe “fundamento razonable”, solicita autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación formal (Protocolo de Malabo, 2014, artículo 46 G. 3).

Participación en el juicio oral

El ejercicio de los derechos procesales en los procedimientos ante la CPI a través de los representantes legales

La controversia sobre las fases del procedimiento en las que pueden participar las víctimas se deriva del uso del término “juicio” en la versión en español del artículo 68.3 ER, *proceedings*, en inglés, y *procédure*, en francés (Prosecution vs. Lubanga, 2008a). En consecuencia, la CPI ha interpretado el término en sentido estricto para referirse a la fase del juicio oral, poniéndose en entredicho la posibilidad de que las víctimas puedan participar en las fases previas a la apertura de este (Prosecution vs. Lubanga, 2005). Actualmente, prevalece la interpretación extensiva del citado precepto, de tal manera que la jurisprudencia reciente de la CPI confirma su participación desde la fase de examen preliminar (Prosecution vs. Situation in Palestina, 2018).

La controversia surge al tratar de concretar los derechos procesales “caso por caso” (Olásolo & Kiss, 2010), estrategia que, como señala Bitti, ha dado lugar principalmente durante los primeros años de actividad de la CPI, a notables diferencias en el ejercicio de los mismos (2018). Afortunadamente, en los últimos años se han hecho progresos importantes en este asunto, llegándose a una interpretación más armonizada sobre las actividades específicas que podrán desarrollarse durante esta fase (Prosecutor vs. Ongwen, 2015b).¹⁰ Actualmente, la jurisprudencia de la CPI establece que las víctimas tienen derecho a ser informadas del trascurso del procedimiento y las actividades procesales que se llevan a cabo, acceder a la documentación pública del caso (Prosecutor vs. Ruto and Sang, 2011), asistir a las sesiones públicas y a puerta cerrada (Prosecutor vs. Katanga, 2010a), hacer declaraciones al principio y al final de la fase del juicio y examinar a los testigos o expertos que presenten prueba (Prosecutor vs. Lubanga, 2010).

Generalmente, las víctimas ejercen sus derechos procesales a través de un representante legal. Es importante que se acate el principio básico de las víctimas a elegir a dichos representantes recogido en la Regla 90.1 RPP, ya que éstas se sienten involucradas en el proceso, de modo que se satisface su interés personal (Human Rights Watch, 2017). Además, si las salas lo consideran relevante para conocer la verdad (Prosecutor vs. Katanga, 2010b), las víctimas pueden ejercer sus derechos a título individual, siempre que se respete el derecho de los acusados a ser juzgados sin dilaciones indebidas y a disponer de tiempo suficiente para preparar su defensa (Prosecutor vs. Ntaganda, 2017b; Prosecutor vs. Bemba, 2012).

En nuestra opinión, teniendo en cuenta las dificultades para equilibrar los intereses de ambas partes y siendo además que las víctimas ya pueden satisfacer su derecho

10 Tradicionalmente, las Salas de Cuestiones Preliminares han sido más restrictivas con los derechos procesales de las víctimas que las Salas de Primera Instancia, pero esta situación parece que ha empezado a cambiar.

a “ser oídas” a través del representante legal, la opción de relegar la participación a título individual a aquellas que sean significativas y no puramente simbólicas nos parece recomendable por cuestiones de utilitarismo procesal.

Ausencia de previsión semejante en el Protocolo de Malabo

El Protocolo de Malabo no prevé expresamente la participación de víctimas durante la fase de juicio oral. La única reseña sobre la comparecencia de las víctimas ante la Corte durante dicha fase la encontramos en el artículo 22 B. 9 a), que trata las medidas de protección. Por otra parte, como hemos visto, se señala explícitamente un derecho de las víctimas a presentar *observaciones* durante la fase previa al juicio en el artículo 46.G.3). El hecho de que no se establezca un derecho semejante en el citado 22.B 9 a) nos lleva a pensar que cuando la comparecencia se refiere únicamente a la que tiene lugar durante la fase previa al juicio.

