

VOLUMEN 12

ISSN: 2346-3120

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

BOGOTÁ D.C. (COLOMBIA), 2024

# 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

Reflexión sobre el marco normativo internacional vigente para erradicar las violencias basadas en género en Colombia y la pertinencia de un nuevo convenio internacional

*María Alejandra Ortiz Pinzón*

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

El Ecocidio: Entre la Crisis Climática y la Crisis de la Corte Penal Internacional

*Jonas Rosengardt*

Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 7 de octubre de 2023

*Camilo Ramírez Gutiérrez*

Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e independencia a la luz del principio de complementariedad

*Juan David Castro Ramírez*

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

Racismo y derecho internacional: la paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

*Juan Camilo Mejía Pinillos*

Comisión de actuaciones militares para garantizar el space domain awareness en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario

*Laura Ximena Hernández Velandía*

Ecología de justicias en Colombia: justicia transicional, justicias comunitarias y diálogos interjurisdiccionales

*Esneider René Mateus Forero*

La dimensión espiritual en materia de reparación en el marco del conflicto armado interno colombiano

*Valeria Isabel Trujillo Ospina*

Hacia una crítica del progreso: derecho y desarrollo hegemónico en América Latina

*Daniel Felipe Briñez Cagua*



Universidad del  
**Rosario**



tirant lo blanch



**ANIDIP**

Bogotá, Colombia - Volumen 12

ISSNe: 2346-3120

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

# ANIDIP

## ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law

Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénal

Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





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

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

---

ISSNe: 2346-3120

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

### **DIRECTOR**

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

### **EDITOR**

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

### **SECRETARÍA**

Montaño, Pedro (Colombia)  
Joven Investigador, Universidad del Rosario (Colombia)

---

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

## COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

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

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

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Países Bajos)

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

Magistrada auxiliar, Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

### **Pansters, Wil (Países Bajos)**

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

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

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

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

Profesora de Derechos Humanos, Universidad de Chile (Chile)

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **Abrão, Paulo (Brasil)**

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

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

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Trento (Italia)

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Vervaele, John (Países Bajos)**

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

## COMITÉ HONORARIO

### **Blattmann, René (Bolivia)**

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

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

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

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

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

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

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

### **Universidad del Rosario**

Rectora

Ana Isabel Gómez Córdoba

Vicerrectora

Rocío Araújo Oñate

Síndico

Juan Manuel Ospina Sanmiguel

Secretario general

Germán Villegas González

Decana Facultad de Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Vicedecano Facultad de

Jurisprudencia

Camilo Rodríguez Yong

Preparación editorial

Tatiana Morales Perdomo

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Laura Rodríguez

Diagramación

Fredy Johan Espitia B.

Correspondencia

Carrera 6 N° 15-18 edificio Jockey Club

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

info@iberoamericaninstituteofthehague.org

### **Tirant lo Blanch**

Director

Salvador Vives López

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

Presidente

Héctor Olasolo Alonso

Secretaría

Romina Catera

Tesorero

Piet Willems

# Contenido

Doi del número: <https://doi.org/>

## **Editorial ..... 1-3**

Héctor Olasolo Alonso y Mario Urueña-Sánchez

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

## **Reflexión sobre el marco normativo internacional vigente para erradicar las violencias basadas en género en Colombia y pertinencia de un nuevo convenio internacional..... 1-25**

María Alejandra Ortiz Pinzón

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

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

## **El Ecocidio: Entre la Crisis Climática y la Crisis de la Corte Penal Internacional..... 1-46**

Jonas Rosengardt

## **Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 07 de octubre de 2023 . . . . 1-40**

Camilo Ramírez Gutiérrez

## **Aplicación del Derecho Penal Internacional por Mecanismos de Justicia Comunitaria: Los Principios de Imparcialidad e Independencia a la luz del Principio de Complementariedad . . . 1-29**

Juan David Castro Ramírez

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

**Racismo y Derecho Internacional: La Paradoja del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) ..... 1-30**

Juan Camilo Mejía Pinillos

**Comisión de actuaciones militares para garantizar el space domain awareness en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario ..... 1-25**

Laura Ximena Hernández Velandia

**Ecología de Justicias en Colombia: Justicia transicional, justicias comunitarias y diálogos interjurisdiccionales ..... 1-25**

Esneider René Mateus Forero

**La Dimensión Espiritual en Materia de Reparación en el Marco del Conflicto Armado Interno Colombiano ..... 1-26**

Valeria Isabel Trujillo Ospina

**Hacia una crítica del progreso: Derecho y desarrollo hegemónico en América Latina ..... 1-29**

Daniel Briñez Cagua

# SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

## Desde el Derecho Internacional Penal

Reflexión sobre el marco normativo internacional vigente  
para erradicar las violencias basadas en género en Colombia  
y la pertinencia de un nuevo convenio internacional

*María Alejandra Ortiz Pinzón*

# Reflexión sobre el marco normativo internacional vigente para erradicar las violencias basadas en género en Colombia y la pertinencia de un nuevo convenio internacional

Reflections on the Current International Regulatory Framework to Eradicate Gender-Based Violence in Colombia and the Relevance of a New International Convention

Reflexão sobre a atual estrutura normativa internacional para erradicar a violência de gênero na Colômbia e sobre a pertinência de um novo acordo internacional

María Alejandra Ortiz Pinzón\*

Fecha de recepción: 22 de enero de 2024

Fecha de aprobación: 05 de marzo de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.13917>

**Para citar este artículo:** Ortiz Pinzón, M. A. (2024). Reflexión sobre el marco normativo internacional vigente para erradicar las violencias basadas en género en Colombia y la pertinencia de un nuevo convenio internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.13917>

## Resumen

Pese a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y la implementación de leyes y planes nacionales para eliminar las violencias basadas en género (VBG), en 2023 el presidente declaró una situación de emergencia por este tema. Este artículo tiene por objetivo analizar la pertinencia de un nuevo tratado internacional para Colombia que sea coherente y eficiente con la realidad de las

\* Master en derecho internacional de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Internacionalista con énfasis en integración y desarrollo de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Especialista en derecho internacional de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: mariaalejandra.ortiz@urosario.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1323-7696>

mujeres. De esta forma se cuestionará la propuesta gestada desde el Sur Global, proveniente de la coalición internacional Every Woman Treaty (EWT), que se aleja de la visión prevaleciente caracterizada por mecanismos de control de *soft law*. Por el contrario, esta alternativa insta a profundizar en la conceptualización de la problemática desde la interseccionalidad para abarcar su complejidad mediante el establecimiento de estándares internacionales homogéneos en tipificación de las VBG e instrumentos de medición y crear una base uniforme para un mecanismo vinculante. Este análisis se hizo a través de las teorías feministas de las relaciones internacionales, mediante cuatro abordajes: los conceptos claves que configuran las VBG; los convenios internacionales más relevantes adoptados por Colombia y su implementación; la situación actual de VBG en Colombia, y la reflexión sobre el aporte del EWT a la conceptualización de las VBG.

**Palabras Clave:** violencia de género; derechos de la mujer; derecho internacional; derechos humanos; estudios críticos.

## **Abstract**

Despite the international commitments acquired by Colombia and the implementation of laws and national plans to eliminate Gender Based Violence (GBV), in 2023 the president declared an emergency for this issue. This article aims to analyze the relevance of a new international treaty for Colombia, which is coherent and efficient with the reality of women. In this way, it will question the proposal from the Global South of the international coalition Every Woman Treaty (EWT). This vision is distant from the mainstream vision characterized by soft law control mechanisms. On the contrary, it urges deepening the conceptualization of the problem from the perspective of intersectionality. Embracing its complexity through the establishment of consistent international standards in terms of the typification of GBV and measurement instruments and the creation of a uniform basis for a binding mechanism. To achieve this, feminist theories of international relations were utilized, through four approaches: Key concepts of violence against women, the most relevant international conventions adopted by Colombia and their implementation, the current situation of GBV in Colombia, and an analysis of the contribution of the EWT coalition to the conceptualization of GBV.

**Keywords:** Violence against women; gender violence; women's rights; international law; women's liberation movement; human rights; critical studies.

## Resumo

Apesar dos compromissos internacionais assumidos pela Colômbia e da implementação de leis e planos nacionais para eliminar a violência baseada em gênero (VBG), em 2023, o presidente declarou situação de emergência devido a essa questão. Assim, este artigo tem como objetivo analisar a pertinência de um novo tratado internacional para a Colômbia, coerente e eficiente com a realidade das mulheres. Dessa forma, é questionada uma proposta a partir do Sul Global, originada da coalizão internacional *Every Woman Treaty* (EWT), que se afasta da visão dominante caracterizada por mecanismos de controle de *soft law*. Pelo contrário, essa alternativa exige uma conceituação mais profunda do problema a partir da perspectiva da interseccionalidade, abrangendo sua complexidade por meio do estabelecimento de padrões internacionais homogêneos na tipificação da VBG e de instrumentos de medição, criando uma base uniforme para um mecanismo vinculativo. Esta análise é realizada por meio de teorias feministas das relações internacionais, utilizando quatro abordagens: conceitos-chave que configuram a VBG; as convenções internacionais mais relevantes adotadas pela Colômbia e sua implementação; a situação atual da VBG na Colômbia; e uma reflexão sobre a contribuição do EWT para a conceituação da VBG.

**Palavras-chave:** violência baseada em gênero; direitos das mulheres; direito internacional; direitos humanos; estudos críticos.

## Introducción

En Colombia, 619 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 2022 (Observatorio Feminicidios Colombia, 2023), esto se traduce en la muerte violenta de más de una mujer a diario en el país por razón de género. Con este panorama y considerando los compromisos internacionales de Colombia para la erradicación de las violencias basadas en género (VBG), no es de extrañar el cuestionamiento por la eficacia que han tenido los tratados adoptados por el país. Si bien esta cuestión será abordada a lo largo de estas líneas, este escrito tiene por objetivo abarcar principalmente la pertinencia que tiene para Colombia la promoción de nuevas iniciativas globales que propenden por la erradicación de las VBG a partir de la adopción de nuevos tratados internacionales o protocolos facultativos, que se gestan desde el Sur Global como la coalición Every Women Treaty (EWT).

Esta propuesta nació de mujeres provenientes del hemisferio sur y se ha extendido a diversas defensoras de derechos de las mujeres, académicas, abogadas, profesionales y organizaciones en más de 125 países. Mediante su reporte *Safer Now* (SN), adelantan una campaña global para crear un tratado internacional o la opción de un protocolo facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que ponga fin a la violencia contra las mujeres. A partir de allí surgió la pregunta: ¿cuál es la pertinencia para Colombia de iniciativas globales, como la aportada por la coalición global del EWT, relativas a una nueva convención internacional para eliminar las VBG?

Si bien el país cuenta con un marco normativo internacional por el cual se ciñe, donde se destacan el CEDAW (1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención de Belém do Pará— (1994), en 2021 se registraron “55582 casos de VBG, representando un incremento del 19% con relación a los del 2020” (Observatorio Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2022). Esta problemática continúa, el 6 de marzo de 2023 la Procuraduría General de la Nación reportó que “3 mujeres cada hora fueron víctimas de violencia intrafamiliar” (Cabello Blanco, 2023). Así mismo, son cada vez más comunes los titulares en la prensa que mencionan casos de VBG en Colombia.

Frente a esto, la población civil, junto a la senadora y presidenta de la Comisión para la Equidad de la Mujer del Congreso, María José Pizarro, incluyeron en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) la posibilidad de declarar emergencia por violencia de género. De allí que el presidente Gustavo Petro (2023) informara que “ha convocado un consejo de seguridad con el propósito de establecer medidas para combatir los feminicidios, la trata de mujeres, la violencia intrafamiliar, entre otros delitos. Como respuesta a la situación de emergencia por violencia de género”.

A primeras luces se podría decir que existe una falta de eficacia de los compromisos internacionales ratificados, pues los ideales consagrados en ellos parecen no concordar con la realidad nacional. Quizá por ello sea el momento de recurrir a estrategias no exploradas, como la del EWT, proveniente de la población civil y con aspiraciones de universalidad, que propone unos estándares mínimos globales y pretende reducir el margen de interpretativismo de los Estados.

Para esta reflexión se recurrió a las teorías feministas de las relaciones internacionales, especialmente al postcolonialismo por considerar que la cuestión de estudio se enmarca en aspectos sistémicos relacionados con una estructura patriarcal, visión considerada por el EWT que además aporta una propuesta proveniente de mujeres marginadas —minorías étnicas, ser inmigrantes o pertenecer al “tercer mundo”—.

Ahora bien, hay varias razones de interés para analizar esta cuestión en Colombia. La primera es el aumento de casos de VBG a nivel nacional. La segunda, es la historia marcada por conflictos que han usado estas violencias como arma de guerra, por ello se incluyó el componente de género en las negociaciones del acuerdo de paz de 2016. Esto refleja el avance de Colombia para la erradicación de las VBG como factor crucial en la construcción del tejido social. La tercera es que, a diferencia de otros países donde se promueve el EWT (especialmente en África), Colombia ha tenido grandes avances en la jurisprudencia regional en este tema, por lo que es importante analizar cómo esta propuesta podría aportar de nuevas formas. La cuarta se concentra en que tanto el poder ejecutivo como el legislativo parecen aunar nuevos esfuerzos para combatir esta problemática (a diferencia de otros países de Latinoamérica) fuera del contexto del conflicto armado, lo que proporciona una oportunidad para proponer alternativas que propendan por la erradicación de esta problemática. Los dos hitos históricos que marcaron esta reflexión fueron la implementación de la CEDAW (1979) y la Convención de Belém do Pará (1994) en Colombia.

Para cumplir con el objetivo, este artículo se dividió en cuatro secciones. La primera será una recopilación de los conceptos claves que configuran las VBG. La segunda precisará los convenios internacionales más relevantes adoptados por Colombia y su implementación. La tercera reflejará la situación actual de violencia de las mujeres en Colombia y la cuarta sección analizará el aporte de la coalición EWT a la conceptualización de las VBG.

## 1. Conceptos claves para el estudio de las vbg

Para comprender la problemática es esencial establecer aquellos conceptos que configuran las VBG, que serán el punto de partida de la investigación. El artículo parte de la premisa de que las VBG son el resultado de lo que las feministas definirían

como “una opresión real derivada de la promoción de una ideología sistémica: el patriarcado” (D’Aoust, 2010, p. 348). Si bien hay una extensa literatura sobre este tema, podemos decir que de manera general el patriarcado es “una construcción social estructural resultante de una serie de prácticas historiográficas, filosóficas y culturales que aseguran la dominación del hombre sobre la mujer” (D’Aoust, 2010, p. 348).

Dentro del feminismo existen corrientes que abordan esta cuestión desde diversas posiciones ontológicas, donde el feminismo postcolonial es el que mejor se adapta al caso de estudio. Este proviene de las voces de mujeres marginadas por su pertenencia a minorías étnicas, ser inmigrantes o pertenecer al “tercer mundo”, quienes teorizan sobre el patriarcado y sus consecuencias, y abogan por la reivindicación de la importancia de las múltiples identidades que tienen las mujeres y por cómo estas se convierten en variables que pueden llegar a ponerlas en mayor riesgo de ser víctimas de VBG. Es decir, desde esta perspectiva no solo se incluyen “aspectos como la hegemonía global del capitalismo liberal, sino que se integra una dimensión subjetiva social, histórica y cultural que incluye la cuestión identitaria” (D’Aoust, 2010, p. 151). A raíz de esto se integró la interseccionalidad como concepto base de análisis. La interseccionalidad se refiere a “la interacción e intersección entre clase, género, raza y otras categorías de diferenciación en la vida personal, las prácticas sociales, los arreglos institucionales y las culturas ideológicas y las consecuencias de estas interacciones en términos de poder” (Crenshaw, 1991).

Crenshaw (citada en D’Aoust, 2010) ve la interseccionalidad estructural como la imbricación de sistemas de discriminación que tienen repercusiones específicas en la vida de las personas y los grupos sociales. Así pues, el trabajo de las feministas postcoloniales hace tres lecturas claves:

- 1) Una designación institucional para una entidad territorial (antigua colonia) que se libera de la dominación.
- 2) Una ubicación estructural dentro de la economía política, más o menos circunscrita a los países del tercer mundo, y que reconoce tácitamente una hegemonía global del capitalismo liberal.
- 3) Integra una dimensión social, histórica y cultural subjetiva que incluye la cuestión de la identidad al cuestionar el significado de la experiencia poscolonial (Agathangelou & Ling, 2009).

De allí que la visión del feminismo postcolonial permita un entendimiento profundo de las VBG que se narran desde el sur. Específicamente desde una Colombia diversa gracias a sus múltiples grupos étnicos, desigual en términos de acumulación

de riqueza y marcada por su experiencia colonial. Estos factores convergen y aumentan exponencialmente el riesgo de que las mujeres sufran vBG, en mayor o menor medida, en distintas zonas del país.

Una vez precisada la postura teórica desde la cual se analizó esta cuestión, es posible comprender los conceptos claves que componen las vBG. De esta forma, se entenderá por *violencia contra mujeres y niñas*:

Todo acto de violencia basado en el género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o mental para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Esta violencia abarca, con carácter no limitativo, la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia o de la comunidad, así como la perpetrada o tolerada por el Estado (ONU Mujeres, 2023).

Esta primera aproximación permite entender aquellos actos que se configuran como violentos y conduce a una de las premisas fundamentales del feminismo, como bien lo afirmó Carol Hanisch (1970): “lo personal es político”, aquellos actos que se dan en el seno del hogar también son susceptibles de tipificarse y ser punibles.

Dicho esto, y ahondando en la conceptualización de la violencia, se encuentra entonces que las vBG “se componen por los actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas” (ONU Mujeres, 2023).

Este acercamiento toma en consideración la estructura patriarcal que rige nuestra sociedad y ha reproducido una serie de prácticas sistemáticas tendientes a vulnerar los derechos e integridad de las mujeres y niñas, especialmente por la creación de brechas que contribuyen a seguir perpetuando un sistema dónde las mujeres tienen menor acceso a oportunidades y mayores limitantes para desarrollar sus proyectos de vida.

En este sentido, existen matices entre los tipos de violencia que se perpetran. La *violencia psicológica*, por ejemplo, se manifiesta de múltiples maneras:

Uso de lenguaje agresivo; humillaciones verbales e indiferencia; chantajes; frases que desconocen el valor de la persona y la ridiculizan; aislamiento; impedir el acceso a la educación, trabajo o recreación; celos; control del tiempo y de las relaciones personales; recaer todo el trabajo doméstico en un solo miembro de la familia; etc. (Defensoría del Pueblo; Organización Internacional para las Migraciones & Profamilia, 2007, p. 65).

La violencia psicológica puede generar “disminución de la autoestima, depresión, tristeza, aislamiento, insomnio, desórdenes alimenticios, pesadillas, estrés, irritabilidad, poca concentración, miedo, angustia, bajo rendimiento laboral o educativo, inseguridad, problemas en las relaciones personales, culpa y vergüenza. Y puede conducir al suicidio” (Defensoría del Pueblo, Organización Internacional para las Migraciones & Profamilia, 2007, p. 65). Se considera necesario detallar este tipo de violencia por ser la más difícil de identificar y denunciar, pues no es comprobable a simple vista y puede estar normalizada en función de factores culturales construidos a la sombra del patriarcado. Como es de suponer, por su naturaleza, es difícil llevar un registro de los casos.

Ahora bien, la *violencia económica* “consiste en conseguir la dependencia financiera de otra persona, manteniendo para ello un control total sobre sus recursos financieros, impidiéndole acceder a ellos y prohibiéndole trabajar o asistir a la escuela” (ONU Mujeres, 2023). Este tipo de violencia es sufrida en mayor medida por mujeres que han padecido la falta de oportunidades como consecuencia de su identidad. Es decir, cada una de las variables que las componen: género, etnia, clase social y nacionalidad, les quitan la posibilidad de acceder a mejores posibilidades; por ejemplo, académicas, y con el tiempo a devengar un ingreso económico que les permita vivir dignamente sin subyugarse a una figura masculina que pueda ejercer violencia contra ellas. En otras palabras, no es igual ser una mujer blanca, europea y clase media, que una colombiana afrodescendiente y pobre; seguramente la primera tendrá más herramientas para decidir si continuar con una relación que se empieza a tornar violenta.

En cuanto a la *violencia sexual*, encontramos que es todo acto que transgrede la “libertad, integridad y formación sexuales mediante el uso de la fuerza física o psíquica, o la amenaza de usarlas, manipulaciones, para obligar a una persona a tener relaciones sexuales o de imponerle un comportamiento sexual contra su voluntad” (Defensoría del Pueblo; Organización Internacional para las Migraciones & Profamilia, 2007, p. 66). Aquí el concepto de consentimiento toma relevancia y se evidencia cómo algunos comportamientos violentos pueden estar normalizados dentro de una cultura patriarcal, como por ejemplo las violaciones sexuales dentro del matrimonio.