Participación en la fase de apelación

Los límites a la participación en esta fase en los procedimientos de la CPI

En virtud del artículo 81 ER, las víctimas no pueden actuar como apelantes de los pronunciamientos y sentencias dictados por la CPI. Sin embargo, en el caso Lubanga, la Sala de Apelaciones permitió a las víctimas que hubiesen participado durante la fase del juicio y cuyos intereses personales se vieses afectados por la sentencia, presentar sus *opiniones y observaciones* al respecto a través del representante legal (Prosecutor vs. Lubanga, 2012b). Posteriormente, la sala, a propósito del caso *Ngudjolo*, ha precisado que dichas opiniones y observaciones deben hacer relación a los errores, de hecho, o de derecho, no presentados por el Fiscal en su apelación, pero que recaigan sobre el ámbito material de la misma (Prosecutor vs. Ngudjolo, 2015). Así, se limita la participación de las víctimas que está intrínsecamente conectada y es dependiente de la actividad judicial de la Fiscalía (Prosecutor vs. Bemba, 2012).

Algo similar ocurre con las decisiones interlocutorias. Las víctimas, al no ser parte procesal, no pueden apelar las decisiones citadas en el artículo 82.1 ER, aunque sí la Orden de reparaciones a través de su representante legal, facultad que se justifica en el hecho de que los intereses personales de las víctimas constituyen la razón de ser de las reparaciones (Prosecutor vs. Bemba, 2012). Por esta misma razón, Bitti considera, a raíz del caso *Al Bashir*, que la afeción de los intereses de las

víctimas justificaría la apelación de las decisiones interlocutorias sobre competencia o admisibilidad en la fase de examen preliminar (2018).¹¹

La falta de regulación de la fase de apelación en el “Protocolo de Malabo”

Cuando se trata de la participación en la fase de apelación, ninguna conclusión se puede extraer de la lectura del Protocolo de Malabo, ya que, una vez más, se posterga el establecimiento del marco teórico de la propia fase a la adopción de las futuras Reglas de la Corte (Protocolo de Malabo, 2014, artículo 34B).

Participación en la fase de reparaciones

La inoperatividad del sistema de reparaciones de la CPI

El artículo 75 ER recoge el derecho de las víctimas a obtener reparaciones, dejando que sea la jurisprudencia la que se pronuncie sobre los principios que serán aplicables a las mismas. Es decir, las Salas de Primera Instancia sólo están obligadas a establecer las orientaciones sobre la base de las cuales el Fondo Fiduciario atenderá las solicitudes individuales (Prosecutor vs. Al Mahdi, 2018). La dependencia económica de dicho órgano, que se nutre de aportaciones estatales, condiciona gravemente su operatividad; además, los condenados suelen ser insolventes. En consecuencia, ambas circunstancias dificultan la operatividad del sistema de reparaciones, impidiendo que éstas sean significativas, apropiadas y adecuadas para las víctimas, y que se otorguen con rapidez, como prescribe el principio 18 de los “Principios y directrices básicos” (AGNU, Res.60/147, 2005).

Por su parte, el inciso tercero del citado artículo 75 recoge el derecho de las víctimas a participar en esta fase, que se ha extendido también a organizaciones no gubernamentales y fundaciones (Prosecutor vs. Al Mahdi, 2016).¹² La CPI concluye que el hecho de que las víctimas no hayan participado en la fase previa al juicio o durante el mismo no impide que lo hagan en la fase de reparaciones (Prosecutor vs. Lubanga, 2012b; Prosecutor vs. Ongwen, 2015b), si bien su participación debe ser autorizada *ex profeso* por la Sala (Prosecutor vs. Lubanga, 2015; Prosecutor vs. Katanga, 2017),¹³ lo que no quiere decir que convenga repetir el error cometido en el caso Lubanga en relación a las víctimas de violencia sexual (Prosecutor vs. Lubanga,

11 A raíz del caso *Al Bashir*, en el que se permitió al Reino Hachemita de Jordania apelar una decisión interlocutoria conforme al artículo 82.1.d) ER, Gilbert Bitti considera que no hay precepto legal que impida a las víctimas hacer lo propio.

12 Ambas organizaciones presentaron observaciones en virtud del artículo 75. 3 ER y la Regla 103 RPP (*amicus curiae*).

13 En los casos citados la CPI llega a afirmar que, al formular su solicitud de participación, las víctimas relatarán los actos sufridos con el fin de que cualquier examinador considere más verosímil creer que éstas han sufrido el daño declarado, y respecto al cual el acusado ha sido encontrado culpable, que la opción contraria.

2012c). El hecho de que la Sala de Primera Instancia pasase por alto el *principio de causalidad* constituye un ejemplo de mala *praxis* que no ha hecho sino fomentar la (re) victimización de las víctimas de dicho caso (Montero Ferrer, 2017). En este sentido, consideramos que no hubiese estado de más la codificación de una serie de principios mínimos que orienten a las víctimas sobre lo que cabe esperar de la fase de reparaciones, en vez de establecerlos “a golpe” de casuística.

La codificación futura de los principios aplicables a las reparaciones en el sistema de la CAJDH

Posiblemente, el evitar esta mala *praxis* de la CPI sea la razón que ha llevado a la UA a decidir la codificación de los principios aplicables a las reparaciones (Protocolo de Malabo, 2014, artículo 45.1), a través de la adopción futura de unas “Reglas de la Corte” en las que se descarga, quizá con demasiada ligereza, el desarrollo de todas aquellas cuestiones que la UA no ha tenido a bien recoger en el Protocolo de Malabo.

En suma, como conclusión parcial a este trabajo, reconocemos, tras estudiar la previsión del Protocolo de Malabo sobre participación de víctimas, que no hay lugar a la comparación entre la práctica de la CPI, con una trayectoria de casi dos décadas, y la de la SDIP, que ni siquiera se ha puesto en funcionamiento. Como no podía ser de otro modo, el estudio comparativo sobre los derechos procesales que pueden ejercer las víctimas en ambos órganos queda descompensado en favor de la CPI, como lo presumíamos al iniciar este trabajo, que quisimos abordar con el fin de estudiar en mayor profundidad las afirmaciones que subrayan el impacto negativo que supondría la entrada en vigor del Protocolo de Malabo para el ejercicio del derecho a la participación de víctimas y sociedad civil (Amnistía Internacional, 2016).

Conclusiones

Antes que nada, conviene precisar que cualquier acción encaminada a poner fin a la impunidad en África merece ser celebrada; la propuesta de crear la SDIP responde a esta idea. Además, el hecho de que recientemente la UA y algunos de sus Estados parte hayan puesto en entredicho la persecución de crímenes internacionales que ejerce la CPI, pone de manifiesto que está surgiendo cierto interés en el continente por el desarrollo de la justicia penal regional. Sucede, sin embargo, que la voluntad política por convertir dicho interés en realidad no es suficiente, como atestigua la falta de ratificación del Protocolo de Malabo.

En esta misma línea argumental, la retirada de algunos estados del ER abriría la vía a la impunidad, esencialmente en países que no cuentan con legislación sobre

crímenes internacionales, no tienen voluntad de investigar y/o perseguir en su sistema judicial o no disponen de los recursos económicos y materiales para hacerlo.

Ante este panorama, las víctimas siguen siendo las grandes perjudicadas. Para ellas, la ausencia de procedimientos penales en los ámbitos internacional, regional o nacional se traduce en impunidad y olvido. Simplemente por esta razón es que consideramos que las víctimas deberían centrar el debate sobre la CPI y la SDIP. El Derecho Internacional Penal actual reconoce el derecho de las víctimas a un recurso efectivo ante los tribunales y organismos internacionales, y según autores como Orihuela (2014) sirve de fundamento para su participación en los procedimientos de la CPI. Por esta razón, entendemos que la discusión sobre la SDIP debería incluir el análisis de su capacidad para satisfacer este derecho.