Finalmente, se entiende por *violencia física* “todas aquellas agresiones producidas a través del uso de la fuerza, de objetos, o empleando una parte del cuerpo del agresor para afectar la integridad física, mental o sexual de la víctima” (Defensoría del Pueblo, Organización Internacional para las Migraciones & Profamilia, 2007, p. 64). En aquellos casos donde las mujeres y niñas no gozan de la protección suficiente se puede producir incluso un *feminicidio*, un fenómeno “tan antiguo como el propio patriarcado” (Radford & Russell, 1992, p. 25).

ONU Mujeres (2023) tipificó el *feminicidio* así:

El asesinato intencionado de una mujer por el hecho de serlo. En la mayoría de los casos supone la culminación de un proceso de abusos, amenazas o intimidación constantes en el hogar, violencia sexual o situaciones en las que las mujeres se encuentran en una situación de inferioridad con respecto a su pareja en términos de poder o disponibilidad de recursos.

El feminicidio es entonces la máxima expresión de los efectos nocivos del patriarcado, pues le pone fin a la vida misma de la mujer subyugada por esta estructura. Las VBG son capaces de permear cada una de las dimensiones que constituyen a las mujeres y niñas en el mundo, debido a una estructura patriarcal arraigada que conduce a profundas desigualdades que condenan a las mujeres y niñas a llevar vidas marcadas por el sufrimiento y, en algunos casos, la muerte. Por ende, a nivel internacional y regional se han instaurado convenios que buscan ponerle fin a este grave problema, algunos de ellos suscritos por Colombia, que serán abordados en la siguiente sección.

## **2. Convenios internacionales más relevantes adoptados por Colombia sobre VBG y su aplicación al marco legal nacional**

En 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la CEDAW. Esta convención ha sido fundamental para promover los derechos de la mujer en todo el mundo. Gracias a la CEDAW, las naciones, incluida Colombia, han promulgado leyes nacionales sobre igualdad en la educación, el empleo, la herencia, la seguridad y otras áreas. Así mismo, ha permitido avanzar en la recopilación de datos sobre mujeres y niñas, y ha sido un mecanismo para que las ONG presionen a los gobiernos a abordar las VBG. Para darle cumplimiento a esta convención, Colombia estableció la Ley 51 de 1981 (Decreto Reglamentario 1398 de 1990). Con miras a complementar este marco jurídico, en 1999 se promulgó el Protocolo Facultativo de la CEDAW que “proporciona al Comité otros dos procedimientos para alentar a los Estados partes a que den cumplimiento a la Convención: un procedimiento de presentación de comunicaciones o peticiones y un procedimiento de investigación” (Connors, 2010, p. 3), dicho protocolo fue sancionado en Colombia mediante la Ley 984 de 2005.

A nivel latinoamericano, en 1994, se adoptó la Convención Belém do Pará. En ella:

Se definió la violencia contra las mujeres, se estableció el derecho a vivir una vida libre de violencia y se destacó a la violencia como una violación de los DD. HH. y de las libertades fundamentales. Por primera vez se propuso el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra la violencia hacia su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad (OEA, 2023).

Esta convención fue adoptada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995. Para ese momento, varios Estados de la región por primera vez sancionaron leyes de protección donde el bien tutelado era la familia y la mujer, en el caso de Colombia se expidió la Ley sobre Violencia Doméstica (16 de julio de 1996). “De la misma manera, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) inició un proceso de adecuación de sus estándares de protección, dando paso a la interpretación de la Convención de Belém do Pará” (Guerrero, 2012, p. 198).

Gracias a este convenio, Colombia implementó la Ley 1482, que penaliza los actos de racismo o discriminación, incluido el sexo, la Ley 872 y el Decreto Reglamentario 4295 (Modelo de Enfoque Diferencial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar). Este último reconoce los derechos de niños, niñas y adolescentes, favorece la garantía de su protección integral, promueve la equidad y la no discriminación bajo el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y las familias e incluye el enfoque de género (Mecanismo de Seguimiento de la Convención [MESECVI] & OEA, 2017, p. 42).

Por otra parte, Colombia proclamó la Ley 1257 (2008), por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Así mismo, se promulgó la Ley 1761 de julio de 2015 o Ley Rosa Elvira Cely “por la cual se crea el tipo penal de Femicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”. Esta ley incluyó también la cuestión étnico-cultural.

Así mismo, se expidió la Ley 1719 de 2014, que adopta medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado. En temas de representación política, se estableció la Ley 581 de 2000, por la cual se adoptan medidas para garantizar la participación paritaria de las mujeres en las diferentes ramas y órganos del poder público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, entre otras leyes que buscan reducir las causas que conducen a las VBG.

Es evidente cómo los mecanismos nacionales se han robustecido con el tiempo en torno a este tema. En el camino por reducir las desigualdades que ponen en riesgo a mujeres y niñas, se desarrolló el documento Conpes Social 161 de 2013, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, cuyo objetivo central es

Contribuir a garantizar el pleno goce de los derechos de las mujeres colombianas aplicando los principios de igualdad y no discriminación; para lograrlo propone acciones en seis ejes: Transformación Cultural y Construcción de Paz, Autonomía Económica, Participación en los Escenarios de Poder y Toma de Decisiones, Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, Enfoque de Género en la Educación y Garantías para una Vida Libre de Violencias (DNP, 2013, p. 41).

En 2022 se emitió el Conpes 4080: Política pública de equidad de género para las mujeres: hacia el desarrollo sostenible del país. En este documento se reafirma que “persisten desventajas para las mujeres en múltiples campos, asociadas a problemáticas de carácter multidimensional que se encuentran presentes en su curso de vida, y se agudizan de acuerdo con condiciones o características de diferentes grupos de mujeres” (DNP, 2022, p. 3). Este es un texto que ratifica la interseccionalidad como factor determinante en las VBG en Colombia.

Así pues, en este documento se precisa que las desventajas se orientan en tres ámbitos de autonomía: económica, en la toma de decisiones y física. El documento Conpes plantea acciones dirigidas a

- (i) Aumentar las oportunidades de autonomía económica para las mujeres desde diversos ámbitos, eliminando las barreras aún existentes y dando continuidad a las políticas adelantadas en este ámbito;
- (ii) Avanzar hacia la paridad en participación de las mujeres en los cargos de elección popular, cargos directivos del sector público a nivel nacional y territorial y su liderazgo en el escenario comunal;
- (iii) Generar intervenciones públicas que mejoren la salud física y mental de las mujeres;
- (iv) Fortalecer la política para prevenir y atender de manera integral las violencias contra las mujeres;
- (v) Afianzar el rol de las mujeres en la construcción de paz y la agenda de seguridad en el marco de la Resolución 1325;
- (vi) fortalecer la institucionalidad para la transversalización del enfoque de género en asuntos estratégicos del Estado y transformación cultural. Todas estas con un énfasis en la situación de las mujeres rurales (DNP, 2022, p. 4).

Finalmente, en consonancia con todo lo anterior, de acuerdo al *Tercer informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*, el Estado colombiano respondió al MESECVI:

El Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1753 de 2015, incluye dentro de sus ejes, políticas públicas específicas para mujeres rurales y mujeres indígenas. Específicamente en su artículo 232 establece la “Política de Mujer Rural”, el cual contempla la formulación participativa de la política pública integral de Mujer Rural con enfoque étnico, etario y territorial. Y el artículo 117 que establece la formulación de la Política Pública para la protección de los derechos de familias, mujeres, niñas, jóvenes y mayores indígenas (MESECVI & OEA, 2017, p. 50).

Con esto en mente, se pueda proceder a afirmar que el marco legal internacional en materia de VBG ha evolucionado en las últimas décadas, especialmente en la región latinoamericana. Paralelamente, Colombia ha mantenido su apoyo a este tipo de iniciativas que instan a reducir las brechas de desigualdad y erradicar consecuentemente las VBG. No obstante, como se analizará más adelante, parece que estos avances no han sido ágiles ni eficientes para combatir una creciente problemática que pone en grave riesgo a cerca de 25 millones de mujeres y niñas en Colombia.

### **3. Situación actual de VBG en Colombia**

Aunque Colombia parece ser uno de los países más progresistas de Latinoamérica en su legislación nacional: ostenta 28 leyes sobre prevención y sanción de VBG, 26 sobre derechos sexuales y reproductivos, y una sobre matrimonio infantil, el país sigue siendo el epicentro de elevadas y crecientes cifras de violencia contra mujeres y niñas.

El 6 de marzo de 2023, la Procuraduría General de la Nación reportó que en 2022 con respecto a 2021, se registró un aumento de 7713 casos de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y 3650 casos más de delitos sexuales en mujeres. Solo a marzo del 2023, se registraron 3483 casos de violencia intrafamiliar y 1516 exámenes médico-legales efectuados por presunto delito sexual. Dicho de otra forma, “3 mujeres cada hora, 128 al día y 47 mil en el 2022 fueron víctimas de violencia intrafamiliar” (Cabello Blanco, 2023).

Según cifras de la CEPAL de 2023, los feminicidios han incrementado en los últimos años, pasaron de 177 mujeres víctimas en 2019 a 210 mujeres asesinadas por razones de género en 2021. Aunque alarmantes, estas cifras se quedan cortas, el Observatorio Colombiano de Feminicidios, como se evidencia en la Figura 1, registra números mucho más altos, pues además de las denuncias ante las autoridades

recopila datos a partir de la prensa local, regional y nacional, lo que apunta a más de una muerte diaria por razón de género. Aun así, estas cifras siguen siendo parciales, pues muchos feminicidios aún son catalogados como homicidios.

Figura 1. Número de feminicidios en Colombia

Mencionar la figura en el texto



Fuente: a partir de Observatorio Colombiano de Feminicidios (2023).

En cuanto a delitos sexuales se refiere, se registró un aumento del 10,44 % entre 2021 y 2022 (Fundación Paz y Reconciliación, 2023, p. 16). Paralelamente, de acuerdo con los datos del Sistema de Información Estadístico, Delincuencial, Contravencional y Operativo de la Policía Nacional, entre enero de 2019 y enero del 2022 se denunciaron 97237 casos de violencia sexual. De ese total, el 85 % (82873) se cometieron contra mujeres (Prieto, 2022). De hecho, este tipo de violencia aumentó exponencialmente tras la pandemia de la COVID-19 y gracias al uso de nuevas tecnologías:

En Colombia, entre 2020 y 2021 aumentaron en un 22 % los casos de delitos sexuales asociados al contenido digital de pornografía infantil (21864 en 2020 y 28000 en 2021). Las denuncias por explotación sexual infantil con fines comerciales a través de plataformas digitales como TikTok e Instagram crecieron (Prieto, 2022).

Esto visibiliza que los avances tecnológicos son una extensión del mundo físico que, por su baja regulación y su carácter universal, dan lugar al desarrollo de conductas violentas difíciles de rastrear, legislar y controlar. Estas ponen en evidencia el vacío legal frente a un tema en crecimiento exponencial.

Ahora bien, como se abordó en la primera sección, las VBG no pueden ser entendidas desde una mirada homogénea. Como insta la teoría feminista postcolonial, es necesario comprender que hay mujeres que por su contexto son más susceptibles a vivir diversos tipos de violencia, por lo que la interseccionalidad es fundamental para entender el problema en Colombia, ya que hay millones de mujeres que se

enfrentan a múltiples factores de discriminación. Dicho esto, no es de extrañar que el Valle del Cauca, la entidad territorial con mayor población NARP (negra, afrodescendiente, raizal y palenquera) haya registrado en 2022 el mayor número de feminicidios: 95. A su vez, de las 286 víctimas de feminicidio de las que se tiene información, solo el 15,4 % tenían un trabajo formal, y de las víctimas de ese año, 47 eran migrantes venezolanas (Observatorio Feminicidios Colombia, 2023). Estas cifras hacen evidente cómo factores claves de la identidad de las mujeres tienen incidencia en la violencia que pueden sufrir.

Finalmente, en cuanto a violencia intrafamiliar, “del total de los casos de 2022, en 97588, es decir, en el 72,8 % las víctimas fueron mujeres, lo que evidencia que son la población más afectada y también la más vulnerable ante esta situación” (Fundación Paz y Reconciliación, 2023, p. 27).

Lo mencionado solo es un esbozo de la grave situación nacional, que pone en duda si los compromisos internacionales que ha implementado Colombia en su legislación han sido realmente efectivos en su conceptualización y ejecución, o si por el contrario hace falta avanzar más con mecanismos vinculantes dotados de una perspectiva más amplia de las violencias que viven las mujeres y más herramientas que obliguen a los Estados a implementar medidas a nivel nacional que realmente muestren resultados.

## **4. Aporte de la EWT a la conceptualización de las VBG**

La propuesta de la EWT pretende dar respuesta a los puntos débiles de la conceptualización de las convenciones ratificadas por Colombia, causantes de la falta de efectividad. En el caso de la CEDAW, si bien fue un gran paso en normativa internacional, esta alberga limitantes dado que fue diseñada contra la discriminación y no la violencia. Lo que ocurrió, según la exrelatora especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, Dubravka Šimonović (2014), “por la renuencia endémica a abordar el tema de la violencia contra la mujer en el momento en que se adoptó el tratado”. Esto por supuesto está ligado al anacronismo de la convención dada su consolidación hace más de 40 años.

Por tanto, “el marco de discriminación de la CEDAW oscurece el hecho de que la violencia contra la mujer es en sí misma una violación de los derechos humanos y no solo una forma grave de discriminación” (Jones & Manjoo, 2018), por lo que este podría ser el marco menos eficaz para abordar las VBG y sus causas subyacentes. Esta conceptualización podría estar deviniendo en que la CEDAW, pese a la intención de su creación, no sea implementada como el primer recurso a la hora

de combatir las VBG. Si bien esta convención alienta a las naciones “no les exige informar sobre todas las formas de violencia contra mujeres y niñas, haciendo que los informes se centren en obligaciones generales de la CEDAW, con las VBG como uno de los temas discriminatorios que pueden o no abordar” (Aeberhard-Hodges et al., 2023, p. 18). Esto es inquietante:

Tras un ejercicio de búsqueda de datos sobre la jurisprudencia de la ONU relativo a resultados sobre “violencia doméstica” se encontró que, de las 270 entradas, solo 24 se registraron bajo la CEDAW. Por el contrario, más de 100 se encontraban bajo la Convención contra la Tortura y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto demuestra que las mujeres en casos de violencia están utilizando mecanismos distintos a la CEDAW, sobrecargando mecanismos de la ONU con otro fin (Aeberhard-Hodges et al., 2023, p. 19).

Ciertamente el uso de otros mecanismos del sistema internacional puede estar vinculado a los vacíos de la CEDAW expuestos, pero también a otras restricciones no menores. En primer lugar, la Recomendación General No. 35, por la que se actualiza la No. 19, mediante la cual se plantean las obligaciones de los Estados en relación con las VBG, emplea términos como “sugiere”, “insta” o “recomienda” a los Estados, por lo que el texto no es legalmente vinculante y está completamente abierto a la interpretación de cada uno.

En segundo lugar, las reservas hechas por los Estados parte convierten a la CEDAW en uno de los tratados de derechos humanos menos respetados a pesar de haber sido firmado por más de 189 naciones. De hecho, 61 Estados han tenido reservas respaldadas por dos principales alegatos: que los artículos son contrarios a las leyes nacionales o que entran en conflicto con la shari’a (ley islámica). Estas reservas van en contra del propósito mismo de la CEDAW de eliminar la discriminación y desigualdad, y proteger a las mujeres del mundo.

En tercer lugar, el mecanismo de notificación ha sido ineficaz. Dada su ambigüedad, algunos Estados reportan progresos poco significativos o desligados del objetivo de la CEDAW, pero los usan para “cumplir” con ella. En cuarto lugar, la violencia contra la mujer es solo un tema sobre el que las naciones deben informar, lo cual es insuficiente para erradicar las VBG. Como se analizará más adelante, se requiere de una estrategia completa, capaz de abordar el problema desde diversas dimensiones como la prevención, el cuidado a las víctimas y la reconstrucción del tejido social. Otra restricción radica en que se deben agotar los recursos nacionales antes de que una sobreviviente se acerque al Comité de la CEDAW, lo cual es especialmente

peligroso en algunos países. Sumado a esto, solo las ciudadanas de los países que han firmado el protocolo opcional de la CEDAW de 1999 son elegibles para acercarse al comité. Aun así, los casos toman años y las sobrevivientes no gozan de anonimato.

Estos condicionamientos hacen que la CEDAW, tal cual está, no pueda fungir como un instrumento efectivo para erradicar la VBG, pues deviene en un mecanismo de *soft law* cuya naturaleza hace que los Estados no consideren que tienen obligaciones vinculantes, por lo que elaboran leyes del mismo tipo, que socavan sus compromisos legales, que deja una responsabilidad de tal importancia abierta a la interpretación de cada Estado, en lugar de constituir una obligación inequívocamente vinculante como norma de *hard law*.

No es de extrañar que el informe sombra del grupo de monitoreo para la implementación de la CEDAW en Colombia (2019) afirme que las medidas tomadas por el Estado han sido de carácter residual. En este sentido se identificaron grandes falencias:

1. Falta de asignación de recursos para el desarrollo de políticas y normatividades garantistas, y la escasa prioridad que el Estado les da.
2. Insolvencias al incorporar el enfoque diferencial por etnia en todas las políticas tendientes a atender las violencias contra las mujeres.
3. Brechas en el acceso a la justicia y a los sistemas de salud y educación, especialmente para las mujeres indígenas.
4. Fallo al incluir el enfoque de género con enfoque diferencial por edad y etnia en los programas de reincorporación de excombatientes.
5. Poco compromiso del sector educativo con la eliminación de la discriminación contra las mujeres pese a ser uno de los que mayor responsabilidad tiene en esta tarea.
6. Avances normativos sobre el derecho al trabajo de las mujeres, pues siguen siendo insuficientes al no generar cambios efectivos.
7. Incapacidad para atender adecuadamente a las mujeres rurales dada la inexactitud de los sistemas de información sobre población rural femenina y sus realidades.
8. Falta de promoción de una política pública integral para mujeres campesinas.

Esta realidad da cuenta del gran trabajo que aún queda por hacer en el país, que exige no depender exclusivamente de la voluntad política del gobierno de turno. En su lugar, se propone adquirir responsabilidades vinculantes de carácter

supranacional que obliguen a los Estados a dar respuestas efectivas a esta grave problemática, toda vez que se tiene en cuenta un enfoque interseccional. Como sugieren los hallazgos del grupo de monitoreo, hay un factor identitario determinante en las VBG que pueden sufrir las mujeres y, en consecuencia, en las estrategias para su mitigación.

La realidad de la vida de las mujeres y niñas en Colombia está marcada por la persistencia de la discriminación en todos los ámbitos, que tiene impactos diferenciales en las mujeres según su pertenencia étnica, ciclo vital, procedencia rural o urbana, clase social, situación de discapacidad y otras condiciones y situaciones que propician mayores vulneraciones a sus derechos (Grupo de Monitoreo para la Implementación de la CEDAW en Colombia, 2019). Esta misma lógica aplica para la Convención de Belém do Pará frente a la cual, aunque Colombia ha demostrada tener un avance significativo en su legislación y en los planes propuestos para su ejecución nacional, atribuible a una conceptualización mucho menos ambigua en comparación con la CEDAW, su implementación está lejos de ser perfecta. No en vano las cifras de VBG son alarmantemente altas, y los relatos de las mujeres siguen poniendo al descubierto malos tratos, desinformación, inatención y falta de credibilidad a las víctimas, como lo han denunciado Cladem Colombia (2014) y varias ONG. Esto demuestra que aún hace falta una hoja de ruta más estricta, multidimensional y compleja.

Una vez entendida la eficacia o ineficacia de los mecanismos internacionales adoptados por Colombia es posible comprender a cabalidad el aporte conceptual y práctico que propone la coalición EWT. Esta parte de la premisa de que los tratados internacionales funcionan al codificar las expectativas sobre los deberes de las naciones. Lo que no especifica es que dichos compromisos serán efectivos siempre y cuando contemplen la complejidad de los problemas que pretenden solucionar. En el caso de las VBG es fundamental tener una mirada interseccional que comprenda que algunas mujeres son más proclives a sufrirlas. Es decir, se debe reconocer que no todas las mujeres sufren las consecuencias del patriarcado igual, por lo que se requieren diversas medidas para su mitigación.

Acertadamente, la visión que se propone a través del reporte SN, así como la campaña de difusión y activismo que lo impulsa alrededor del mundo, considera la premisa del feminismo postcolonial de “darle voz a aquellas que tradicionalmente no la han tenido”. Basta con leer la nota introductoria del reporte, *Carta desde el exilio*, escrita por la jueza afgana Najala Ayoubi, para comprender que esta no es una propuesta impulsada desde una perspectiva prevaleciente, por el contrario, es el clamor de la sociedad civil que sufre las consecuencias del lugar, del género,

la raza y la clase social en las que nacieron, y de la constante inoperancia de los Estados por mitigar su sufrimiento.