En este sentido, resulta evidente que el Protocolo de Malabo ofrece escasas garantías de participación a las víctimas y a la sociedad civil ante la SDIP. Consideramos que el problema no está en la escasa regulación de la participación en el Protocolo de Malabo, pues lo mismo ocurre con el ER respecto del artículo 68.3 ER. Tampoco parece determinante el hecho de que se postergue la regulación de aspectos clave a la adopción futura de las Reglas de la Corte. En nuestra opinión, el verdadero obstáculo para la participación estaría en la falta de interés de los mandatarios africanos en esta cuestión, que se refleja en las dificultades del *Protocolo de Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos* y el “Protocolo de Malabo” para ser ratificados y/o entrar en vigor, y, sobre todo, en la escasez de declaraciones realizadas por los estados permitiendo el acceso de las víctimas y sociedad civil a la CAJDH.

Por otra parte, se ha de resaltar la evolución de las Salas de la CPI hacia una interpretación cada vez más amplia de preceptos del ER o las RPP que regulan la participación. Cabe destacar la aplicación extensiva de la Regla 89, que está permitiendo la presentación conjunta de solicitudes de participación. También la creación de un sistema permanente de información que, cumpliendo con el mandato de información de la Regla 92 RPP, pone en marcha actividades de divulgación y sensibilización con el propósito de informar a las víctimas sobre el alcance y significado de su derecho a participar en los procedimientos de la CPI.

En nuestra opinión, ambas iniciativas responden a la asunción por parte de la CPI de la tendencia actual que busca fomentar la participación de víctimas y sociedad civil en la persecución de crímenes internacionales, tanto en el plano nacional como internacional, es decir, parece como si la CPI estuviese tomando nota de las críticas que señalan la invisibilidad de las víctimas en el proceso de la CPI, que contrasta con el protagonismo que tienen éstas en los procedimientos por crímenes internacionales seguidos en instancias nacionales (Brody, 2017; Roth-Arriaza, 2005). Por

su parte es especialmente relevante el caso Hissène Habré, en el que las víctimas, apoyadas por una coalición de organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, dieron el impulso definitivo al proceso penal seguido contra el ex dictador del Chad en las Cámaras Africanas Extraordinarias en Senegal (CAE), que concluyó con la culpabilidad del acusado por la comisión de crímenes contra la humanidad y la condena a prisión permanente en 2016.

De este modo, convendría que la SDIP, además de reproducir las buenas prácticas de la CPI en cuestiones como la interpretación extensiva de la condición de víctima, siguiese el buen ejemplo de las CAE en ciertos aspectos relativos a la participación. En particular, la SDIP debería tomar nota de los derechos procesales ejercidos por las víctimas durante el juicio oral, en el que 69 víctimas prestaron declaración, y su participación en la fase de reparaciones, en la que éstas pudieron apelar la orden de compensaciones (Brody, 2017; Cruvellier, 2016).

Por todo ello, queremos concluir este trabajo volviendo al punto de partida en la persecución de crímenes internacionales; de esta manera, consideramos que a corto plazo el derecho de las víctimas africanas a participar en los procedimientos penales se habrá de satisfacer a través del ejercicio de la jurisdicción universal. Como hemos visto, el caso Hissène Habré ha iniciado el camino en esta dirección, contrariando las opiniones de aquellos que, con buen criterio, dadas las circunstancias del momento, consideraron hace poco más de un lustro que el ejercicio de la justicia penal internacional en África era un imposible (Abass, 2013). Ante esta situación, la CPI, y, también la UA, tienen un importante papel que desempeñar, pues en virtud de la *complementariedad positiva* podrán asistir a los estados africanos en el ejercicio de la investigación y persecución de crímenes internacionales.

Referencias

- Abass, A. (2013). Prosecuting International Crimes in Africa: Rationale, Prospects and Challenges. *European Journal of International Law*, 24 (3), 933-946.
- Abass, A. (2017). Historical and Political Background to the Malabo Protocol. En G. Werle y M. Varbaum (eds.), *The African Criminal Court. A Commentary on the Malabo Protocol* (pp. 11-28). La Haya: Asser Press y Springer.
- Bakama Bope, E. (2017). La nouvelle section pénale de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: un miroir aux alouettes? En H.J. van der Merwel y G. Kemp (eds.), *International Criminal Justice in Africa* (pp. 129-165). Nairobi: Konrad Adenauer Stiftung. Strathore University Press.