Con esto en mente, la coalición propone un tratado internacional que incluya tres aspectos clave:

1. Consolidar las definiciones y las buenas prácticas de varios instrumentos en un mecanismo integral. Con esto no solo buscan construir sobre lo construido, tomando los aprendizajes de algunas regiones (como los avances hechos en América Latina con Belém do Pará), sino eliminar la ambigüedad que pudiera existir en las leyes que tipifican los actos de violencia en contra de las mujeres y niñas como una violación de derechos humanos (Aeberhard-Hodges et al., 2023, p. 24).

Frente a esta aproximación, podemos decir que este se ha revelado como uno de los problemas conceptuales que requiere de atención inmediata. Aun cuando Belém do Pará lo precisa mejor, es importante apelar a una homogeneidad internacional considerando la globalización y las realidades transfronterizas. Las nuevas tecnologías han puesto en mayor riesgo de sufrir violencia a las mujeres, a la vez que el marco legal de atención es difuso. En paralelo, esto permitiría establecer expectativas globales similares para afrontar el problema con leyes coherentes sobre la VBG en todo el mundo, para proporcionar una reparación equitativa a la violación de derechos humanos.

2. Mejorar la implementación con un sistema de monitoreo basado en métricas. Un “cuadro de mando mundial que permita hacer un seguimiento de los esfuerzos realizados por cada Estado para erradicar las VBG, con puntos de referencia estándar, dejando claras las responsabilidades de los países y estableciendo un calendario de actuación” (Aeberhard-Hodges et al., 2023, p. 25). Este es quizás uno de los puntos más apremiantes, pues los convenios actuales requieren que los Estados presenten informes sobre los avances, pero los datos entregados están sujetos a la voluntad estatal. En el caso de Colombia, aunque se presentan grandes progresos generales, al indagar a profundidad se hallan medidas que no necesariamente contribuyen a la erradicación de las VBG, sino que se muestran proyectos que incluyen mujeres pero que realmente no tienen un enfoque diferencial, por lo que se queda en un ejercicio de elección de cifras a conveniencia. Mediante una estandarización de metas, la rendición de cuentas sería más objetiva y eficaz, con datos que generen indicadores de análisis

y doten de herramientas a los grupos de monitoreo para presionar a los Estados a cumplir.

Sin embargo, ni en este punto clave ni en ningún otro se presenta de forma expresa un sistema de sanciones capaz de ejercer presión concreta a los Estados que no cumplan con sus obligaciones. Si bien esto se puede deber a la apabullante necesidad de que los Estados suscriban un convenio de esta naturaleza, por lo que este sería un punto nada despreciable por el que las naciones se podrían abstener de firmar, es importante comprender a cabalidad las implicaciones concretas de *hard law* que un convenio como este podría acarrear.

3. Captación de nuevos fondos. Un convenio con una financiación de 4000 millones de dólares anuales. Esto implica pasar de la situación actual donde solo se destinan 10 céntimos por mujer en la tierra a 1 dólar, cifras equiparables a otros fondos como los de la lucha contra el sida, la tuberculosis y la malaria (Aeberhard-Hodges et al., 2023, p. 25).

Frente a esto se puede decir que, como la experiencia lo demuestra, para realizar campañas de educación y prevención, atender a las víctimas y capacitar a profesionales de la salud, policías y jueces se requieren tres cosas: voluntad, dinero y tiempo. De nada sirve plantear proyectos que se implementen a medias o no se implementen porque los recursos económicos no son suficientes, en su lugar esto puede hacer que haya incluso una revictimización y que el tejido social jamás se recupere.

Sin embargo, frente a este tema la EWT se queda corta, pues además de obtener financiación es importante considerar su control. Para nadie es un secreto que los países que no son de occidente presentan las mayores cifras de corrupción, Estados desde los cuales se gesta la propuesta de la EWT, por lo que no basta con pedir más fondos, sino con incluir medidas de control que sean efectivas o los recursos podrían desviarse a otros fines. Aun cuando hay asuntos a considerar sobre la visión de la EWT, en general los puntos clave parecen ahondar los problemas conceptuales que hemos identificado de alta relevancia, específicamente las falencias que presenta el caso colombiano. Ahora bien, es mediante la consolidación de estos puntos clave en un convenio internacional que la coalición espera potencializar lo que han denominado *the whole hand framework*, que aquí traduciremos como la “Estrategia de toda la mano”.

Figura 2. Estrategia de toda la mano



Fuente: con base a la campaña global de la Coalición EWT (2023).

Tal y como señala la figura, en esta estrategia la mano representa el tratado internacional, la forma suprema de legislación, que mediante su carácter vinculante, y a través de presiones políticas, puede impulsar cambios en los Estados parte. A su vez, cada dedo representa un tipo de intervención, que por separado ya han demostrado influir en varios factores relacionados con la prevención de la violencia, pero que a menudo se ejecutan de forma aislada, como en el caso de Colombia.

Esta estrategia arguye que de implementar en conjunto las intervenciones se pueden reducir drásticamente las tasas de violencia. En este modelo, el pulgar representa la financiación necesaria para efectuar estas intervenciones, y la palma los datos y el monitoreo que responsabiliza a los Estados por la implementación del tratado. Las intervenciones son las siguientes:

1. *Reforma legal.* Establecimiento de estándares de referencia en las leyes nacionales. Si bien las leyes por sí solas no acaban con la violencia, no es posible erradicarla sin leyes sólidas, pues la protección legal es la base para la seguridad de las mujeres. Con un estándar internacional claro se espera acabar con leyes nacionales obsoletas.
2. *Capacitación y rendición de cuentas:* Informar a toda la sociedad sobre los cambios en las legislaciones. Promover programas innovadores para jueces, policías y personal de la salud, que marquen la diferencia para las sobrevivientes que buscan ayuda, reduciendo la revictimización y responsabilizando al personal prestador de los servicios de salud o de justicia que incumplan con los protocolos propuestos.
3. *Educación para la prevención.* Punto de mayor atención debido a su potencial, especialmente en países donde el patriarcado está arraigado fuertemente a la cultura.

4. *Servicios*. Proporcionar un paquete básico de servicios sin costo o de bajo costo que incluya la prevención, la protección y el apoyo para sobrevivientes, familiares y testigos (incluyendo la salud física/psicológica y el bienestar económico/social).

Frente a este modelo se puede decir que contempla efectivamente lo que al principio del artículo denominamos como las dimensiones de la problemática de las VBG. Aunque algunos podrían decir que esta estrategia peca de optimista, a su vez es una de las aproximaciones más completas y complejas sobre el tema. Esta visión guarda un mensaje muy poderoso: no basta con una perspectiva punitivista, sino que ha de intervenir cada una de las etapas en las que se reproducen las VBG en una cultura patriarcal. Con una clara base en la jurisprudencia, se guarda la esperanza de impulsar cambios sociales mediante la presión ejercida por los compromisos internacionales adquiridos por los Estados.

Todas las variables dentro del modelo son esenciales, por lo que su implementación es complicada, más no imposible, con los apoyos y presiones adecuadas. Si alguno de los componentes de la estrategia falla, como a menudo suele ocurrir, el modelo no podrá cumplir su objetivo de erradicar las VBG. De allí la importancia de contar con un tratado internacional de carácter vinculante que albergue los puntos clave señalados.

La implementación de esta estrategia enfrenta innumerables desafíos, lo cual no es de extrañar pues se trata de un plan que busca combatir al patriarcado y las prácticas ligadas a este que se constituyen como precursoras de violencia. Aun así, incluso si no se logra cumplir con todas las variables del modelo, la conjugación de varias de ellas en un mismo Estado, impulsadas por lineamientos internacionales, podría significar un gran cambio en la realidad que enfrentan diariamente millones de mujeres.

## Conclusiones

Las VBG permean cada una de las esferas de la vida de las mujeres y niñas en Colombia, a causa de la estructura social patriarcal que prevalece en el país. Aun cuando en las últimas décadas se han hecho esfuerzos legales internacionales y regionales para combatir esta problemática, los cuales han imprimido cierta presión en la nación colombiana para implementar múltiples leyes, planes y programas, esta parece aún estar muy lejos de encontrar una solución.

Si bien Colombia aparenta contribuir a la consecución de los objetivos plasmados en la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, al analizar la realidad nacional e indagar en los informes aportados por el país, se evidencia que los cambios no

han sido del todo efectivos para mejorar la calidad de vida de los casi 25 millones de mujeres y niñas que habitan el país. En su lugar se presentan medidas parciales, desarticuladas y parsimoniosas, que en la práctica no consideran las múltiples identidades de las mujeres que devienen en un aumento del riesgo de sufrir diversos tipos de violencia. Como lo indican las cifras, el progreso nacional en materia de erradicación de las VBG está lejos de ser ejemplar.

De esta forma es posible cuestionar la flexibilidad de los convenios firmados e instar a superar los mecanismos de control internacional de *soft law* para combatir las VBG y evolucionarlos a marcos normativos de carácter vinculante que obliguen a los países a presentar avances reales. Frente a esto han surgido iniciativas globales como la de la EWT, que suscita la instauración de un nuevo convenio internacional o la adopción de un tratado facultativo que contenga elementos vinculantes capaces de reducir el interpretativismo de los Estados, atraiga financiación para su consecución y reconozca e integre una visión interseccional de la problemática.

Para este fin, la coalición propone la instauración de un tratado cuyos esfuerzos se centren en la certeza jurídica sobre la tipificación de las VBG, el mejoramiento de la implementación a través de un sistema de monitoreo basado en métricas y la captación de nuevos fondos. De tal modo se podrán sentar las bases para una estrategia compleja que aborde cada una de las etapas en las que se producen las VBG, un modelo que atañe una reforma legal; la capacitación y rendición de cuentas; la prestación de servicios a víctimas, y la educación para la transformación que son posibles mediante el financiamiento fijo y el registro de data clara que permita medir y estandarizar los avances.

Esta mirada gestada desde el Sur Global propone una profundización en la conceptualización de la jurisprudencia internacional en materia de VBG, que responda a las realidades vividas por mujeres que se encuentran en constante riesgo en función de sus múltiples identidades, que no se resignan a abordar la problemática como un asunto hegemónico, pues sus culturas altamente permeadas por el patriarcado no se los permiten.

Dicho esto, es clara la forma en la que adoptar una convención como la propuesta por la EWT es pertinente para Colombia, un país que, aunque fuertemente marcado por las VBG, en los últimos años ha empezado a reconciliarse con su herencia diversa, cuyas realidades trascienden el centro urbano del país, y donde los discursos estatales poco a poco van reconociendo esta problemática como factor trascendental para la construcción del tejido social. Si bien las mujeres en Colombia no viven los mismos tipos de violencias que las mujeres en otras regiones del mundo, donde se impulsa con más ahínco la propuesta de la coalición, este sigue siendo un

país donde 3 mujeres cada hora son víctimas de violencia intrafamiliar, y donde los avances que se presentan en el marco de sus compromisos internacionales están sujetos a la voluntad del gobierno regente. Se espera que la nueva articulación vislumbrada entre el ejecutivo y el judicial en Colombia, sea una suerte de oportunidad para alinearse con estas nuevas narrativas internacionales en cuya consecución se guarda la esperanza de brindar los mecanismos pertinentes para promover los grandes cambios sociales que se requieren para combatir las VBG que permean cada aspecto de la vida de miles de mujeres y niñas en Colombia.

## Referencias

- Aeberhard-Hodges, J., Ayoubi, N., & Rivera Juaristi, F. (2023, febrero). *Safer now report*. <https://everywoman.org/wp-content/uploads/2023/03/Safer-Now-v2023.pdf>
- Agathangelou, A., & Ling, L. (2009). *Transforming world politics: From empire to multiple worlds*. Routledge.
- Cabello Blanco, M. (2023, marzo 06). Boletín 280 - 2023. <https://www.procuraduria.gov.co/Pages/3-mujeres-cada-hora-128-al-dia-y-47-mil-en-2022-fueron-victimas-de-violencia-intrafamiliar-procuraduria.aspx#:~:text=De%20acuerdo%20con%20los%20datos,cuarto%20lugar%20a%20nivel%20nacional>
- Cladem Colombia. (2014). *Evaluación a la implementación del segundo informe hemisférico del MESECVI*. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Round2-FollowUp-ShadowReport-Colombia.pdf>
- Connors, J. (2010). *Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. United Nations. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/opceafdw/opceafdw\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/opceafdw/opceafdw_s.pdf)
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- D'Aoust, A.-M. (2010). Les approches féministes. In A. Macleod, & D. O'meara (Eds.), *Théories des relations internationales. Constetations et résistances* (pp. 339 - 364). Athéna éditions; Centre d'études des politiques étrangères et de sécurité (CEPES).
- Defensoría del Pueblo, Organización Internacional para las Migraciones, & Profamilia. (2007). *Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos para funcionarios y funcionarias con énfasis en violencia intrafamiliar y violencia sexual*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/Modulo-a-z-en-derechos-sexuales-yreproductivos.pdf>

- Departamento Nacional de Planeación. (2013, 12 de marzo). *Equidad de género para las mujeres (Documento Conpes Social 161)*. DNP. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/161.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (2022, 18 de abril). Política pública de equidad de género para las mujeres: hacia el desarrollo sostenible del país (Documento Conpes 4080). DNP. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4080.pdf>
- Fundación Paz y Reconciliación . (2023). *Vivir sin miedo. Informe de violencias basadas en género 2021-2022*. Fundación Paz & Reconciliación. [https://e7c20b27-21c2-4f2b-9c38-a1a16422794e.usrfiles.com/ugd/e7c20b\\_c79667c143294a-4da337a491454cf8a9.pdf](https://e7c20b27-21c2-4f2b-9c38-a1a16422794e.usrfiles.com/ugd/e7c20b_c79667c143294a-4da337a491454cf8a9.pdf)
- Grupo de Monitoreo para la Implementación de la CEDAW en Colombia. (2019). *Mujeres y paz, en búsqueda de plenos derechos*. [https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2019/04/Informe\\_sombra\\_MUJERES-Y-PAZ-EN-COLOMBIA-EN-BU%C3%ACQUEDA-DE-PLENOS-DE-RECHOS.pdf](https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2019/04/Informe_sombra_MUJERES-Y-PAZ-EN-COLOMBIA-EN-BU%C3%ACQUEDA-DE-PLENOS-DE-RECHOS.pdf)
- Mejía Guerrero, L. P. (2012). La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 56, 189-213. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30352.pdf>
- Hanisch, C. (1970). The personal is political. *Notes from the Second Year: Women's Liberation*, 76-78. <https://idn.duke.edu/ark:/87924/r33x35>
- Jones, J., & Manjoo, R. (2018). Normative developments on violence against women in the united nations system. In Autores, *the legal protection of women from violence. Normative gaps in international law*. Routledge.
- MESECVI & OEA. (2017). *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*. MESECVI. <http://www.oas.org/en/mese cvi/docs/tercerinformehemisferico-es.pdf>
- Observatorio Femicidios Colombia. (octubre, 2023a). *Vivas nos queremos. Boletín mensual de feminicidios*. Red feminista antimilitarista. <https://observatoriofemicidioscolombia.org/seguimiento-y-analisis/boletin-nacional/vivas-nos-queremos-boletin-mensual-sobre-femicidios-en-colombia-octubre-del-2023>

- Observatorio Femicidios Colombia. (25 de febrero de 2023b). *Vivas nos queremos. Informe anual 2022*. Red Feminista Antimilitarista. <https://observatoriofemicidioscolombia.org/images/portal/attachments/article/511/Informe%20femicidios%20mujeres%20migrantes%202022.pdf>
- Observatorio Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2022, abril 25). Colombia: Situación de la Violencia Basada en Género (VBG), Comparativo 2020 – 2021. <https://reliefweb.int/report/colombia/colombia-situacion-de-la-violencia-basada-en-g-nero-vbg-comparativo-2020-2021-abril>
- OEA. (2023). Convención do Belém do Pará, Mecanismo de seguimiento de la convención de belém do pará (MESECVI). <https://www.oas.org/es/mesecevi/convencion.asp>
- ONU Mujeres. (2023). Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence#:~:text=La%20violencia%20de%20género%20se,la%20existencia%20de%20normas%20dañinas>
- Petro, G. [@petrogustavo]. (mayo, 17,2023). <https://twitter.com/petrogustavo/status/1658884402724601878?lang=es>
- Prieto, L. (2022, marzo 8). *Balance sobre la violencia basada en género en Colombia*. Pares. Fundación Paz y Reconciliación. <https://www.pares.com.co/post/balance-sobre-la-violencia-basada-en-g%C3%A9nero-en-colombia>
- Radford, J., & Russell, D. (1992). Femicide is as old as patriarchy: Introduction. En Autores, *Femicide the politics of woman killing* (pp. 25-74). Twayne Publishers.
- Šimonović, D. (2014). Global and regional standards on violence against women: The evolution and synergy of the CEDAW and Istanbul conventions. *Human Rights Quarterly*, 36(3), 590-606. <https://www.jstor.org/stable/24518259>

# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN SELECCIONADOS

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

El Ecocidio: Entre la Crisis Climática y la Crisis  
de la Corte Penal Internacional

*Jonas Rosengardt*

Encontrando la teleología del derecho internacional  
humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y  
comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego  
de los ataques del 7 de octubre de 2023

*Camilo Ramírez Gutiérrez*

Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos  
de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e  
independencia a la luz del principio de complementariedad

*Juan David Castro Ramírez*

# El ecocidio: entre la crisis climática y la crisis de la Corte Penal Internacional

Ecocide: Between the Climate Crisis and the Crisis of the International Criminal Court

Ecocídio: entre a crise climática e a crise do Tribunal Penal Internacional

Jonas Rosengardt\*

Fecha de recepción: 01 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 31 de julio de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14558>

**Para citar este artículo:** Rosengardt, J. (2024). El ecocidio: entre la crisis climática y la crisis de la Corte Penal Internacional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-46. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14558>

## Resumen

El cambio climático es uno de los temas dominantes de nuestro tiempo, pero los esfuerzos nacionales e internacionales no corresponden a las expectativas, por ello se depositan grandes esperanzas en la criminalización del ecocidio. Este ensayo analiza si pueden cumplirse estas expectativas. Para ello, discute la compatibilidad del derecho internacional penal y ambiental y las posibilidades del derecho penal para proteger al clima mediante la disuasión y la expresividad. Se plantea si debe adoptarse un enfoque antropocéntrico o ecocéntrico para el ecocidio. En particular, se contempla la compatibilidad de la protección del medio ambiente con los intereses humanos legítimos y nuestra limitación a las perspectivas humanas. Por último, se cuestiona que la Corte Penal Internacional (CPI) sea el foro adecuado para la criminalización del ecocidio y se debate la responsabilidad penal individual y la aplicación selectiva de la CPI.

**Palabras clave:** ecocidio; efecto disuasorio y expresivo; enfoque antropocéntrico; responsabilidad penal internacional; aplicación selectiva de la CPI.

---

\* Universität Münster; Universidad del Rosario, Jurisprudencia. Correo electrónico: [jonas@rosengardt.de](mailto:jonas@rosengardt.de)

## Abstract

Climate change is one of the major issues of our time, but national and international efforts do not live up to their expectations. Therefore, high hopes are placed on the criminalisation of ecocide. This essay examines whether it can meet these expectations. In doing so, it discusses the compatibility of international criminal and environmental law and the possibilities of criminal law to protect the climate through deterrence and expressiveness. Then it asks whether an anthropocentric or ecocentric approach to ecocide should be adopted. Particular attention is paid to the compatibility of environmental protection with legitimate human interests and our limitations to human perspectives. Finally, it is questioned whether the International Criminal Court (ICC) is the appropriate forum for the criminalisation of ecocide. Here, individual criminal responsibility and the selective enforcement of the ICC are discussed.

**Keywords:** ecocide; deterrent and expressive effect; anthropocentric approach; individual criminal responsibility; selective enforcement of the ICC.

## Resumo

A mudança climática é uma das questões dominantes de nosso tempo, mas os esforços nacionais e internacionais não estão à altura de suas expectativas. Como resultado, grandes esperanças são depositadas na criminalização do ecocídio. Neste artigo, analisa-se se ela pode corresponder a essas expectativas. Para isso, discute-se a compatibilidade entre o direito penal internacional e o direito ambiental, e as possibilidades do direito penal de proteger o clima por meio da dissuasão e da expressividade. Em seguida, questiona-se se deve ser adotada uma abordagem antropocêntrica ou ecocêntrica do ecocídio. Em particular, contempla-se a compatibilidade da proteção ambiental com os interesses humanos legítimos e nossa limitação às perspectivas humanas. Por fim, questiona-se se o Tribunal Penal Internacional é o fórum apropriado para a criminalização do ecocídio. Aqui, discutem-se a responsabilidade penal individual e a aplicação seletiva do Tribunal Penal Internacional.

**Palavras-chave:** ecocídio; efeito dissuasivo e expressivo; abordagem antropocêntrica; responsabilidade penal internacional; aplicação seletiva do Tribunal Penal Internacional.

## Introducción

El cambio climático es uno de los mayores desafíos de nuestra generación y sus efectos ya son visibles en todo el mundo: desde sequías e inundaciones en la India hasta huracanes en las Bahamas, pasando por incendios forestales en Australia y olas de calor sin precedentes en Europa (OECD, 2021, pp. 22-23). Aunque el cambio climático afecta a personas de todo el mundo, aquellos que menos repercuten al problema ambiental se encuentran en mayor riesgo (Lee *et al.*, 2023, p. 51). Lo anterior llevó a un aumento de los esfuerzos nacionales e internacionales para reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> de la atmósfera, en particular, a través del Acuerdo de París en el que 175 países se comprometieron a limitar el calentamiento global muy por debajo de 2°C y a esforzarse por mantenerlo por debajo de 1.5°C. Sin embargo, las políticas y acciones globales no han sido suficientes, pues los esfuerzos nacionales aún no han logrado cumplir los acuerdos internacionales (Calvin *et al.*, 2023, p. 57).

Con las medidas adoptadas y anunciadas hasta ahora, es probable que el aumento de la temperatura global supere los 1.5°C y cada vez sea más difícil limitar el incremento por debajo de los 2°C. Peor aún, si seguimos por el camino actual, la temperatura media global aumentaría entre 2.2°C y 3.5°C (Lee *et al.*, 2023, p. 57). Esto tendría consecuencias catastróficas: incluso con un calentamiento global de 2°C, según unos cálculos del modelo, el nivel del mar subiría 56 cm para el año 2100 (Rasmussen *et al.*, 2018, p. 6) y el 70 % de la población mundial sufriría al menos una ola de calor severa cada 20 años; el 28 % de la población mundial llegaría incluso a sufrir una ola de calor extrema cada 20 años (Dosio *et al.*, 2018, p. 7).

Ante la decepción de la política climática global, los ecologistas han buscado nuevas formas y mecanismos para proteger el clima y frenar el cambio climático. Recientemente, la implementación del ecicidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) ha reaparecido en el debate académico. Por ejemplo, el Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide (IEP), apoyado por la Stop Ecocide Foundation, publicó una definición de ecicidio en 2021 y propuso su incorporación al Estatuto de Roma como nuevo *Artículo 8ter* (IEP, 2021). Esta propuesta ha recibido apoyo, pero también fuertes críticas. Si bien la definición exacta y la inclusión del ecicidio son muy controvertidas, la mayoría de las voces están a favor de utilizar el derecho penal internacional y nacional para procesar a los peores infractores del medio ambiente (Palarczyk, 2023, pp. 205-207; Robinson, 2022, pp. 344-345).

Con base en lo expuesto, me gustaría primero discutir acerca de si la criminalización del ecicidio resultaría ser eficaz. Para ello, se abordarán los conflictos entre el derecho internacional ambiental (DIA) y el derecho internacional penal (DIP),

así como el efecto disuasorio y expresivo del DIP. A continuación, se planteará si se debe adoptar un enfoque ecocéntrico o antropocéntrico de la criminalización del delito de ecocidio, antes de examinar si la CPI es el foro adecuado para este crimen. En este sentido, se analizará la responsabilidad penal individual y se investigará si las críticas conocidas a la CPI pueden aplicarse también al ecocidio.

## 1. La criminalización del ecocidio

En primer lugar, surge la pregunta de si una criminalización internacional de los daños medioambientales, a través de la introducción del ecocidio, sería dogmáticamente deseable y eficaz para la protección del medio ambiente. Llama la atención que el derecho penal se esté convirtiendo cada vez más en el instrumento favorito para el cumplimiento de las normas más importantes tanto a nivel nacional como internacional, mientras que la persecución de los daños medioambientales se ha quedado fuera hasta ahora, a pesar de la actualidad política del cambio climático (Mégret, 2011, p. 201).

De hecho, la criminalización del ecocidio ha sido objeto de numerosas críticas en la literatura académica. Se destacan dos puntos en particular: el DIA es poco compatible con el DIP y la criminalización no es el medio adecuado para iniciar las reformas sociales necesarias.

### 1.1. Ecocidio: entre derecho ambiental y derecho penal

El primer punto de crítica se centra en la interacción entre el derecho ambiental y el DIP. Estas dos ramas del derecho se desarrollaron por separado (Mégret, 2011, p. 220) y siguen teniendo pocos puntos de contacto.<sup>1</sup> De hecho, parece haber una gran brecha entre estas dos áreas. La armonización del DIP y del DIA es, por tanto, el último reto para la introducción de un delito de ecocidio (Palarczyk, 2023, p. 150).<sup>2</sup> Algunos críticos incluso asumen que tal armonización es imposible desde el principio. Esto se justifica por el hecho de que el DIA tiene características y principios únicos que lo distinguen de otros ámbitos del derecho, y lo hacen incompatible (Brickey, 1996, p. 490). A continuación, definiremos las características del DIA y analizaremos si son compatibles con las del DIP.

1 El DIA aún no se encuentra en la fase de desarrollo en la que podría imponer responsabilidad penal por la violación de sus normas (Wyatt, 2010, p. 616) y los tribunales penales internacionales tienen una jurisdicción muy limitada sobre los delitos medioambientales (Pereira, 2020, p. 222).

2 Robinson (2022) habla del problema más difícil del ecocidio —“By far the most difficult issue in ecocide”— (p. 332).

### 1.1.1. Compatibilidad de las características del DIA con el DIP

El DIA y el DIP son dos ámbitos jurídicos radicalmente distintos, con características y rasgos diferentes. El primero se basa fundamentalmente en el equilibrio y la ponderación de diferentes intereses. Por ejemplo, el principio de desarrollo sostenible sopesa los intereses y objetivos ecológicos y económicos (Baker, 2015, p. 7),<sup>3</sup> mientras el principio de responsabilidad común pero diferenciada expresa que si bien los Estados tienen el deber común de proteger el medio ambiente, las normas ecológicas pueden variar según la responsabilidad histórica, las posibilidades técnicas o el interés legítimo en el desarrollo (Sands *et al.*, 2012, pp. 233-236; Winter, 2023, p. 10). Por lo tanto, el DIA no reconoce ninguna prohibición absoluta de determinados comportamientos; las normas más estrictas del DIA se diseñan teniendo en cuenta las necesidades especiales y la falta potencial de posibilidades de los países en desarrollo (Robinson, 2022, p. 315).

Aunque también existe cierto margen de consideración en el DIP,<sup>4</sup> este no es comparable en absoluto al margen de decisión del DIA. Al contrario, el principio *nullum crimen sine lege* desempeña un papel central en el derecho penal (Rauter, 2017, p. 19). La Comisión Preparatoria de la CPI (1996) también subrayó que los crímenes del Estatuto de Roma deben definirse con claridad, precisión y especificidad. Así, debe evitarse cualquier ambigüedad (UN Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1995). Según los críticos, esta rigidez y precisión no son compatibles con el proceso de equilibrar del DIA.<sup>5</sup> Equilibrar los distintos intereses es un proceso social y político que debe dar cabida a debates y diferencias de opinión. En cualquier caso, no es adecuado para definir los delitos que “conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” (Preámbulo, Estatuto de Roma).<sup>6</sup>

Con el fin de dar cabida a las consideraciones de los Estados y a sus distintas implementaciones, las normas del DIA, como el principio de precaución,<sup>7</sup> además, suelen ser vagas y amplias (Mégret, 2011, p. 224; Mégret, 2013, p. 55; Palarczyk, 2023,

3 Por un lado, el principio expresa la preocupación de que los modelos actuales de desarrollo económico no sean sostenibles (Millennium Ecosystem Assessment (Program), 2005), pero, por otro lado, también reconoce el interés de los países, especialmente del sur global (Segger, 2013, p. 19).

4 El artículo 51.5.b. del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977, por ejemplo, sopesa el daño a los civiles frente al beneficio militar de un ataque.

5 Rawal (2022) compara casi poéticamente la implantación del DIA en el DIP con casar un cuadrado con un círculo —“marrying a square to a circle”— (p. 281).

6 También, a este respecto ver Branch y Minkova (2023, p. 67).

7 El principio de precaución se definió en el Principio 15 de la Declaración de Río: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

p. 161). Esto podría ser de nuevo problemático en relación con el principio *nullum crimen sine lege*. Así, el IEP (2021), por ejemplo, ha prescindido por completo de una lista de actos cubiertos por el delito en su definición de ecocidio. Sin embargo, esto resulta en incertidumbre en cuanto a qué comportamiento específico está cubierto por el ecocidio y, por lo tanto, viola probablemente el principio de legalidad (Gillett, 2022, p. 309; Mührel, 2022, p. 335). Por otro lado, una lista clara de actos prohibidos, como la que vemos en los crímenes del Estatuto de Roma, limitaría el alcance del delito y haría imposible casi cualquier forma de equilibrio de intereses, que es inseparable del DIA.

## 1. 2. Enfoques de solución

Entonces, ¿fracasó el proyecto de ecocidio antes de empezar debido a la incompatibilidad del DIA y del DIP? No necesariamente. De hecho, existen buenos argumentos a favor de la implementación del ecocidio en el DIP. Por un lado, este no es ajeno a los daños medioambientales. Por ejemplo, el Estatuto de Roma ya penaliza los daños medioambientales extensos, duraderos y graves en el contexto de un conflicto armado (Estatuto de Roma, art. 8.2.b.iv). Un delito de ecocidio simplemente ampliaría esta responsabilidad penal.

Por otro lado, son fácilmente concebibles los daños medioambientales, cuyo nivel de injusticia es comparable al de los demás crímenes internacionales. Pensemos, por ejemplo, en la quema de más de 600 pozos petrolíferos en Kuwait por parte del ejército iraquí durante la primera Guerra del Golfo que desencadenó una catástrofe medioambiental masiva (Lindén *et al.*, 2004, p. 21; de Paor, 2020, p. 295). Además, el derecho civil y el administrativo llegan a sus límites cuando se trata de sancionar las violaciones a las obligaciones medioambientales (McLaughlin, 2000, pp. 377-378). Es decir, el derecho penal puede ayudar mediante un procesamiento único criminal cuando el derecho civil y el administrativo no alcancen.

Para su incorporación, primero hay que resolver las dificultades de la definición del delito de ecocidio; debe ser tan estricta y precisa que cumpla los requisitos del DIP (sobre todo el principio de legalidad), pero al mismo tiempo debe ser lo suficientemente amplia como para hacer justicia al DIA. El objetivo no es encontrar una solución perfecta, sino simplemente la mejor solución disponible (Robinson, 2022, p. 315). Un enfoque propone que en lugar de basarse en una lista completa de actos prohibidos<sup>8</sup> o en la mera formulación de estándares legales,<sup>9</sup> se debe confiar en una combinación de ambos (Robinson, 2022, p. 341).

8 Como, por ejemplo, en el delito de crímenes de guerra (Estatuto de Roma, art. 8).

9 Como, por ejemplo, en la definición de ecocidio del IEP.

De acuerdo con el DIP, este enfoque se basa generalmente en una lista de actos prohibidos, pero añade una disposición general (Mührel, 2022, p. 337). El hecho de que la lista se mantenga abierta confiere al delito cierta flexibilidad limitada (Rawal, 2022, p. 286). Esto es crucial para el ecocidio, ya que no es posible integrar de antemano en el delito todos los daños medioambientales concebibles, puesto que con el avance del desarrollo científico y tecnológico surgen nuevas posibilidades de daños de este tipo (Neira *et al.*, 2019, pp. 132-133); la catástrofe nuclear de Chernóbil es solo un ejemplo. La inclusión de una disposición general tampoco es ajena al DIP. Por ejemplo, el delito de crímenes de lesa humanidad incluye “otros actos inhumanos de carácter similar” (Estatuto de Roma, art. 7.1.k). Esta propuesta aún está muy lejos de una solución concreta. No está nada claro con qué amplitud se interpretaría tal disposición general.<sup>10</sup> Sin embargo, demuestra que el legislador tiene formas de diseñar un delito de ecocidio que contenga elementos tanto del DIP como del DIA.

Quizá el problema de compatibilidad de ambos ámbitos del derecho no sea tan grande como parecía inicialmente. La vaguedad de las normas medioambientales solo tiene que ser un problema transitorio. Gran parte del DIP se basaba originalmente en normas imprecisas y vagas, que se han precisado y han evolucionado con el tiempo (Mégret, 2011, p. 237). Por ejemplo, la Convención sobre el Genocidio se estableció con fines puramente humanitarios y civilizadores (Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: ICJ Reports 1951, p. 15, 23), pero el delito de genocidio fue desarrollado por los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y adaptado a la práctica del derecho penal (Lippman, 2012, pp. 21-22; Mégret, 2013, p. 55). Cabe suponer que el ecocidio también se adaptaría rápidamente a los requisitos del DIP en la práctica.

El problema de ponderación de intereses del DIA también parece mayor de lo que realmente es. El DIP no pretende perseguir todos los crímenes que entran dentro de su jurisdicción, sino que se concentra en “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” (Preámbulo, Estatuto de Roma). Para la mayoría de estos crímenes, el daño al medio ambiente será totalmente desproporcionado respecto de cualquier beneficio económico o de otro tipo. Por lo tanto, en muchos casos no será necesaria una ponderación de los intereses (Robinson, 2022, p. 317). Así, la compatibilidad del DIA y del DIP no es un obstáculo insuperable. Los conflictos resultantes son menores de lo que parece a primera vista y hay formas de combinar las dos áreas.

10 Mührel (2022) teme, por ejemplo, que una disposición general pueda entrar en conflicto con el principio de legalidad (p. 337).

## 2. ¿El ecocidio como instrumento de reforma social?

Hay grandes esperanzas en la criminalización del ecocidio. El objetivo principal es combatir el cambio climático antropogénico; la definición del IEP, por ejemplo, se elaboró en este contexto. Al mismo tiempo, el ecocidio debe influir en las decisiones políticas y, en el mejor de los casos, incluso decolonizar el derecho internacional (Branch & Minkova, 2023, p. 70; Lindgren, 2018, pp. 539-543).

Para combatir eficazmente el cambio climático y enfrentar la crisis medioambiental es necesario un cambio fundamental en nuestro modo de vida. Tenemos que reconvertir nuestra sociedad hacia la energía verde, el transporte ecológico, menos consumo, etc. Esto solo puede lograrse mediante reformas sociales de gran alcance (Baste & Watson, 2021, pp. 101-105). Una crítica frecuente al ecocidio es que el derecho penal es un instrumento contundente que no es capaz de llevar a cabo reformas sociales tan complejas (Drumbl, 2009, p. 22; Mührel, 2022, pp. 338-339; Robinson, 2022, pp. 316-317; Winter, 2023); “No se puede tejer una manta con un mazo” (Robinson, 2022, p. 322).<sup>11</sup> En lugar de intentar utilizar el derecho penal como panacea y, por tanto, ampliarlo cada vez más, habría que reducirlo a sus funciones principales (Gärditz, 2016, p. 641; Valerius, 2011, pp. 339-340). No en vano, tanto en las jurisdicciones nacionales como en el derecho internacional se reconoce que el derecho penal solo puede ser la *ultima ratio* debido a la severidad de su amenaza de castigo (Haffke, 2001, p. 959; Robinson, 2022, p. 322).<sup>12</sup> En efecto, el castigo estatal como fin en sí mismo carece de legitimidad. Al contrario, el derecho penal debe servir siempre a un fin social (Haffke, 2001, p. 956). Para saber si la criminalización del ecocidio es legítima, debemos, por lo tanto, examinar si puede contribuir al cambio social necesario para la protección del clima.

### 2. 1. Disuasión

Una forma en que el ecocidio puede evitar nuevos daños medioambientales es a través del efecto disuasorio del derecho penal. La convicción de que la amenaza del castigo puede disuadir de la comisión de delitos es un concepto fundamental del derecho penal (Paternoster, 2010, p. 766). Se basa en el supuesto de que los actores sopesan racionalmente los costos y beneficios de sus acciones (Hodgson, 2021, pp. 915-916; Paternoster, 2010, p. 782). Aquí, la certeza, rapidez y severidad de las sanciones son factores relevantes (Paternoster, 2010, pp. 783-784; Pinto Andrade, 2023, pp. 66-69). La ventaja de las sanciones penales sobre las económicas es

11 “One cannot knit a blanket with a sledgehammer.”

12 Sin embargo, este principio apenas tiene importancia en la práctica del derecho penal (Gärditz, 2016, p. 641); Florio (2023) incluso califica el principio de cuento de hadas —“fairy tale”— (p. 137).

que estas últimas no son más que un factor de costo económico adicional. Así, las empresas pueden trasladar este riesgo a sus clientes en forma de aumentos de precios, y los gobiernos pueden trasladarlo a sus ciudadanos en impuestos (Posner, 2007, p. 1940). Sin embargo, esto no conduciría necesariamente a un cambio de comportamiento.<sup>13</sup> En cambio, las sanciones penales normalmente no pueden repercutir en el precio a los clientes; “los directores ejecutivos no pueden trasladar tiempo de cárcel a los consumidores” (Schumer, 1992).<sup>14</sup> Por eso, un gran número de jurisdicciones ya utilizan el derecho penal para hacer cumplir las normas medioambientales (Camproux Duffrène & Jaworski, 2021, p. 45). A pesar de que las primeras teorías sobre la disuasión se escribieron en el siglo XVIII<sup>15</sup> y de que los fundamentos del efecto han sido bien investigados, todavía sigue siendo difícil determinar el significado exacto y el impacto de la disuasión (Tauchen *et al.*, 1994, p. 399). No obstante, existen pruebas sólidas de la disuasión mediante sanciones penales, particularmente en la legislación nacional (Smith, 1995, p. 264; Tauchen *et al.*, 1994, pp. 404-411). La situación es diferente en el DIP. La investigación empírica sobre el efecto disuasorio de la CPI, por ejemplo, no arroja resultados claros; existe incluso la posibilidad de que las intervenciones de la CPI tengan el efecto contrario (Hodgson, 2021, p. 920).<sup>16</sup> La disuasión del DIP se cuestiona principalmente con el argumento de que los autores de crímenes internacionales generalmente no actúan racionalmente y, por lo tanto, ni siquiera realizan el análisis costo-beneficio necesario para el efecto disuasorio. Es absurdo suponer que “el típico purificador nacionalista enloquecido o el niño soldado abusado serán disuadidos por la perspectiva de enfrentarse a un juicio” (Mégret, 2001, p. 203).<sup>17</sup>

Este argumento parece referirse principalmente a los autores directos, a los que llevan a cabo los delitos materialmente. Sin embargo, el DIP pretende procesar a los máximos responsables de los respectivos delitos (Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 2003, p. 7). Se trata de los comandantes, líderes y planificadores de crímenes internacionales. Se puede suponer que estos individuos de alto rango actúan al menos en principio de manera racional y en pos de un plan

13 Si acaso, podría considerarse un cambio de comportamiento debido a la menor competitividad como consecuencia del aumento de los precios, pero este se discute de forma controvertida en la literatura (Schirmer, 2023, pp. 384-390).

14 “Chief executives can’t pass jail time on to consumers.”

15 *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria, 1764, y *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de Jeremy Bentham, 1789.

16 Sin embargo, la falta de pruebas empíricas no indica necesariamente la ausencia del efecto disuasorio. Así, aunque la disuasión tenga éxito, apenas es posible encontrar pruebas del efecto disuasorio, (Mennecke, 2007).

17 “the average crazed nationalist purifier or abused child soldier (...) will be deterred by the prospect of facing trial.”

estratégico (Cronin-Furman, 2013, p. 440). Sin embargo, no se puede descartar que estos también actúen de forma irracional, por ejemplo, por fanatismo religioso. En especial, parece plausible que la racionalidad de las decisiones disminuya en el transcurso de un conflicto. Estos argumentos hablan en contra o al menos a favor de una disuasión reducida de las normas actuales del DIP. Sin embargo, esto no puede trasladarse sin más al ecocidio. A diferencia de los actuales crímenes de la CPI, el ecocidio no requiere un conflicto o ataque. Más bien se centra en los daños medioambientales en tiempos de paz.<sup>18</sup> Estos daños medioambientales suelen ser ordenados por los líderes económicos. Para estos, la capacidad de pensar y actuar racionalmente desempeña un papel decisivo (Mégret, 2011, p. 235; Mégret, 2013, p. 54). También falta la situación excepcional típica de los conflictos, que podría llevar a decisiones irracionales. Por tanto, cabe suponer que los ecocidios se ordenan racionalmente y sobre la base de análisis de costo-beneficio. El efecto disuasorio del ecocidio es, por tanto, bastante fuerte.