- Bitti, G. (2018). A Court for Victims? En Federación Internacional de Derechos Humanos (eds.), *Victims at the Center of Justice. From 1998 to 2018: Reflections on the promises and the Promises and the Reality of Victim Participation at the ICC* (pp.1-15). Paris: Federación Internacional por los Derechos Humanos. Disponible en: www.fidh.org
- Brody, R. (2017). Victims bring a Dictator to Justice. The Case of Hissène Habré. *Analysis 70*. Berlin: Brot für die Welt.
- Cavan, P. (2011). Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, 2,199-216.
- Lopez Piernas, J. J. (2013). Estudio sobre la práctica de la Corte Penal Internacional en materia de investigaciones preliminares a la luz de la reciente remisión de la Unión de Comores. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, 327-361.
- Montero Ferrer, C. (2017). *Crímenes internacionales de violencia sexual e impunidad: un examen de los mecanismos de justicia transicional y su aplicación en África* (Tesis doctoral). Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España.
- Mubiala, M. (2014). Cronique de droit pénal de l'Union Africaine: L'élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme aux affaires de droit international pénal. *Revue internationale de droit pénal*, 85(4), 749-758.
- Murungu, C. T. (2011). Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, 9(5), 1067-1088.
- Nmehielle, V. (2014). Saddling the new African regional human rights courts with international criminal jurisdiction: Innovative, Obstructive, Expedient? *African Journal of Legal Studies*, 7(1), 7-42.
- García San José, D. (2000). La configuración jurídica de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. En J. A. Carrillo Salcedo (ed.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional* (pp. 457-479). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Graham, G. (2015). Africa's Evolving Continental Court Structures: At the Crossroads? *Occasional Paper 209. Governance and APRM Programme*. South Africa: South African Institute of International Affairs (SAIIA).

- Kiswanson, N. (2018). Beyond Victim Participation during Proceedings: Outreach and Information Activities during Preliminary Examination in Palestine. En Federación Internacional de Derechos Humanos (eds.), *Victims at the Center of Justice From 1998 to 2018: Reflections on the Promises and the Reality of Victim Participation at the ICC*, (pp. 43-47). París. Federación Internacional por los Derechos Humanos. Disponible en: www.fidh.org
- Olásolo, H., & Kiss, A. (2010). El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-13, 1-37.
- Orihuela Calatayud, E. (2014). *Las víctimas de la Corte Penal Internacional. Análisis de la participación de víctimas en la Corte*. Pamplona: Thomson Reuters, Aranzadi.
- Roth-Arriaza, N. (2005). *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Schabas, W.A. (2016). *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- Soroeta, J. (2017). La CPI (2002-2017): Balance y perspectivas, *Documento de Investigación 19/2017. Programa de "Trabajo de Futuros"/"Panorama de tendencias geopolíticas*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Stahn, C., Olasolo, H., & Gibson, K. (2006). Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC, *Journal of International Criminal Justice* 4, 219-238.
- Vega González, P. (2006). El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las principales decisiones de la Corte, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5 (3), 19-41.
- Ventura, M.J y Bleeker, A.J (2016). Universal Jurisdiction, African Perceptions of the International Criminal Court and the New AU Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. En E. A. Ankumah (eds.), *The International Criminal Court. One Decade On* (pp. 441-456). Cambridge: Intersentia & Africa Legal Aid.
- Werle, G., & Vormbaum, M. (2017). *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. Berlín: Springer y Asser Press.