## 2. 2. Expresividad

La disuasión parece ser un buen instrumento para prevenir el daño ambiental, pero difícilmente puede provocar un cambio en el conjunto de la sociedad. Aquí, una segunda característica del DIP podría ayudar: su función expresiva. Las normas penales comunican valores y, por tanto, pueden cambiar las normas sociales (Cooter, 1998, p. 586; Glasgow, 2015, p. 602).<sup>19</sup> Identifican y estigmatizan los comportamientos poco éticos e influyen así en los valores (Drumbl, 2009, p. 22). Por un lado, las leyes expresivas pueden crear o destruir sistemas de valores comunitarios; por otro lado, también pueden cambiar los valores individuales (Cooter, 1998, p. 586). En este contexto, al igual que en el caso de la disuasión, se realiza un análisis costo-beneficio. Seguir una norma puede generar beneficios como la aceptación y el reconocimiento social, que compensan los costos de su cumplimiento. Sin embargo, la violación de una norma va acompañada de altos costos sociales, además de la sanción penal (Cooter, 2000, pp. 7-8). Por ejemplo, alguien que tira basura a la calle es castigado con el desprecio social. Esto es una motivación para seguir la norma y tirar la basura en un contenedor, aunque suponga más esfuerzo. Así, las normas expresivas refuerzan los valores constitucionales y crean una cultura que recompensa los comportamientos conformes a las normas (Drumbl, 2009, p. 22). Pero las normas también se aplican intrínsecamente. Por ejemplo, alguien que viola una norma interiorizada siente culpa o vergüenza, lo que le lleva a seguir la norma

18 El daño medioambiental en el contexto de un conflicto armado ya está tipificado como delito en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2.b.iv.

19 Así lo subrayó también el filósofo Jeremy Bentham (1970, p. 307).

(Funk, 2005, p. 523). Por tanto, las normas expresivas tienen un efecto pedagógico (Drumbl, 2009, pp. 21-22).

Las normas expresivas se encuentran en todo el DIP (Stahn, 2020, p. 23). Por ejemplo, los crímenes de la CPI comunican valores claros y estigmatizan el comportamiento contrario en los términos más enérgicos posibles. El mejor ejemplo de esto es el genocidio. Existe una verdadera mística en torno al crimen que va mucho más allá del contenido del delito (Schabas, 2012, pp. 99-124). Incluso se argumenta que la expresividad es inseparable de la arquitectura del DIP (Aksenova, 2017, p. 478) y que es la forma más eficaz que este tiene para ejercer una influencia mundial (Sloane, 2007, pp. 69-71). Esta función expresiva también es un objetivo del ecocidio. El solo nombre lo deja claro: “ecocidio”, es una clara referencia al genocidio como el crimen supremo (Mührel, 2022, p. 327; Pezzot & Graf, 2022).<sup>20</sup> El efecto expresivo de las leyes es particularmente fuerte cuando son bien publicitadas y los valores que las sustentan son, al menos en términos generales, aceptados por la población (McAdams, 2000, p. 362). Este es el caso con el ecocidio. Los gobiernos, la UE, el Secretario General de la ONU, incluso el papa habla de ecocidio (Pezzot & Graf, 2022). Así que no hay ningún problema de publicidad. La aceptación básica también está ahí. Una mayoría en todo el mundo apoya una amplia gama de medidas de protección del clima y también está dispuesta a adaptar su propio comportamiento (OECD, 2022, pp. 20-21). Por lo tanto, el efecto expresivo del ecocidio puede considerarse bastante fuerte. Al estigmatizar los daños medioambientales extensos no como una simple violación de las normas, sino como uno de los peores crímenes internacionales, el ecocidio puede transformar ecológicamente los valores y comportamientos sociales (Kersting, 2021; Robinson, 2022, p. 318; Winter, 2023, pp. 4-5). Además, puede hacer hincapié en la responsabilidad compartida por los daños medioambientales causados por el cambio climático (Keenan, 2019, pp. 102-104); puede cambiar nuestra perspectiva sobre los comportamientos perjudiciales para el medio ambiente y, sobre todo, nuestro propio papel en el cambio climático. El cambio social resultante puede aportar una importante contribución a la lucha contra el cambio climático (Stahn, 2020, p. 52).

### **2. 3. La combinación de disuasión y expresividad**

Como ya hemos visto, las dos características mencionadas del DIP: la disuasión y la expresividad, son capaces de influir en el comportamiento de las personas. La disuasión impide directamente la comisión de delitos, mientras que la expresividad

<sup>20</sup> La referencia al genocidio en el nombre también se utiliza para otros delitos, como el feminicidio (Kersting, 2021); en este contexto, no es ninguna coincidencia que el IEP publicara su definición de ecocidio exactamente 75 años después de la apertura de los juicios de Núremberg.

persigue más el cambio social y fomenta el cumplimiento de las leyes del derecho penal. A continuación, veremos cómo interactúan entre sí estas dos funciones.

La psicología describe la tendencia humana a considerar apropiado cierto comportamiento cuando muchas personas se comportan de forma similar (Cialdini, 2009, pp. 97-109). Este principio se denomina principio de prueba social (Funk, 2005, p. 523; Roy, 2021, p. 238). Por ejemplo, es más probable que cruce un semáforo en rojo si otros hacen lo mismo que si todos los demás peatones se detienen. Esto puede explicarse expresivamente: está bien documentado empíricamente que las personas que se comportan respetuosamente de la ley califican los delitos como más graves que las personas que los han cometido (Figlio, 1975, p. 199; Levi & Jones, 1985, p. 244). Las personas que no consideran grave un delito también están menos dispuestas a sancionar socialmente su comisión (por ejemplo, con el desprecio). Esto significa que cuantas más personas cometan un delito, menor será la probabilidad de que se produzcan costos sociales asociados a él (Funk, 2005, pp. 524-525). Esto también se aplica al revés: cuantas menos personas cometen un delito, mayores son los costos sociales de cometerlo; más fuerte es el efecto expresivo de la norma.

Aquí es donde entra en juego la dinámica entre disuasión y expresividad del DIP. La inclusión y el robustecimiento de crímenes internacionales tiene un doble efecto. En primer lugar, se cometen menos delitos debido al efecto disuasorio. En segundo lugar, con la disminución de la actividad delictiva, también aumentan los costos sociales de cometer delitos y se refuerzan las normas sociales que los sustentan (Funk, 2005, p. 528). Así, la disuasión de la norma aumenta simultáneamente su función expresiva.

También existe otra dinámica. La disuasión durante un periodo de tiempo más largo puede conducir a la formación de hábitos que, por un lado, reduzcan los costos de cumplimiento de las normas y, por otro, puedan cambiar gradualmente los valores (Wittlin, 2011, pp. 426-427, citando a Ross, 1984, p. 8). Un ejemplo de esto es usar el cinturón de seguridad cuando se conduce un coche. Aunque la opinión social no haya cambiado inmediatamente, la rutina creada por la disuasión ha conseguido que abrocharse el cinturón sea ahora una norma social clara y firme. Wittlin (2011) llama a esta dinámica disuasión a largo plazo (p. 426).

### **3. Ecocentrismo c. antropocentrismo: En busca de un concepto básico de ecocidio**

Como hemos visto, la penalización del ecocidio debería apoyarse en un principio. Esto plantea la pregunta de cómo podría ser esa criminalización. Aquí no estoy proponiendo un delito específico, sino debatiendo el concepto básico.

Existen dos enfoques teóricos principales del ecocidio: un modelo ecocéntrico y otro antropocéntrico.

El ecocentrismo es una filosofía ecológica que reconoce valores y derechos intrínsecos no solo a los seres humanos, sino también a la naturaleza (Gagnon Thompson & Barton, 1994, p. 149). Estos valores y derechos son los mismos que los de los humanos, por lo que no existe una jerarquía de valores (Brown, 2018; Rendón Osorio, 2023, p. 344). Por lo tanto, todas las acciones relevantes para el medio ambiente deben tener en cuenta los intereses de la flora, la fauna, los ecosistemas e incluso los seres no vivos, como los ríos y las montañas (White, 2018, p. 342). El antropocentrismo, por el contrario, sostiene que el ser humano es el único portador de valores intrínsecos o, al menos, de valores superiores a los de la naturaleza no humana (Brown, 2018; Rendón Osorio, 2023, p. 343). Aunque el antropocentrismo priorice los intereses humanos sobre el entorno no humano, también puede expresar preocupación por el medio ambiente. Sin embargo, la motivación de la protección del medio ambiente responde a intereses humanos como la calidad de vida y la salud que dependen de la naturaleza (Gagnon Thompson & Barton, 1994, p. 149).

El IEP ha sido duramente criticado en la literatura por elegir un enfoque antropocéntrico en su definición de ecocidio (Kersting, 2021; Medlock & White, 2022; Rawal, 2022, p. 275; Winter, 2023, pp. 3, 8-25). En este contexto, por regla general, se hace hincapié con la mayor precisión posible en todos los elementos antropocéntricos de la definición, pero a menudo se justifica poco por qué es preferible un enfoque ecocéntrico.

### **3. 1. ¿Cuál es la posición del hombre?**

Cuando examinamos los daños medioambientales que constituyen ecocidio, nos damos cuenta rápidamente de que a menudo van de la mano de intereses humanos legítimos (Robinson, 2022, p. 324). Satisfacer incluso las necesidades más básicas, como la construcción de viviendas y el suministro de alimentos, conlleva significantes emisiones y daños medioambientales (Lazarus, 1995, p. 2422). Aunque los daños medioambientales tienen un costo para el medio ambiente, también pueden traer importantes beneficios sociales (Faure, 2006, p. 188).

Independientemente de si la contaminación ambiental puede prevenirse completamente,<sup>21</sup> surge la cuestión de si estas emisiones deben evitarse. En otras palabras: ¿debemos los seres humanos anteponer nuestros propios intereses a los del

21 La interacción humana con el medio ambiente siempre se caracteriza por las emisiones (Lazarus, 1995, p. 2422; Robinson, 2022, p. 333).

medio ambiente? La cuestión de cómo debe comportarse el ser humano con la naturaleza no humana es una cuestión ética. La ética, a su vez, es fundamentalmente antropocéntrica; los humanos debemos decidir por nosotros mismos cómo actuamos (Kirkham, 2024, p. 3). Además, el ser humano está en el centro de todas las grandes teorías éticas. Ya sea en la ética deontológica de Kant, en el utilitarismo o en la ética de la virtud de Aristóteles, los seres humanos siempre ocupan una posición especial en comparación con la naturaleza no humana. Esto también refleja nuestra experiencia de vida: intuitivamente nos diferenciamos de los demás seres vivos, por ejemplo, por nuestra inteligencia (Haslam & Loughnan, 2014, pp. 402-404). Aquí, miramos el mundo a través de una lente antropocéntrica. No solo nos vemos a nosotros como la corona de la creación, sino que la naturaleza también parece crear exactamente las condiciones que necesitamos para sobrevivir.<sup>22</sup> Por lo tanto, actuamos y vemos el mundo desde una perspectiva claramente humana (White, 2018, p. 354). La convicción ecocéntrica de que el ser humano no es más que un animal entre muchos y que sus intereses no son más importantes que los de los demás seres vivos y sistemas (Kopnina, 2013, p. 610) parece contrastar fuertemente con la realidad de nuestras vidas y nuestra percepción del mundo. En cambio, una visión antropocéntrica, que concede al ser humano un lugar especial en la naturaleza, está en armonía con nuestra percepción.

Otra ventaja del antropocentrismo es que incorpora un fuerte componente social a la protección del medio ambiente (Kopnina, 2016, p. 140). El DIA reconoce que diferentes Estados y actores pueden tener diferentes responsabilidades en la protección del medio ambiente.<sup>23</sup> Por ejemplo, el norte global tiene una mayor responsabilidad en la protección del medio ambiente debido a que sus emisiones históricamente han sido significativamente más altas que las del sur global, que no solo tiene emisiones históricas más bajas, sino que también puede tener peores condiciones tecnológicas para la protección del clima y el medio ambiente (Sands, 2000, p. 375). También es posible discutir sobre un interés legítimo en el desarrollo económico y el consiguiente aumento del nivel de vida en los países en desarrollo (Segger, 2013, p. 19). Este componente social de la protección del medio ambiente no desempeña ningún papel o solo uno muy subordinado en el ecocidio. Para el medio ambiente simplemente se aplica: daño es daño, independientemente de que haya sido causado por el norte o el sur global (Winter, 2023, p. 11). En cambio, el ecocentrismo se centra en la justicia entre especies y sistemas. Desde

22 Preston y Shin (2021) demuestran esta tendencia antropocéntrica en humanos en cinco estudios (pp. 944-954).

23 Ver el principio de responsabilidad común pero diferenciada.

esta perspectiva, no tiene sentido dividir a las personas en culpables e inocentes (Kopnina *et al.*, 2018, p. 117). En lugar de eso, se culpa a la humanidad como especie de su impacto medioambiental (Kopnina *et al.*, 2018, p. 118).<sup>24</sup> Sin embargo, esto ignora el hecho de que los factores socioeconómicos también tienen una gran influencia en los daños medioambientales causados por el hombre (Cushing *et al.*, 2015; Holland *et al.*, 2009).

### 3. 2. ¿Cuáles son los valores de la naturaleza?

Para criminalizar el ecocidio, primero hay que aclarar qué es exactamente el medio ambiente y, en particular, qué significa dañarlo. En el comentario a su propuesta de ecocidio, el IEP reconoce que no existe una definición internacional de medio ambiente, pero decidió definir él mismo el término debido a los requisitos del DIP.<sup>25</sup> Sin embargo, esta definición no es clara ni específica (Branch & Minkova, 2023, p. 61). Cada respuesta a la pregunta de qué es el medio ambiente y qué es el daño ambiental da una idea de cómo debería ser el medio ambiente (Branch & Minkova, 2023, p. 62). Así, se asignan ciertos valores al entorno.

#### 3. 2. 1. Falacia naturalista

La idea de que hay que dejar que los procesos naturales funcionen sin trabas suele esgrimirse para justificar una protección del medio ambiente centrada en la ecología (Kirkham, 2024, p. 2). Por ejemplo, se argumenta que el ser humano no tiene derecho a destruir el equilibrio ecológico del mundo (Watson, 1983, p. 245). “Una cosa está bien cuando tiende a preservar la integridad, la estabilidad y la belleza de la comunidad biótica y está mal cuando tiende a lo contrario” (Leopold, 1987, pp. 224-225).<sup>26</sup> Este argumento se basa en la fórmula: si x es natural, entonces x es correcto, bueno o recomendable (Sousa, 1980, p. 169). Sin embargo, aquí se trata de la llamada falacia naturalista: afirma que no se puede derivar un deber del ser (Hudson, 1969; Schnädelbach, 2012, p. 147). La propia naturaleza no nos da ninguna pauta normativa para distinguir entre uso legítimo e ilegítimo (Kirkham, 2024, p. 3). El hecho de que la naturaleza sea como es no significa que tengamos la responsabilidad de mantenerla así. Una propiedad fundamental de la naturaleza es la dinámica (White, 2018, p. 348). Los ecosistemas cambian, las especies animales surgen y vuelven a extinguirse. ¿Por qué habría de ser preferible la naturaleza en

24 Crítica a esto: Fletcher y Büscher (2016).

25 Define el medio ambiente como: la tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera, así como el espacio ultraterrestre —“the earth, its biosphere, cryosphere, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, as well as outer space” — (IEP, 2021).

26 “A thing is right when it tends to preserve the integrity, stability, and beauty of the biotic community. It is wrong when it tends otherwise.”

su estado actual a la de hace 1 000 o 100 000 años? ¿Por qué habría de ser preferible a la naturaleza en 100 años, sea cual sea su estado? Derivar un juicio normativo de esta instantánea aleatoria de la naturaleza es absurdo. Este argumento también pinta una imagen errónea de la naturaleza. La naturaleza se presenta como algo separado y alienado al ser humano (Kirkham, 2024, p. 3). Los seres humanos no forman parte de esta idea romántica de la naturaleza y, por lo tanto, sus influencias son antinaturales. Esta naturaleza “virgen” no existe ni ha existido desde hace miles de años (Boivin *et al.*, 2016, p. 6393). Por lo tanto, este argumento desconoce que los seres humanos forman parte de esta naturaleza y siempre la han moldeado.

### 3. 2. 2. Valores humanos

Como la naturaleza no nos da valores, tenemos que asignárselos nosotros mismos. Sin embargo, no somos capaces de otorgar a la naturaleza valores intrínsecos independientes del ser humano. Esto se debe a que nos vemos obligados a contemplar el mundo desde una perspectiva humana y a juzgarlo según criterios humanos (Gardiner & Thompson, 2015, p. 79). Por lo tanto, nuestras capacidades conceptuales están limitadas a nuestra especie (Gardiner & Thompson, 2015, p. 79). Simplemente no podemos pensar como un ciervo o un pez, y menos aún empatizar con las plantas o los ríos. Por lo tanto, no podemos saber si nuestras decisiones para proteger el medio ambiente sirven realmente a los intereses de otras especies y ecosistemas (Rogers & Maloney, 2014, p. 174); si siquiera llegamos a suponer que el medio ambiente puede tener intereses comparables a los de nosotros. Solo podemos hacer analogías y proyectar nuestros intereses en la naturaleza (Wandesforde-Smith, 2016, p. 187). Pero, ¿por qué deberíamos suponer que intereses humanos como la salud y la integridad son también relevantes para los ecosistemas? (Gardiner & Thompson, 2015, p. 85). Cualquier intento por asignar valores ecocéntricos al medio ambiente no solo es completamente arbitrario, sino antropocéntrico (Hayward, 1997, p. 56). Todos los valores humanos son valores humanos (Minteer, 2009).<sup>27</sup> Los valores que transferimos a la naturaleza no son intrínsecos, son valores e intereses humanos. Un valor del medio ambiente podría ser la diversidad, ya que tenemos interés en que el medio ambiente sea diverso y trasladamos este interés al medio ambiente como valor. Estos valores no son necesariamente instrumentales, sino que pueden ser estéticos, culturales, religiosos, etc.<sup>28</sup> Pero, en cualquier caso, son antropocéntricos.

27 “All human values are human values.”

28 Asignamos muchos valores no instrumentales diferentes al medio ambiente (di Paola, 2024, p. 5).

### 3. 3. 3. Discurso social

Además, no hay acuerdo sobre qué es el medio ambiente ni qué se entiende por daño medioambiental (Branch & Minkova, 2023, p. 61). Por ejemplo, un ecologista, un geomorfólogo y un indígena definen un río de forma completamente distinta (Medlock & White, 2022, p. 148). Nuestra percepción de la naturaleza nunca es objetiva, siempre está determinada por ciertas perspectivas culturales (Latour, 2004, pp. 32-41), por eso nuestra idea de la naturaleza cambia con el tiempo y varía según nuestro punto de vista (Lien & Law, 2011). También hay cuestiones sin resolver al margen de la definición de medio ambiente. Por un lado, es controvertido qué valores se asignan al medio ambiente; la complejidad, la diversidad, la integración y la mutabilidad, por ejemplo, entran en consideración (di Paola, 2024, p. 5). Por otro lado, tampoco está claro cómo se asignan exactamente estos valores. ¿Se centra la atención en especies concretas o en ecosistemas enteros? ¿Tienen también valor los organismos individuales y se aplica esto a todos los animales y plantas? (di Paola, 2024, pp. 5-6; Kopnina *et al.*, 2018, pp. 114-115; Medlock & White, 2022, p. 148; White, 2018, p. 349). Todas estas cuestiones son fundamentalmente ideológicas y políticas (White & Kramer, 2015, pp. 387-388). Así pues, cualquier enfoque de criminalización del ecocidio refuerza determinadas ideas sobre la naturaleza y el lugar del ser humano en ella y legitima los correspondientes estilos de vida. Al mismo tiempo, se deslegitiman e incluso criminalizan otras ideas y estilos de vida (Branch & Minkova, 2023, p. 64). Para encontrar una solución en este ámbito, es necesario un discurso social en el que se negocien los distintos enfoques y valores. Dado que el ecocentrismo busca los valores en la naturaleza más que en el ser humano,<sup>29</sup> argumenta con valores éticos fijos que no permiten el debate (Kirkham, 2024, p. 3). De este modo, los enfoques ecocéntricos ahogan el necesario debate social.

## 4. ¿Es la CPI el foro adecuado para el ecocidio?

Ahora que hemos aclarado si y cómo el ecocidio debe tipificarse como delito, la cuestión sigue siendo cuál es el foro adecuado para la criminalización. Dado que no existe un tribunal internacional ambiental en el que se pueda juzgar el ecocidio, la CPI es una solución obvia. Así, la incorporación del ecocidio en el Estatuto de Roma cuenta con un amplio apoyo en la literatura y la definición de ecocidio del IEP también se dirige a la CPI. Por lo tanto, a continuación, analizaremos si la CPI es realmente el foro adecuado para la criminalización del ecocidio.