Tratados internacionales y otros instrumentos internacionales

- Asamblea de Estados Partes. (1998). Estatuto de Roma. 17 de julio.
- Asamblea de Estados Partes. (2010). Strengthening the ICC and the Assembly of States parties, 10 de diciembre (Resolution ICC-ASP/9/Res.3).
- Asamblea de Estados Partes. (2012). Strengthening the ICC and the Assembly of States Parties, 21 de noviembre (ICC-ASP/11/Res.8).
- Asamblea General de 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 las violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 16 de diciembre (Res.60/147).
- Corte Penal Internacional. (2017). Chambers Practice Manual.
- Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2003). Annex to the Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor.
- Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2013). Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares. 2 de noviembre.
- Fiscalía de la Corte Penal Internacional. (2017). Report on Preliminary Examinations Activities 2017. 4 de diciembre.
- Oficina Pública de Defensa de las Víctimas. (2013). Representación de víctimas ante la Corte Penal Internacional. Manual para los Representantes legales.
- Organización para la Unidad Africana. (1981). Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 27 de julio de 1981.
- Unión Africana. (2000). Acto Constitutivo de la Unión Africana. 7 de noviembre.
- Unión Africana. (1998). Protocolo a la Carta Africana para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Unión Africana. (2003). Protocolo de la Corte de Justicia de la Unión Africana. 11 de julio.
- Unión Africana. (2008). Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.
- Unión Africana (2014). Protocolo de Enmienda del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (“Protocolo de Malabo”). 23 de junio de 2014.

- Unión Africana. (2009). Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction. 1-3 de julio (Doc. Assembly/AU/Dec. 199/XI).
- Unión Africana. (2009). Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. 1-3 de julio de 2009 (Doc. Assembly/AU/13/XIII).
- Unión Africana. (2013). Decision on Africa's Relationship with the International Criminal Court. 12 de octubre (Doc. No. Ext/Assembly/AU/Dec.1).
- Unión Africana, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (2004). Plan Estratégico de la Comisión de la Unión Africana. *Volume 3: 2004-2007*. mayo de 2004.
- Unión Africana, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (2003). Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal assistance in Africa (Doc/OS (XXX)247).
- Unión Africana. (2013). African Union Transitional Justice Framework.

Jurisprudencia

- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2018). *Prosecutor vs. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag. Mohamed Ag. Mahmoud. Decision establishing the principles applicable to victims' applications for participation*. 24 de mayo (ICC-01/12-01/18).
- CPI, Sala de Primera Instancia III. (2016). *Prosecutor vs. Al Mahdi. Observations conjointes de la FIDH et de l'AMDH sur la procédure de réparations*. 2 de diciembre (ICC-/01/12-01/15).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2018). *Prosecutor vs. Al Mahdi. Public Redacted Judgment on the appeal of the victims against the "Reparations Order*. 8 de marzo (ICC-01/12-01/15-259-Red2).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III. (2008). *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Fourth Decision on Victim's Participation*. 15 de diciembre (ICC-01/05-01/08-320).
- CPI, Sala de Primera Instancia III. (2012). *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims*. 22 de febrero (ICC-01/05-01/08-2138).

- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III. (2017). *Situation in the Republic of Burundi. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi. 25 de octubre* (ICC-01/17-X-9-US-Exp).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III. (2011). *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15. 23 de junio* (ICC-02/11-3).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2008a). *Prosecutor vs. Katanga. Decision on the 97 Applications for Participation at the Pre-Trial Stage of the Case. 10 de junio* (ICC- 01/04-01/07-579).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2008b). *Prosecutor vs. Katanga. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case. 15 de mayo* (ICC-01/04-01/07).
- CPI, Sala de Primera Instancia II. (2009). *Prosecutor vs. Katanga. Grounds for the Decision on the 345 Applications for Participation in the Proceedings Submitted by Victims. 23 de septiembre* (ICC-01/04-01/07-1483-Red2).
- CPI, Sala de Primera Instancia II. (2010a). *Prosecutor vs. Katanga. Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial. 20 de enero* (ICC-01/04-01/07-1788-Teng)
- CPI, Sala de Apelaciones. (2010b). *Prosecutor vs. Katanga. Judgement on the Appeal of Mr. Katanga Against the Decision of Trial Chamber of January 2010 Entitled 'Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial'. 16 de julio* (ICC-01/04-01/07-2288).
- CPI, Sala de Primera Instancia II. (2017). *Prosecutor vs. Katanga. Order for reparations pursuant to Article 75 of the Statute. 24 de marzo* (ICC-01/04-01/07-3758-Teng).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2014a). *Prosecutor vs. Ntaganda. Decision on victims' participation in trial proceedings. 15 de enero* (ICC-01/04-02/06-211).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2014b). *Prosecutor vs. Ntaganda. Second Decision on victims' participation at the confirmation of charges hearing and in the related proceedings. 7 de febrero. (ICC-01/04-02/06-251).*
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2015). *Prosecutor vs. Ntaganda. Decision on victims' participation in trial proceedings. 6 de febrero* (ICC-01/04-02/06-449).

- CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2017). *Prosecutor vs. Ntaganda. Decision on 'Ninth Decision on victims' participation in trial proceedings'*. 23 de noviembre (ICC-01/04-02/06-2126).
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. (2017b). *Prosecutor vs. Ntaganda. Public redacted version of 'Decision on the request of the legal representation of victims of the attacks for leave to presente evidence and victim's views and concerns'*. 15 de febrero (ICC-01/04-02/06-1739-Red2).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2015). *Prosecutor vs. Ngudjolo. Judgment on the Prosecutor's Appeal against the 'Judgment pursuant to Article 74 of the Statute'*. 27 de febrero (ICC-01/04-02/12-271-Corr).
- CPI, Fiscalía. (2005). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Prosecution's Reply on the Applications for Participation 01/04-1-dp to 01/04-6-dp*. 15 de agosto (ICC-01/04-84).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares. (2007). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VRS 1, VRS 2, VRS 3, VRS 4, VRS5 and VRS 6*. 17 de enero (ICC-01/04-101-tEN-Corr).
- CPI, Sala de Primera Instancia I (2008a). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo. Decision on victims' participation*. 21 de enero (ICC-01/04-01/06-1119).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2008b). *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo. Judgement on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on victims participation of 18 january 2008*. 11 de julio (ICC-01/04-01/06-1432).
- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2010). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Decision on the Defence Observations regarding the Right of the Legal Representatives of Victims to Question Defence Witness*. 11 de marzo (ICC-01/04-01/06-2340).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2015). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Judgement on the appeals against the 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation' of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*. 3 de marzo (ICC-01/04-01/06-3129).
- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012a). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Decision granting leave to make representations in the reparations proceedings*. 20 de abril (ICC-01/04-01/06-2870).

- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012b). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations*. 7 de agosto (ICC-01/04-01/06-2904).
- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2012c). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Judgement pursuant to Article 74 of the Statute*. 5 de abril (ICC-01/04-01/06-2842).
- CPI, Sala de Apelaciones. (2015). *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo. Judgement on the appeals against the 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparation' of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2*. 3 de marzo (ICC-01/04-01/06-3129).
- CPI, Sala de Primera Instancia I. (2009). *Prosecutor vs. Omar Hassan Amhad Al Bashir. Warrant of Arrest*. 4 de marzo (ICC-02/05-01/09-1).
- CPI, Sala de Primera Instancia II. (2015a). *Prosecutor vs. Ongwen. Decision Establishing Principles on the Victims' Application Process*. 4 de marzo (ICC-02/04-01/15-205).
- CPI, Sala de Primera Instancia II. (2015b). *Prosecutor vs. Ongwen. Decision on contested victims' applications for participation, legal representation of victims and their procedural rights*. 27 de noviembre (ICC-02/04-01/15-350).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. (2011). *Prosecutor vs. Ruto and Sang. Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings*. 8 de agosto (ICC-01/09-01/11-249).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III. (2017). *Situation in the Republic of Burundi. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi*. 25 de octubre (ICC-01/17-X-9-US-Exp).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares III. (2011). *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15*. 23 de junio (ICC-02/11-3).
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. (2018). *Situation in the State of Palestina. Decision on Inform and Outreach for the Victims of the Situation*. 13 de julio (ICC-01/18).

Otros

Amnistía Internacional. (2016). Malabo Protocol. Legal and Institutional Implications of the Merged and expanded African Court. Disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR0130632016ENGLISH.PDF>.

Curvellier, T. (2016). The Trial of Hissène Habré. *The New York Times*. Disponible en <https://www.nytimes.com/2016/02/16/opinion/the-landmark-trial-of-hissene-habre.html>

Human Rights Watch. (2017). Who Will Stand for Us? Victim's Legal Representation at the ICC in the Ongwen Case and Beyond. Disponible en https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/ijongwen0817_web.pdf