29 Aunque ya hemos demostrado que incluso los valores "intrínsecos" de la naturaleza son valores humanos.

#### 4. 1. Responsabilidad penal individual

El DIP es un sistema jurídico basado en la responsabilidad penal individual (Sliedregt, 2012, p. 5). Este principio se desarrolló en los Juicios de Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial. El tribunal argumentó: “Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional” (Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal 1946, 1947).<sup>30</sup> La imposición de responsabilidad penal a los particulares fue el intento del tribunal de evitar que los autores de actos delictivos se escudaran en sus cargos oficiales para eludir un proceso penal (The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal, 1949).

La CPI sigue este enfoque al introducir la responsabilidad penal individual en el artículo 25 del Estatuto de Roma. Durante la Conferencia de Roma se debatió la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, pero estas propuestas fueron rechazadas (van Den Herik & Letnar Cernic, 2010, pp. 725-743). Incluso si fuese posible atribuir actos delictivos de Estados y organizaciones a individuos, la restricción de los posibles perpetradores a las personas físicas es una de las principales deficiencias de la responsabilidad penal individual (Palarczyk, 2023, p. 171). Por lo tanto, debemos preguntarnos si la limitación a la responsabilidad penal individual es compatible con los objetivos de incorporar el ecocidio al Estatuto de Roma.

#### 4. 2. Enjuiciamiento efectivo del ecocidio

La propuesta de un nuevo delito de ecocidio va acompañada de la esperanza de que este pueda desempeñar un papel importante en la lucha contra los delitos medioambientales. Como ya hemos visto, puede tener un efecto disuasorio y expresivo. La fuerte estigmatización causada por el ecocidio se ve respaldada por el hecho de que la CPI no precisa a todos los presuntos autores, sino solo a los máximos responsables. Este principio no está consagrado en el Estatuto de Roma —el artículo 1 solo se refiere a las “personas”—, pero se introdujo en el documento de política de 2003: “la Fiscalía debe centrar sus esfuerzos y recursos de investigación y enjuiciamiento en quienes tienen la mayor responsabilidad, como los líderes del Estado o de la organización presuntamente responsable de esos crímenes” (Paper

30 “Crimes against International Law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced.”

on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 2003, p. 7).<sup>31</sup> Esta práctica se confirmó, por ejemplo, en la decisión sobre la orden de arresto contra Thomas Lubanga (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, 2006, pp. 50-63). Por lo tanto, para saber si la responsabilidad penal individual tiene sentido en el caso del ecocidio, primero debemos analizar quiénes son los máximos responsables del delito.

Los productores industriales de CO<sub>2</sub> son responsables de la inmensa mayoría de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero (GEI) y, por tanto, son un objetivo predestinado para la persecución del ecocidio. Por un lado, las 90 empresas más grandes producen el 63 % de las emisiones mundiales de CO<sub>2</sub> y metano (Heede, 2014, p. 234); por otro, más de la mitad de las emisiones industriales de CO<sub>2</sub> se produjeron después de la creación del IPCC,<sup>32</sup> es decir, después de que se conociera científica y públicamente el cambio climático provocado por el hombre (Frumhoff *et al.*, 2015, p. 159; Palarczyk, 2023, p. 171).<sup>33</sup> En otras palabras, la mayor parte de las emisiones mundiales de GEI fueron causados por unas pocas empresas que disponían de conocimientos fiables sobre el efecto del CO<sub>2</sub> en el clima.

A partir de esto, parece lógico perseguir a esos *carbon majors* como máximos responsables del ecocidio. Desafortunadamente, son precisamente estos *carbon majors* quienes están fuera de la jurisdicción de la CPI. Como se ha explicado anteriormente, la CPI no puede enjuiciar a empresas como personas jurídicas. Esta falta de jurisdicción es un obstáculo importante para el enjuiciamiento efectivo del ecocidio (Pereira, 2020, p. 219). La única manera de exigir responsabilidades a estas empresas a través de la CPI es procesar a sus altos cargos. A primera vista, puede parecer una buena solución, ya que los CEO tienen cierto grado de control sobre su empresa y, por tanto, deberían poder responder por las acciones de esta. Sin embargo, a segunda vista, la responsabilidad individual por las acciones de las empresas puede ser muy problemática. Uno de los problemas de la responsabilidad individual es que a menudo los actores pueden esconderse detrás de sus empresas para eludir el proceso penal (Pereira, 2020, p. 219). Los CEO no cometen delitos medioambientales por sí mismos, sino a través de sus empresas. Por lo tanto, para exigirles responsabilidades, la CPI debe atribuirles los actos de la empresa.

31 “The Office of the Prosecutor should focus its investigative and prosecutorial efforts and resources on those who bear the greatest responsibility, such as the leaders of the State or organisation allegedly responsible for those who crimes.”

32 Intergovernmental Panel on Climate Change.

33 Discuto la responsabilidad asociada de los consumidores en D. I. 2.

#### 4. 2. 1. Posibilidades de atribución

Existen varias posibilidades de atribución en el Estatuto de Roma. En primer lugar, se podría pensar en una comisión conjunta de ecocidio en el seno de una empresa, de conformidad con el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma. La coautoría requiere dos o más autores que contribuyan significativamente al delito. Sus contribuciones al delito son mutuamente atribuibles, de modo que cada coautor es responsable de todo el delito (Elies, 2012, p. 99). Aunque no todos los autores tienen que estar implicados en la fase de ejecución del delito (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, 2007, 332), la coautoría se centra en la cooperación de los autores (Elies, 2012, p. 100). Esto significa que debe existir un plan común para cometer el delito; no basta con motivar a cometer el delito (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, 2007, 343-345). Este comportamiento de colaboración y responsabilidad mutuamente atribuible de empleados y directivos es casi inconcebible en una empresa jerárquica. Un plan común para cometer un delito entre delinquentes de igual rango no suele existir en tal relación de subordinación. También parece absurdo responsabilizar a los empleados corrientes de las acciones del director general. Por tanto, la coautoría no describe correctamente la dinámica de las empresas ni es adecuada para atribuir a los directores generales las acciones de su empresa.

Otra posibilidad es la autoría mediata, de conformidad con el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma según el cual los dirigentes pueden ser procesados si cometen el delito “por conducto de otro”. En el caso del ecocidio, la justificación más convincente de la autoría mediata es el dominio sobre la voluntad de los subordinados en las estructuras organizadas de poder (*Prosecutor v. Bemba Gombo*, 2008, 78). En el caso Katanga, se definieron los requisitos objetivos para esta forma de autoría mediata (*Prosecutor v. Katanga*, 2008, 512-516; 528-529; 537-539). Los factores decisivos son las fuertes relaciones jerárquicas en la organización y una estructura de poder que garantice el cumplimiento automático de las órdenes de los superiores (Olasolo, 2012, p. 103). El control sobre los subordinados es tan fuerte que ya no actúan de forma autónoma (Singhania, 2022). Dado que este tipo de estructuras de poder se encuentra principalmente en las organizaciones militares, esta autoría mediata se dirige a los altos dirigentes políticos y militares (Olasolo, 2012, p. 119). Aunque también puede haber jerarquías fuertes en las empresas, no existe un cumplimiento automático y heterónomo de las órdenes, especialmente en el caso de actos delictivos. Así, las órdenes directas de los superiores son atípicas en las empresas, más bien se delegan tareas y se da margen de maniobra a los empleados para su cumplimiento. Debido a esta autonomía de los empleados y directivos en todos los niveles jerárquicos, en las empresas no suelen cumplirse los

estrictos requisitos de la autoría mediata, especialmente el control por los superiores (Granik, 2015, p. 989). Por lo tanto, la autoría indirecta tampoco es adecuada para responsabilizar a los directores generales de las acciones de sus empresas.

Además, los dirigentes podrían ser considerados cómplices, encubridores o colaboradores de crímenes en virtud del artículo 25(3)(c) del Estatuto de Roma. Aquí, sin embargo, el estatuto establece un estándar de *mens rea* más alto (Ventura, 2020, pp. 1158-1164) y exige una acción “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”.<sup>34</sup> Esto va acompañado de importantes problemas prácticos (Plomp, 2014, p. 14). Así, es muy difícil probar este propósito en cuanto a la facilitación del delito, especialmente en empresas donde el beneficio económico suele ser el principal objetivo. Esto también descarta la complicidad u otro tipo de apoyo como medio eficaz para responsabilizar a los ejecutivos de la empresa.

El enfoque más prometedor para responsabilizar a los individuos de una empresa es la responsabilidad del superior (Singhania, 2022). La responsabilidad de los superiores civiles está regulada en el artículo 28(b) del Estatuto de Roma, el cual establece que un superior puede ser considerado penalmente responsable por los delitos cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo. Para ser responsable, el superior debe dejar de tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión del delito o para permitir que se castigue al subordinado.

La responsabilidad del superior como concepto jurídico se basa en el derecho militar (Bassiouni & Manikas, 1996, p. 346). Trasladar este concepto a los superiores civiles parece cuestionable, ya que las estructuras de mando militares y civiles no son comparables (Weigend, 2004, p. 1011). Las jerarquías en las empresas, especialmente en las corporaciones multinacionales, son mucho más complejas que en el ejército. Sin embargo, para poder condenar a los superiores civiles, las estructuras jerárquicas deben ser claramente reconocibles (van Den Heede, 2022, p. 444). Una diferencia clave entre la responsabilidad de los superiores militares y civiles es que estos últimos solo son responsables de los delitos que “guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo” (art. 28(b)(ii), Estatuto de Roma). Esta reiteración del requisito del control efectivo reconoce que los superiores civiles suelen tener menos control sobre sus subordinados que los

34 No está claro si el requisito de propósito de la acción del artículo 25(3)(c) del Estatuto de Roma sustituye o simplemente complementa el artículo 30. La complementación significaría que el propósito solo tiene que estar presente en relación con las acciones del participante, no en relación con las acciones del delincuente principal (Ventura, 2020, p. 1160). Sin embargo, dado que difícilmente puede imaginarse un caso en el que el participante actúe con el propósito de facilitar el delito sin que el propósito se extienda a la comisión del delito en sí, la discusión aquí es superflua.

mandos militares (Vries, 2023, p. 241). El control en las jerarquías civiles es menos estricto; por ejemplo, los superiores civiles no suelen tener las mismas posibilidades de sancionar a los subordinados que un jefe militar (Ambos, 2002, p. 840). Esta consideración de control en las jerarquías civiles es una buena forma de dar cuenta de las diferencias entre las organizaciones civiles y militares, pero también complica el seguimiento de los CEO y otros líderes civiles. Debido a las jerarquías desligadas en las empresas, cuanto más alto es el cargo del acusado en la empresa, más difíciles resultan los juicios (Parker, 2012, p. 23). Sin embargo, estos altos líderes son precisamente las personas con más probabilidades de ser los máximos responsables de los delitos de la empresa. Incluso si los altos directivos sintieran el riesgo de incurrir en responsabilidad, las empresas podrían adaptar sus estructuras jerárquicas para evitar que estas personas entren en el ámbito de la responsabilidad del superior (van den Heede, 2022, p. 445).

#### 4. 2. 2. Responsabilidad de las empresas

Una alternativa a la responsabilidad penal individual por ecocidio es un sistema de responsabilidad penal corporativa.<sup>35</sup> Pero, ¿sería eso mejor? A primera vista, la responsabilidad penal de las empresas no es una solución obvia. A diferencia de los particulares, simplemente no se puede encarcelar a las empresas. Aunque existe un considerable debate académico sobre si la responsabilidad penal corporativa es más eficaz que la responsabilidad civil de las empresas (Khanna, 1996), la responsabilidad de las empresas *per se* tiene algunas ventajas claras sobre la responsabilidad penal individual. Una ventaja es la pérdida de reputación que conlleva una condena penal, especialmente en casos de grandioso error corporativo (Khanna, 1996, p. 1509).<sup>36</sup> La publicidad internacional negativa que rodea a los procesos penales internacionales pone en peligro la reputación de la empresa. Esto aumenta el efecto disuasorio del delito, ya que es más probable que las empresas cambien su comportamiento si su reputación se ve afectada que si “solo” sus dirigentes están en peligro (Aparac, 2020). Esto se debe a que la pérdida de reputación va unida a los daños económicos (Haslem *et al.*, 2017, pp. 327-329). Otra ventaja es que la responsabilidad corporativa evitaría los problemas ya comentados de la responsabilidad del superior. No en vano, la responsabilidad del superior se considera una de las teorías de responsabilidad más complejas del derecho internacional (Elies, 2012,

35 Con ello no se pretende sustituir la responsabilidad penal individual, sino complementarla (en favor, por ejemplo, Scarpello *et al.*, 2021).

36 “Grandiose corporate wrong.”

p. 209).<sup>37</sup> Así pues, basarse en la responsabilidad penal de las empresas puede facilitar los casos de ecocidio y dar lugar a condenas más eficaces.

### 4. 3. Narrativas abreviadas

La insuficiente eficacia en el enjuiciamiento de los responsables de ecocidio no es el único argumento contra la responsabilidad penal individual. La CPI ha sido criticada durante mucho tiempo por producir narrativas abreviadas sobre las causas, la dinámica y los autores de crímenes masivos, que resultan de su énfasis en la acción individual (Branch & Minkova, 2023, pp. 67-77).

Los crímenes internacionales no pueden reducirse ni a causas exclusivamente estructurales ni a causas exclusivamente individuales. Solo la combinación de motivos individuales y condiciones estructurales subyacentes puede producir los peores crímenes internacionales (Neubacher, 2005, pp. 241-246). Los desencadenantes estructurales son, por ejemplo, la concentración de poder, la deshumanización, las situaciones de conflicto social y la distribución asimétrica de los recursos (Khakzad, 2015, pp. 36-53).

Las causas estructurales desempeñan un papel aún más decisivo en el ecocidio que en otros crímenes internacionales. En 2019, el 34 % de las emisiones antropogénicas de GEI procedieron del sector energético, el 24 % de la industria y el 22 % de la agricultura, la silvicultura y otros usos del suelo (IPCC, 2022, p. 12). Gran parte de estas emisiones se deben a nuestra cultura consumista. Por tanto, para combatir el cambio climático es necesario un cambio social a gran escala. Como dice Darryl Robinson (2022): “Necesitamos un doloroso replanteamiento de las actuales actitudes consumistas y de los actuales niveles de vida. Necesitamos reformas de gran alcance en nuestras sociedades, culturas y tecnologías para hacer la transición hacia una existencia humana verdaderamente sostenible” (p. 334).<sup>38</sup> La responsabilidad penal individual por ecocidio contradiría el compromiso con el cambio social. Quita la responsabilidad del cambio climático de las causas estructurales y sociales y la atribuye al comportamiento individual. Así, la responsabilidad penal individual responsabiliza a unos pocos de los actos de las masas condenando a los “máximos responsables” pero ignorando las condiciones subyacentes (Bikundo, 2012, p. 32). Esto no solo ignora la complejidad de la dinámica del cambio climático, sino que también puede ser perjudicial para la protección del clima. Al condenar y estigmatizar únicamente a los máximos responsables, la CPI legitima otro tipo de

37 “One of the most complex liability theories in international law.”

38 “We need painful rethinking of current consumerist attitudes and current standards of living. We need far-reaching reforms in our societies, cultures, and technologies in order to transition to a truly sustainable human existence.”

daños medioambientales, en particular la preservación de las mismas estructuras que han contribuido ampliamente al cambio climático (Nesiah, 2016, pp. 212-213). Si la CPI dice que solo los peores criminales tienen la culpa del cambio climático, eso debe significar que se acepta mi propio comportamiento. En otras palabras, la culpabilidad individualizada puede contribuir al mito de la inocencia colectiva (Fletcher & Weinstein, 2002, p. 580).

El derecho penal puede contribuir a evitar nuevos daños medioambientales y contribuciones al cambio climático mediante la disuasión y la expresividad. Para ello, sin embargo, debe comunicar quién es responsable de estas contribuciones. Como hemos visto, la responsabilidad penal individual solo ofrece una imagen abreviada de la responsabilidad. Esto podría llevar a legitimar daños medioambientales que están fuera del radar. Por lo tanto, es importante ampliar el alcance de la responsabilidad por ecocidio.

## 5. Aplicación selectiva de la CPI

Una de las esperanzas asociadas a la incorporación del ecocidio en el Estatuto de Roma es que los procesos no solo protejan el clima, para impedir nuevos daños climáticos, sino que decolonicen el DIP, para poner de relieve los crímenes medioambientales de los poderosos (Mührel, 2022, p. 338). Esto incluye la condena de altos cargos de empresas que operan en el norte global y de empresas transnacionales que explotan recursos naturales en el sur global (Branch & Minkova, 2023, pp. 69-70).

La acusación de colonialismo a la CPI va de la mano de la crítica a su aplicación selectiva (Cárdenas Rodríguez *et al.*, 2021). Las investigaciones y los juicios de la CPI se centran principalmente y, según algunos autores, exclusivamente (Bikundo, 2012, p. 27) en los crímenes cometidos en África por africanos. Así, ninguna persona del norte global ha sido condenada por la CPI (Branch & Minkova, 2023, p. 69). Los Estados africanos y la Asamblea de la Unión Africana ya han expresado su descontento con esta práctica y con la CPI en su conjunto a través de diversos canales (Nyawo, 2017, p. 93).

Pero incluso al margen de la acusación de colonialismo, la CPI parece seguir en gran medida las líneas del poder político. A continuación, analizaremos las razones de la aplicación selectiva de la CPI y mostraremos cómo puede influir en la persecución efectiva del ecocidio.

La CPI tiene tres maneras de obtener jurisdicción sobre una situación, establecidas en el artículo 13 del Estatuto de Roma: la remisión de una situación por un Estado Parte, la remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU y la investigación

*proprio motu* por el Fiscal de la CPI. Cada uno de estos tres mecanismos favorece la aplicación selectiva observada.

### **5. 1. Remisión por un Estado Parte**

La remisión de una situación por un Estado Parte se rige por el artículo 14 del Estatuto de Roma. Establece que cualquier Estado Parte puede remitir una situación al Fiscal y pedir una investigación. El Estatuto de Roma no distingue entre distintas formas de remisión, pero en la práctica han surgido dos grupos: la remisión por un tercer Estado Parte y la autorremisión (Nakashidze, 2022).

Las autorremisiones son susceptibles de ser utilizadas para intereses políticos. En las investigaciones de situaciones autorremitidas, por ejemplo, en Uganda y la República Democrática del Congo, el Fiscal se centró en los principales miembros de movimientos rebeldes y oposiciones políticas (Branch & Minkova, 2023, pp. 68-69). Los sujetos de estas investigaciones, en general, están unidos por la falta de respaldo político de los Estados africanos o de las potencias occidentales (Branch & Minkova, 2023, p. 69). En otras palabras, los gobiernos utilizan las investigaciones de la CPI como instrumento para perseguir y silenciar a la oposición política. Esta percepción de parcialidad y aplicación selectiva se vio reforzada por la situación de Uganda, cuando el presidente, Yoweri Museveni, y el Fiscal de la CPI, Moreno Ocampo, aparecieron juntos en una conferencia de prensa durante el anuncio de la remisión (Nyawo, 2017, p. 121). Además, no se ha emitido ni una sola orden de arresto contra miembros de las Uganda Peoples' Defence Forces (Nyawo, 2017, p. 121), a pesar de que varios informes demuestran que estas, en el norte de Uganda, han violado el DIP (Human Rights Watch, 2005). Asimismo, las autorremisiones no se utilizan para procesar a personas que ocupan actualmente posiciones de poder, ya que son precisamente estas personas las que remiten la situación a la CPI. Como hemos visto, tienden a dirigirse contra la oposición política.

Pero, ¿qué hay de las remisiones de terceros Estados Parte? Los Estados Parte también pueden remitir la situación de otro Estado Parte al Fiscal, lo que a primera vista evita los problemas de abuso de poder. En primer lugar, es muy poco probable que los aliados políticos utilicen este mecanismo entre sí, ya que se consideraría un acto hostil. Pero incluso aparte de los aliados políticos, las consecuencias de las remisiones de terceros Estados Parte en las relaciones internacionales y diplomáticas entre los Estados afectados son considerables (Schabas, 2017, p. 159). Esta es la razón por la que las acciones interestatales rara vez se utilicen en el derecho internacional y, si se utilizan, normalmente solo se emplean contra Estados con los que ya existe un conflicto grave (Nyawo, 2017, p. 108; Piernas López, 2015, p. 328). Así,

incluso las remisiones de terceros Estados Parte solo se utilizan de forma selectiva para atacar a los opositores políticos o proteger a los aliados.

## **5. 2. Remisión por el Consejo de Seguridad de la ONU**

La segunda vía por la que la CPI adquiere competencia sobre una situación es a través del Consejo de Seguridad de la ONU. El papel del Consejo de Seguridad en la CPI fue muy criticado no solo por los Estados africanos, sino también por la India, entre otros, ya que se temía que esta se viera influida políticamente como consecuencia de ello (Nyawo, 2017, pp. 102-103).<sup>39</sup> Primero, queremos analizar si las remisiones del Consejo de Seguridad también contribuyen a la aplicación selectiva de la CPI. Aunque este es la autoridad internacional encargada de mantener la paz y la seguridad, no hay pruebas consistentes de que logre dicho objetivo. Por el contrario, los cinco miembros permanentes protegieron a algunos de los peores criminales del mundo durante la Guerra Fría (Nyawo, 2017, p. 105). Además, estos pueden utilizar su derecho de veto para evitar que el Consejo de Seguridad remita cualquier situación indeseable. Así, Rusia ejerció su derecho de veto 14 y China 8 veces para impedir una resolución del Consejo de Seguridad sobre Siria (Security Council Report, 2024). Los Estados Unidos han utilizado su derecho de veto un total de 84 veces, la mayoría para bloquear resoluciones contrarias a los intereses de su aliado Israel. Sin embargo, la influencia del derecho de veto va más allá de su uso real. Ya la mera amenaza de veto puede debilitar las resoluciones o impedir las por completo.<sup>40</sup>

Esta selectividad en favor de los miembros permanentes es especialmente grave, ya que estos cinco Estados y sus aliados se ven implicados con mayor frecuencia en conflictos internacionales.<sup>41</sup> Además, tres de los cinco miembros permanentes —los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia— son potencias occidentales, lo que significa que ellos y sus aliados siempre pueden ejercer una fuerte influencia en las decisiones del Consejo de Seguridad. La misma influencia falta al sur global, que no está representado en absoluto entre los miembros permanentes. Por lo tanto, está claro que las remisiones del Consejo de Seguridad de la ONU también están sujetas a una aplicación selectiva en favor de los poderosos (y mayoritariamente occidentales) miembros permanentes y, de nuevo, en detrimento del sur global.

39 Más adelante hablaremos de la influencia del Consejo de Seguridad, en particular de sus miembros permanentes, en las investigaciones de la CPI.

40 Ver la influencia del inminente veto de China en la situación de Darfur (Trahan, 2020, pp. 302-342).

41 En la guerra de Afganistán (2001-2021), la guerra de Iraq (2003-2011) y, por supuesto, la guerra de Ucrania (2022-hoy), por citar algunas.

### 5. 3. Investigación *proprio motu*

El último mecanismo de la CPI para obtener jurisdicción sobre una determinada situación es la investigación *proprio motu* del Fiscal con arreglo al artículo 15 del Estatuto de Roma. Al tratarse del único mecanismo sin participación directa de Estados, uno podría esperar que las investigaciones *proprio motu* estén menos sujetas a la influencia política y, por lo tanto, sean menos selectivas. Sin embargo, el Fiscal depende de la participación del Estado para llevar a cabo sus investigaciones. Como resultado, parece que el Fiscal es reacio a utilizar sus poderes *proprio motu* por temor a perder la necesaria cooperación de los Estados implicados (Nyawo, 2017, p. 84). Esta vacilación se ve reforzada en la relación con los Estados poderosos, cuya aceptación de la corte influye considerablemente en su relevancia internacional. Un ejemplo de ello es la acción militar del Reino Unido en Iraq. Aunque el Fiscal encontró una base razonable para creer que se habían cometido crímenes de la competencia de la CPI, no inició una investigación porque los crímenes no alcanzaban el nivel de gravedad requerido (Office of the Prosecutor, 2006). Sin embargo, esto parece ser principalmente una justificación de la decisión política de no investigar las acusaciones de atrocidades por parte del ejército británico (Schabas, 2008, p. 21). Esta impresión se vio reforzada por la publicación de documentos de WikiLeaks que sugieren que el Fiscal de la CPI quería deshacerse de los problemas de Iraq en lugar de iniciar investigaciones (Schabas, 2012, p. 86).

Otro ejemplo de ello es la situación en Afganistán. La Sala de Cuestiones Preliminares consideró que la Fiscal jefe tenía base suficiente para creer que el ejército estadounidense, la CIA, los talibanes y las Fuerzas de Seguridad Nacional afganas habían cometido crímenes relevantes para la CPI. Sin embargo, rechazó la solicitud de investigación por el “interés de la justicia” (art. 53(1)(c), Estatuto de Roma). Entre otros, temía no recibir la cooperación necesaria de los actores pertinentes y crear hostilidad hacia el tribunal, lo que podría afectar negativamente su trabajo (Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, 2019, pp. 87-96). Luis Moreno Ocampo, primer Fiscal jefe de la CPI, quien también llevó a cabo el examen preliminar de la situación en Afganistán, criticó a los jueces por utilizar erróneamente el “interés de la justicia” como criterio en esta decisión, pues sustituyeron las normas jurídicas por sus opiniones políticas (Ocampo, 2022, p. 424). No parece descabellado que en esta decisión haya influido la amenaza de los EE. UU. de denegar visados a los implicados en dicha investigación (Rona, 2019). Pero incluso si no fuera así, esta decisión parece ser la admisión por parte de la CPI de

que el enjuiciamiento de Estados poderosos por su parte está condenado al fracaso desde el principio (Whiting, 2019).<sup>42</sup>

El Fiscal apeló, y el 5 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones revocó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares y autorizó a la Fiscalía a iniciar investigaciones en Afganistán. En respuesta, los Estados Unidos sancionaron a dos funcionarios de la CPI, incluida la Fiscal jefe, Fatou Bensouda. Entre otras cosas, esto dio lugar a la congelación de activos, la prevención de transacciones con las personas sancionadas y la amenaza de nuevas sanciones para personas que prestan apoyo material (Anderson, 2020). En este contexto, no es sorprendente que el siguiente Fiscal jefe de la CPI, Karim A. A. Khan, dejara fuera todos los posibles crímenes cometidos por los EE. UU. y sus aliados en la investigación de la situación en Afganistán (Khan, 2021).

Cabe señalar que al evitar conflictos con las principales potencias mundiales, como el Reino Unido, los EE. UU. y Rusia (hasta la guerra con Ucrania), al no iniciar investigaciones *proprio motu* contra ellos, la CPI ha mantenido su importancia en el DIP y su aceptación, al menos en el norte global. Sin embargo, esta práctica es otro ejemplo perfecto de la aplicación selectiva de la CPI en favor de las grandes potencias mundiales.

## 6. Consecuencias para el ecocidio

Por último, debemos preguntarnos qué implicaciones tienen nuestras conclusiones sobre la aplicación selectiva de la CPI y la responsabilidad penal individual para la introducción del ecocidio. Este delito está vinculado a la esperanza de que la CPI abandone por fin su doble rasero persiguiendo los daños medioambientales causados por empresas occidentales en África, por ejemplo (Carpenter, 2021). Sin embargo, no hay garantías, ni siquiera indicios, de que la CPI consiga evitar su aplicación selectiva en el enjuiciamiento del ecocidio, ya que estaría sujeta a la misma presión para ceder ante los Estados, especialmente las potencias mundiales (Branch & Minkova, 2023, p. 70). Es mucho más probable que la CPI traslade sus procesos selectivos al ecocidio, con lo que dañará aún más su reputación y legitimidad. Esto es particularmente grave porque uno de los rasgos esenciales del ecocidio es su carácter inseparable del poder y de la autoridad política y social significativa (Medlock & White, 2022, p. 153). Sin embargo, como hemos visto, la CPI rara vez o nunca procesa a las personas que ocupan estos cargos, tanto a escala mundial (el

<sup>42</sup> “If it is true that the Court can only succeed where it has international support, doesn’t that mean that it will often be unable to proceed against powerful states, whether they are States Parties or non-States Parties? Probably yes.”

norte global) como regional (los gobernantes estatales). De este modo, al perseguir el ecocidio, la CPI podría centrar sus investigaciones en los dirigentes políticos y empresariales pequeños y locales, en lugar de apuntar a los grandes actores industriales extranjeros (Branch & Minkova, 2023, p. 71). En estas condiciones, cabe preguntarse si los autores de daños medioambientales de los países industrializados serían siquiera enjuiciados (Werle & Jeßberger, 2020, p. 116). Sin embargo, estos son los “máximos responsables” de los ecocidios y, por lo tanto, deberían ser el objetivo real de la CPI. Además, también se reduce la protección del medio ambiente, ya que el efecto expresivo y disuasorio del DIP se limita así a actores locales y, desde una perspectiva global, insignificantes, dejando fuera a los autores de los mayores daños ambientales. Todo ello llevaría a un enjuiciamiento por ecocidio que ni protege verdaderamente el medio ambiente ni responde a las críticas sobre la selectividad de la CPI.

Así pues, la CPI en su forma actual no es el foro adecuado para enjuiciar de manera eficaz y justa el ecocidio y, por lo tanto, no puede utilizarse como el instrumento deseado para la protección del medio ambiente. Por el contrario, incorporar el ecocidio al Estatuto de Roma alimentaría sus críticas y dañaría aún más su credibilidad y reputación.

## **7. Solución propuesta: La declaración de ecocidio**

Pero si la CPI, en su forma y práctica actual, desaparece como foro más obvio, ¿qué alternativas existen para criminalizar el ecocidio? Esta pregunta va mucho más allá del alcance de este ensayo. No obstante, me gustaría considerar brevemente algunas posibilidades: dos opciones son la creación de un tribunal internacional ambiental (Aditi & Charu, 2021, p. 633; Dehan, 1992; Hey, 2000; Pedersen, 2012) o una convención sobre ecocidio (Falk, 2014; Serra Palao, 2020). Estos dos instrumentos podrían adaptarse específicamente al ecocidio y, por lo tanto, enfocar la criminalización de forma más flexible de lo que es posible incorporándola al Estatuto de Roma. Sin embargo, la creación de tales tratados e instituciones es un proceso que lleva mucho tiempo (Ahmed & Mustofa, 2016, p. 7; Dupuy, 1991, p. 431). En cambio, para proteger eficazmente el clima y el medio ambiente, debemos actuar ahora mismo.

La formulación de una declaración de ecocidio es, por ello, una alternativa interesante. Dado que las declaraciones, a diferencia de los acuerdos internacionales, no dependen de la ratificación de los Estados, pueden influir más rápidamente en el comportamiento de estos (Ahmed & Mustofa, 2016, p. 8). Además, las declaraciones como *soft law* no son jurídicamente vinculantes. Esto significa que los

“costos de contratación” son menores, lo que facilita que los Estados se sumen a las declaraciones al no tener que temer responsabilidades (Abbott & Snidal, 2000, pp. 434-436).

A primera vista, esta solución parece menos ambiciosa que la penalización en el Estatuto de Roma o en una convención sobre ecocidio, pero el *soft law* también puede ser un instrumento muy eficaz en el derecho internacional. Por ejemplo, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, que tampoco es jurídicamente vinculante, fue el detonante de un inmenso desarrollo del DIA, que ha llevado a la creación, ratificación y aplicación de una amplia gama de instrumentos jurídicos y documentos de política a nivel nacional e internacional (Atapattu, 2012, pp. 200-201). Incluso, fuera del ámbito jurídico, el *soft law* desempeña un papel importante, al influir en las decisiones políticas (Ahmed & Mustofa, 2016, p. 10; Dupuy, 1991, p. 429). De este modo, puede impulsar el cambio social necesario para la protección del medio ambiente y el clima.

Otra ventaja es que el *soft law* destaca en términos de coordinación y armonización a nivel internacional (Guzman & Meyer, 2010, pp. 188-192). Esto es crucial para el ecocidio. Por ejemplo, una declaración de ecocidio puede proporcionar las definiciones necesarias de medio ambiente y daño medioambiental, así como debatir cuestiones sobre el daño medioambiental socialmente aceptable.

Ciertamente, una declaración no vinculante sobre ecocidio no tiene el mismo efecto disuasorio y expresivo que la incorporación del ecocidio en la CPI (Guzman & Meyer, 2010, p. 196). No obstante, la elaboración de una declaración no significa que tengamos que prescindir de otros instrumentos jurídicamente vinculantes. Por el contrario, el *soft law* suele tenerse en cuenta en la creación del derecho vinculante y puede diseñarse para que encaje perfectamente en los acuerdos internacionales (Ahmed & Mustofa, 2016, p. 14; Dupuy, 1991, p. 429). Así, el *soft law* constituye una parte importante del derecho vinculante de mañana (Dupuy, 1991, p. 433).

Por lo tanto, una declaración de ecocidio puede ser un medio para influir directamente en la política y la práctica de los Estados y allanar el camino para instrumentos jurídicamente vinculantes como una convención de ecocidio o la implementación del ecocidio en una CPI reformada.

## 8. Resultado

Resumamos nuestras conclusiones. Primero, hemos demostrado que, aunque la armonización del DIA y DIP no está exenta de problemas, existen formas de diseñar el ecocidio de manera que cumpla los requisitos del DIP sin perder por completo el ámbito discrecional típico del DIA. Vale la pena buscar aquí una solución, ya que

el ecocidio no solo puede evitar daños medioambientales por su efecto disuasorio y expresivo, sino que también puede contribuir al cambio social. Nos dimos cuenta de que un enfoque antropocéntrico es preferible para la criminalización del ecocidio debido a nuestras limitaciones conceptuales y a la realidad de nuestras vidas, así como a la posibilidad de llevar a cabo importantes debates sociales. Por último, hemos demostrado que la CPI no es el foro adecuado para la criminalización del ecocidio. La responsabilidad penal individual no es el enfoque adecuado para perseguir el ecocidio. Además, existe un gran peligro de que la CPI traslade su aplicación selectiva al ecocidio y frustre así las esperanzas depositadas en el crimen. Una alternativa es la creación de una declaración de ecocidio. Esta podría cambiar rápida y eficazmente el comportamiento ecológico de los Estados y allanar el camino para la creación de instrumentos jurídicamente vinculantes en el DIP.

## Referencias

### Doctrina

- Abbott, K. W., & Snidal, D. (2000). Hard and soft law in international governance. *International Organization*, 54(3), 421-456. <https://doi.org/10.1162/002081800551280>
- Aditi, J., & Charu, S. (2021). Ecocide: A new international crime. *Jus Corpus Law Journal*, 2(2), 627-634. <https://www.juscorpus.com/wp-content/uploads/2022/02/119.-Aditi-Jain.pdf>
- Ahmed, A., & Mustofa, J. (2016). Role of soft law in environmental protection: An overview. *Global Journal of Politics and Law Research*, 4(2), 1-18. <https://doi.org/10.37745/gjplr.2013>
- Aksenova, M. (2017). Symbolism as a constraint on international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, 30(2), 475-499. <https://doi.org/10.1017/S0922156516000741>
- Ambos, K. (2002). Superior Responsibility. En A. Cassese; P. Gaeta, J. R. W. D. Jones (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary* (Vol. 3, pp. 823-872). Oxford. <https://doi.org/10.1093/law/9780198298625.001.0001>
- Anderson, H. S. (2 de septiembre 2020). Why them? On the U.S. sanctions against International Criminal Court officials. *Just Security*. <https://www.justsecurity.org/72275/why-them-on-the-u-s-sanctions-against-intl-criminal-court-officials/>

- Aparac, J. (6 de abril, 2020). ICL and environmental protection symposium: International criminal courts as potential jurisdiction for corporate responsibility for environmental crimes (Part II). *OpinioJuris*. <http://opiniojuris.org/2020/06/04/icl-and-environmental-protection-symposium-international-criminal-courts-as-potential-jurisdiction-for-corporate-responsibility-for-environmental-crimes-part-ii/>
- Atapattu, S. (2012). International environmental law and soft law: A new direction or a contradiction? En C. M. Bailliet (Ed.), *Non-state actors, soft law and protective regimes: From the margins* (pp. 200-226). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139134989.013>
- Baker, S. (2015). Sustainable development. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203121177>
- Bassiouni, M. C., & Manikas, P. (1996). *The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Transnational Publishers.
- Baste, I. A., & Watson, R. T. (Eds.). (2021). *Making peace with nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*. United Nations Environment Programme. <https://www.unep.org/resources/making-peace-nature>
- Bentham, J. (1970). *An introduction to the principles of morals and legislation* (J. H. Burns & H. L. A. Hart, Eds.). Athlone P.
- Bikundo, E. (2012). The International Criminal Court and Africa: Exemplary justice. *Law and Critique*, 23(1), 21-41. <https://doi.org/10.1007/s10978-011-9094-1>
- Boivin, N. L., Zeder, M. A., Fuller, D. Q., Crowther, A., Larson, G., Erlandson, J. M., Denham, T., & Petraglia, M. D. (2016). Ecological consequences of human niche construction: Examining long-term anthropogenic shaping of global species distributions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 113(23), 6388-6396. <https://doi.org/10.1073/pnas.1525200113>
- Branch, A., & Minkova, L. (2023). Ecocide, the Anthropocene, and the International Criminal Court. *Ethics & International Affairs*, 37(1), 51-79. <https://doi.org/10.1017/S0892679423000059>
- Brickey, K. F. (1996). Environmental crime at the crossroads: the intersection of environmental and criminal law theory. *Tulane Law Review*, 71(2), 487-507.

- Camproux Duffrène, M.-P., & Jaworski, V. (2021). *Legal paradigm shifts for a new environmental law*. Greens/European Free Alliance. <https://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/1/7036>
- Cárdenas Rodríguez, L. C., Pontón Serra, J. P., Prieto-Ríos, E., & Suárez Vargas, D. (2021). La perspectiva del poscolonialismo y el sur global. En H. Olásolo Alonso, M. I. Urueña-Sánchez, & Andrés Sánchez Sarmiento (Coords.) *La función de la Corte Penal Internacional: visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinar*. Tirant lo Blanch.
- Carpenter, C. (13 de julio, 2021). How the inclusion of ecocide among the Rome Statute's crimes could counter neo-colonial criticisms. *Jus Cogens: The International Law Podcast & Blog*. <https://juscogens.law.blog/2021/07/13/how-the-inclusion-of-ecocide-among-the-rome-statutes-crimes-could-counter-neo-colonial-criticisms/>
- Cialdini, R. B. (2009). *Influence: Science and practice*. HarperCollins ebooks.
- Cooter, R. (1998). Expressive law and economics. *The Journal of Legal Studies*, 27(S2), 585-607. <https://doi.org/10.1086/468036>
- Cooter, R. (2000). Three effects of social norms on law: Expression, deterrence, and internalization. *Oregon Law Review*, 79(1), 1-22. <http://hdl.handle.net/1794/4465>
- Cronin-Furman, K. (2013). Managing expectations: International criminal trials and the prospects for deterrence of mass atrocity. *International Journal of Transitional Justice*, 7(3), 434-454. <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijt016>
- Cushing, L., Morello-Frosch, R., Wander, M., & Pastor, M. (2015). The haves, the have-nots, and the health of everyone: The relationship between social inequality and environmental quality. *Annual Review of Public Health*, 36(1), 193-209. <https://doi.org/10.1146/annurev-publhealth-031914-122646>
- de Paor, R. (2020). Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 36, 289-325. <https://doi.org/10.15581/010.36.289-325>
- Dehan, A. E. (1992). An international environmental court: Should there be one. *Touro Journal of Transnational Law*, 3, 31-58.

- Di Paola, M. (2024). Virtue, environmental ethics, nonhuman values, and anthropocentrism. *Philosophies*, 9(1), 15. <https://doi.org/10.3390/philosophies9010015>
- Dosio, A., Mentaschi, L., Fischer, E. M., & Wyser, K. (2018). Extreme heat waves under 1.5 °C and 2 °C global warming. *Environmental Research Letters*, 13(5), 054006. <https://doi.org/10.1088/1748-9326/aab827>
- Drumbl, M. A. (2009). *Accountability for property crimes and environmental war crimes: Prosecution, litigation, and development*. International Center for transitional justice. <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Development-PropertyCrimes-FullPaper-2009-English.pdf>
- Dupuy, P.-M. (1991). Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of International Law*, 12(2), 420-435. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss2/4>
- Elies, V. S. (2012). *Individual criminal responsibility in international law* (Vol. 1). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199560363.001.0001>
- Falk, R. A. (2014). *A global approach to national policy*. Harvard University Press.
- Faure, M. (2006). Towards a new model of criminalization of environmental pollution: the case of Indonesia. En M. Faure & N. Niessen (Eds.), *Environmental Law in Development*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781847202918.00013>
- Figlio, R. M. (1975). The seriousness of offenses: An evaluation by offenders and nonoffenders. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 66(2), 189. <https://doi.org/10.2307/1142782>
- Fletcher, L. E., & Weinstein, H. M. (2002). Violence and social repair: Rethinking the contribution of justice to reconciliation. *Human Rights Quarterly*, 24(3), 573-639. <https://doi.org/10.1353/hrq.2002.0033>
- Fletcher, R., & Büscher, B. (2016). *Why E O Wilson is wrong about how to save the Earth*. Aeon. <https://aeon.co/ideas/why-e-o-wilson-is-wrong-about-how-to-save-the-earth>

- Florio, M. E. (2023). Struggle in favour of a criminal Law as an 'ultima ratio'. Critical observations on the criminalisation obligations arising from the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the principle of subsidiarity. *European Criminal Law Review*, 13(2), 135-164. <https://doi.org/10.5771/2193-5505-2023-2-135>
- Frumhoff, P. C., Heede, R., & Oreskes, N. (2015). The climate responsibilities of industrial carbon producers. *Climatic Change*, 132(2), 157-171. <https://doi.org/10.1007/s10584-015-1472-5>
- Funk, P. (2005). Governmental Action, Social Norms, and Criminal Behavior. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161(3), 522. <https://doi.org/10.1628/093245605774259363>
- Gagnon Thompson, S. C., & Barton, M. A. (1994). Ecocentric and anthropocentric attitudes toward the environment. *Journal of Environmental Psychology*, 14(2), 149-157. [https://doi.org/10.1016/S0272-4944\(05\)80168-9](https://doi.org/10.1016/S0272-4944(05)80168-9)
- Gardiner, S. M., & Thompson, A. (Eds.). (2015). *The Oxford handbook of environmental ethics*. Oxford University Press.
- Gärditz, K. F. (2016). Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz. *JuristenZeitung*, 71(13), 641. <https://www.jstor.org/stable/24768420>
- Gillett, M. (2022). *Prosecuting environmental harm before the International Criminal Court*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009070027>
- Glasgow, J. (2015). The expressivist theory of punishment defended. *Law and Philosophy*, 34(6), 601-631. <https://doi.org/10.1007/s10982-015-9235-z>
- Granik, M. (2015). Indirect perpetration theory: A defence. *Leiden Journal of International Law*, 28(4), 977-992. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000540>
- Guzman, A., & Meyer, T. (2010). International soft law. *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 171-225. [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/4207](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/4207)
- Haffke, B. (2001). Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik. En B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, & H.-J. Rudolphi (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (pp. 955-976). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110877021.955>

- Haslam, N., & Loughnan, S. (2014). Dehumanization and infrahumanization. *Annual Review of Psychology*, 65(1), 399-423. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010213-115045>
- Haslem, B., Hutton, I., & Smith, A. H. (2017). How much do corporate defendants really lose? A new verdict on the reputation loss induced by corporate litigation. *Financial Management*, 46(2), 323-358. <https://doi.org/10.1111/fima.12171>
- Hayward, T. (1997). Anthropocentrism: A misunderstood problem. *Environmental Values*, 6(1), 49-63. <https://doi.org/10.3197/096327197776679185>
- Heede, R. (2014). Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010. *Climatic Change*, 122(1-2), 229-241. <https://doi.org/10.1007/s10584-013-0986-y>
- Hey, E. (2000). *Reflections on an international environmental court*. Brill – Nijhoff.
- Hodgson, N. (2021). Exploring the International Criminal Court's deterrent potential: A case study of Australian politics. *Journal of International Criminal Justice*, 19(4), 913-938.
- Holland, T. G., Peterson, G. D., & Gonzalez, A. (2009). A cross-national analysis of how economic inequality predicts biodiversity loss. *Conservation Biology*, 23(5), 1304-1313. <https://doi.org/10.1111/j.1523-1739.2009.01207.x>
- Hudson, W. D. (Ed.). (1969). *The is-ought question*. Palgrave Macmillan UK. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-15336-7>
- Human Rights Watch. (2005). *Uprooted and forgotten impunity and human rights abuses in Northern Uganda*. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/report/2005/09/20/uprooted-and-forgotten/impunity-and-human-rights-abuses-northern-uganda>
- Keenan, P. J. (2019). International criminal law and climate change. *Boston University International Law Journal*, 37(1), 89-122. <https://www.bu.edu/ilj/files/2020/04/Keenan.pdf>
- Kersting, N. (2021). On Symbolism and Beyond. *Völkerrechtsblog*. <https://doi.org/10.17176/20210708-135823-0>
- Khakzad, D. (2015). *Kriminologische Aspekte völkerrechtlicher Verbrechen: eine vergleichende Untersuchung der Situationsländer des Internationalen Strafgerichtshofs*. Forum Verlag Godesberg.

- Khanna, V. S. (1996). Corporate criminal liability: What purpose does it serve? *Harvard Law Review*, 109(7), 1477. <https://doi.org/10.2307/1342023>
- Kirkham, N. (2024). A Virtue Ethics Interpretation of the 'Argument from Nature' for Both Humans and the Environment. *Philosophies*, 9(1), 19. <https://doi.org/10.3390/philosophies9010019>
- Kopnina, H. (2013). Evaluating education for sustainable development (ESD): using Ecocentric and Anthropocentric Attitudes toward the Sustainable Development (EAATSD) scale. *Environment, Development and Sustainability*, 15(3), 607-623. <https://doi.org/10.1007/s10668-012-9395-z>
- Kopnina, H. (2016). Of big hegemonies and little tigers: Ecocentrism and environmental justice. *The Journal of Environmental Education*, 47(2), 139-150. <https://doi.org/10.1080/00958964.2015.1048502>
- Kopnina, H., Washington, H., Taylor, B., & J Piccolo, J. (2018). Anthropocentrism: More than just a misunderstood problem. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 31(1), 109-127. <https://doi.org/10.1007/s10806-018-9711-1>
- Latour, B. (2004). *Politics of nature*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674039964>
- Lazarus, R. (1995). Meeting the demands of integration in the evolution of environmental law: reforming environmental criminal law. *The Georgetown Law Journal*, 83(7), 2407-2546.
- Leopold, A. (1987). *A sand county almanac, and sketches here and there*. Oxford University Press.
- Levi, M., & Jones, S. (1985). Public and police perceptions of crime seriousness in England and Wales. *The British Journal of Criminology*, 25(3), 234-250. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a047529>
- Lien, M. E., & Law, J. (2011). 'Emergent aliens': On salmon, nature, and their enactment. *Ethnos*, 76(1), 65-87. <https://doi.org/10.1080/00141844.2010.549946>
- Lindén, O., Jernelöv, A., & Egerup, J. (2004). *The environmental impacts of the Gulf War 1991 (Interim Report No IR-04-019)*. International Institute for Applied Systems Analysis.
- Lindgren, T. (2018). Ecocide, genocide and the disregard of alternative life-systems. *The International Journal of Human Rights*, 22(4), 525-549. <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1397631>

- Lippman, M. (2012). *The genocide convention: The legacy of 60 years* (H. van der Wilt, Ed.). Nijhoff Pub.
- McAdams, R. H. (2000). An attitudinal theory of expressive law. *Oregon Law Review*, 79(2), 339-390. <http://hdl.handle.net/1794/4474>
- McLaughlin, R. (2000). Improving compliance: Making non-state international actors responsible for environmental crimes. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 11(2), 377-409.
- Medlock, F., & White, R. (2022). Ecocide, ecocentrism and social obligation. *Erasmus Law Review*, 15(3), 142-155. <https://doi.org/10.5553/ELR.000220>
- Mégret, F. (2001). Three dangers for the International Criminal Court: A critical look at a consensual project. *Finnish Yearbook of International Law*, 12, 193-247. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1156086>
- Mégret, F. (2011). The problem of an international criminal law of the environment. *Columbia Journal of Environmental Law*, 36(2), 195-257.
- Mégret, F. (2013). The case for a general international crime against the environment. En S. Jodoin & M.-C. Cordonier Segger (Eds.), *Sustainable development, international criminal justice, and treaty implementation* (pp. 50-70). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507561.006>
- Mennecke, M. (2007). Punishing genocidaires: A deterrent effect or not? *Human Rights Review*, 8(4), 319-339. <https://doi.org/10.1007/s12142-007-0017-3>
- Minteer, B. A. (2009). Anthropocentrism. En J. B. Callicott & R. Frodeman (Eds.), *Encyclopedia of environmental ethics and philosophy* (pp. 58-62). Gale Ceb.
- Mührel, L. (2022). Ökozid als fünftes Kernverbrechen im Rom-Statut - Meilenstein oder Gefahr für das Völkerstrafrecht? *Archiv des Völkerrechts (AVR)*, 60(3), 322-352. <https://doi.org/10.1628/avr-2022-0018>
- Nakashidze, G. (2022, marzo 25). *Uniting for justice: Group referrals to the International Criminal Court*. OpinioJuris. <http://opiniojuris.org/2022/03/25/uniting-for-justice-group-referrals-to-the-international-criminal-court/>
- Neira, H., Russo, L. I., & Álvarez Subiabre, B. (2019). Ecocidio. *Revista de Filosofía*, 76, 127-148. <https://doi.org/10.4067/S0718-43602019000200127>

- Nesiah, V. (2016). Doing history with impunity. En K. Engle, Z. Miller, & D. M. Davis (Eds.), *Anti-impunity and the human rights agenda* (pp. 95-122). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781139942263.004>
- Neubacher, F. (2005). *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit: politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven*. Mohr Siebeck.
- Nyawo, J. (2017). *Selective enforcement and international criminal law: The International Criminal Court and Africa*. Intersentia. <https://doi.org/10.1017/9781780685014>
- Ocampo, L. M. (2022). The ICC investigation in Afghanistan. En L. M. Ocampo (Ed.), *War and justice in the 21st century: A case study on the international criminal court and its interaction with the war on terror* (p. 409-434). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197628973.003.0019>
- Olasolo, H. (2012). *Essays on international criminal justice*. Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565792>
- Palarczyk, D. (2023). Ecocide before the International Criminal Court: Simplicity is better than an elaborate embellishment. *Criminal Law Forum*, 34(2), 147-207. <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09453-z>
- Parker, B. S. (2012). Applying the doctrine of superior responsibility to corporate officers: A Theory of individual liability for international human rights violations. *Hastings International and Comparative Law Review*, 35(1), 1-27.
- Paternoster, R. (2010). How much do we really know about criminal deterrence? *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 100(3), 765-824.
- Pedersen, O. W. (2012). An international environmental court and international legalism. *Journal of Environmental Law*, 24(3), 547-558. <https://doi.org/10.1093/jel/eqs022>
- Pereira, R. (2020). After the ICC Office of the Prosecutor's 2016 policy paper on case selection and prioritisation: Towards an international crime of ecocide? *Criminal Law Forum*, 31(2), 179-224. <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09393-y>
- Pezzot, R., & Graf, J.-P. (2022). Ecocide: Legal revolution or symbolism? *Völkerrechtsblog*. <https://doi.org/10.17176/20220203-120935-0>

- Piernas López, J. J. (2015). 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. <https://doi.org/10.15581/010.29.2514>
- Pinto Andrade, J. (2023). Efecto desuasorio del enjuiciamiento rápido: un estudio en el país vasco. *Misión Jurídica*, 16(24), 43-70. <https://doi.org/10.25058/1794600X.2206>
- Plomp, C. (2014). Aiding and abetting: The responsibility of business leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court. *Utrecht Journal of International and European Law*, 30(79), 4-29. <https://doi.org/10.5334/ujiel.cl>
- Posner, E. A. (2007). Climate change and international human rights litigation: A critical appraisal. *University of Pennsylvania Law Review*, 155(6), 1925-1945. [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol155/iss6/15/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol155/iss6/15/)
- Preston, J. L., & Shin, F. (2021). Anthropocentric biases in teleological thinking: How nature seems designed for humans. *Journal of Experimental Psychology: General*, 150(5), 943-955. <https://doi.org/10.1037/xge0000981>
- Rasmussen, D. J., Bittermann, K., Buchanan, M. K., Kulp, S., Strauss, B. H., Kopp, R. E., & Oppenheimer, M. (2018). Extreme sea level implications of 1.5 °C, 2.0 °C, and 2.5 °C temperature stabilization targets in the 21st and 22nd centuries. *Environmental Research Letters*, 13(3), 034040. <https://doi.org/10.1088/1748-9326/aaac87>
- Rauter, T. (2017). Nullum Crimen Sine Lege. En T. Rauter, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege* (pp. 19-86). Springer International Publishing. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-64477-6\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-64477-6_3)
- Rawal, S. (2022). Law and economics behind ecocide: Juggling between rules and standards. *Environmental Law Review*, 24(4), 270-287. <https://doi.org/10.1177/14614529221107740>
- Rendón Osorio, K. V. (2023). La naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano: ¿del antropocentrismo al ecocentrismo? *Revista Derecho del Estado*, (58), 337-359. <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.12>
- Robinson, D. (2022). Ecocide — Puzzles and possibilities. *Journal of International Criminal Justice*, 20(2), 313-347. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqac021>

- Rogers, N., & Maloney, M. (2014). The Australian wild law judgment project. *Alternative Law Journal*, 39(3), 172-175. <https://doi.org/10.1177/1037969X1403900307>
- Rona, G. (2019, abril 15). *More on what's wrong with the ICC's decision on Afghanistan*. *Opinio Juris*. <http://opiniojuris.org/2019/04/15/more-on-whats-wrong-with-the-iccs-decision-on-afghanistan/>
- Ross, H. L. (1984). *Deterring the drinking driver: Legal policy and social control*. Lexington Books.
- Roy, S. (2021). Theory of social proof and legal compliance: A socio-cognitive explanation for regulatory (non) compliance. *German Law Journal*, 22(2), 238-255. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.5>
- Sands, P. (2000). Environmental protection in the twenty-first century: sustainable development and international law. En R. L. Revesz, P. Sands, & R. B. Stewart (Eds.), *Environmental law, the economy and sustainable development* (pp. 369-409). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511720871.013>
- Sands, P., Peel, J., Aguilar, A. F., & MacKenzie, R. (2012). *Principles of international environmental law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139019842>
- Scarpello, A., Iranzo Dosdad, A., Márquez Carrasco, C., Gelmi, M. E., & Cortés Martínez, P. D. (2021). Ecocidio y responsabilidad corporativa. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 021. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe021>
- Schabas, W. (2008). Brave new world: The role of the prosecutor of the International Criminal Court. *Die Friedens-Warte*, 83(4), 11-31. <https://www.jstor.org/stable/23774714>
- Schabas, W. (2012). *Unimaginable: Atrocities justice, politics, and rights at the war crimes tribunals*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199653072.001.0001>
- Schabas, W. A. (2017). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316459997>
- Schirmer, J.-E. (2023). *Nachhaltiges Privatrecht*. Mohr Siebeck.
- Schnädelbach, H. (2012). *Was Philosophen wissen: und was man von ihnen lernen kann*. Verlag C.H.BECK oHG. <https://doi.org/10.17104/9783406633614>

- Segger, M.-C. C. (2013). International law, criminal justice, and sustainable development. En S. Jodoin & M.-C. Cordonier Segger (Eds.), *Sustainable Development, International Criminal Justice, and Treaty Implementation* (pp. 17-35). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139507561.004>
- Serra Palao, P. (2020). Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una Convención Internacional contra el ecocidio. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1-31. <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00143>
- Singhania, V. (16 de febrero, 2022). *The proposed crime of ecocide - Ignoring the question of liability*. OpinioJuris. <http://opiniojuris.org/2022/02/16/the-proposed-crime-of-ecocide-ignoring-the-question-of-liability/>
- Sliedregt, E. van. (2012). *Individual criminal responsibility in international law*. Oxford University Press.
- Sloane, R. D. (2007). The expressive capacity of international punishment: the limits of the national law analogy and the potential of international criminal law. *Stanford Journal of International Law*, 43(1), 39-94. [https://scholarship.law.bu.edu/faculty\\_scholarship/453](https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/453)
- Smith, S. L. (1995). Changing corporate environmental behaviour: Criminal prosecutions as a tool of environmental policy. En R. Eckersley (Ed.), *Markets, the state and the environment* (pp. 261-274). Macmillan Education UK. [https://doi.org/10.1007/978-1-349-14022-0\\_11](https://doi.org/10.1007/978-1-349-14022-0_11)
- Sousa, R. D. (1980). Arguments from nature. *Zygon*<sup>®</sup>, 15(2), 169-191. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9744.1980.tb00384.x>
- Stahn, C. (2020). International criminal justice and expressivist theory. En Autor, *Justice as message* (pp. 18-84). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198864189.003.0002>
- Tauchen, H., Witte, A. D., & Griesinger, H. (1994). Criminal deterrence: Revisiting the issue with a birth cohort. *The Review of Economics and Statistics*, 76(3), 399. <https://doi.org/10.2307/2109966>
- Trahan, J. (2020). *Existing legal limits to Security Council veto power in the face of atrocity crimes*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108765251>
- Valerius, B. (2011). *Kultur und Strafrecht. Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*. Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-53261-2>

- Van Den Heede, O. (2022). Ecocide as the fifth core crime in the Rome Statute. *New York University Journal of International Law and Politics*, 55(2), 435-446.
- van den Herik, L., & Letnar Cernic, J. (2010). Regulating corporations under international law: From human rights to international criminal law and back again. *Journal of International Criminal Justice*, 8(3), 725-743. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq031>
- Ventura, M. J. (2020). Aiding and abetting and the International Criminal Court's Bemba *et al.* Case: The ICC trial and appeals chamber consider article 25(3) (c) of the Rome Statute. *International Criminal Law Review*, 20(6), 1138-1166. <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10031>
- Vries, B. de. (2023). *Individual criminal responsibility for autonomous weapons systems in international criminal law*. Brill Nijhoff.
- Wandesforde-Smith, G. (2016). Bracketing braverman: Thinking and acting for wildlife conservation after nature. *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 19(2), 176-187. <https://doi.org/10.1080/13880292.2016.1167476>
- Watson, R. A. (1983). A critique of anti-anthropocentric biocentrism. *Environmental Ethics*, 5(3), 245-256. <https://doi.org/10.5840/enviroethics19835325>
- Weigend, T. (2004). Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116(4). <https://doi.org/10.1515/zstw.2004.116.4.999>
- Werle, G., & Jeßberger, F. (2020). *Völkerstrafrecht* (5., überarbeitete und aktualisierte Auflage). Mohr Siebeck.
- White, R. (2018). Ecocentrism and criminal justice. *Theoretical Criminology*, 22(3), 342-362. <https://doi.org/10.1177/1362480618787178>
- White, R., & Kramer, R. C. (2015). Critical criminology and the struggle against climate change ecocide. *Critical Criminology*, 23(4), 383-399. <https://doi.org/10.1007/s10612-015-9292-5>
- Whiting, A. (12 de abril, 2019). *The ICC's Afghanistan Decision: Bending to U.S. or Focusing Court on Successful Investigations?* Just Security. <https://www.justsecurity.org/63613/the-iccs-afghanistan-decision-bending-to-u-s-or-focusing-court-on-successful-investigations/>

- Winter, E. (2023). Stop ecocide international's blueprint for ecocide is compromised by anthropocentrism: A new architect must be found. *Israel Law Review*, 57(1), 1-35. <https://doi.org/10.1017/S0021223722000218>
- Wittlin, M. (2011). Buckling under pressure: An empirical test of the expressive effects of law. *Yale Journal on Regulation*, 28(2), 419-469. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8138>
- Wyatt, J. (2010). Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: The issue of damage to the environment in international armed conflict. *International Review of the Red Cross*, 92(879), 593-646. <https://doi.org/10.1017/S1816383110000536>

### **Jurisprudencia**

- Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal 1946. (1947). *American Journal of International Law*, 41(1), 172-333. <https://doi.org/10.2307/2193873>
- Prosecutor c. Bemba Gombo* (Decision) ICC-01/05-01/08 (10 de junio 2008)
- Prosecutor c. Katanga* (Decision) ICC-01/04-01/07 (30 de septiembre 2008)
- Prosecutor c. Lubanga Dyilo* (Decision) ICC-01/04-01/06 (10 de febrero 2006)
- Prosecutor c. Lubanga Dyilo* (Decision) ICC-01/04-01/06 (07 de febrero 2007)
- Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (Decision) ICC-02/17-33 (12 de abril 2019)

### **Otros Documentos**

- Brown, G. W., McLean, I., & McMillan, A. (Eds.). (2018). *The concise Oxford dictionary of politics and international relations*. Oxford University Press.
- Lee, H., Calvin, K., Dasgupta, D., Krinner, G., Mukherji, A., Thorne, P., Trisos, C., Romero, J., Aldunce, P., Barrett, K., Blanco, G., Cheung, W., W. L. Connors, S., L. Denton, F., Diongue-Niang, A., Dodman, D., Garschagen, M., Geden, O., Hayward ... Zommers, Z. (2023). Climate change 2023: Synthesis report. Contribution of working groups I, II and III to the sixth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC]. <https://doi.org/10.59327/IPCC/AR6-9789291691647>

- Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide. (2021). *Commentary and core text*. Stop Ecocide Foundation. <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>
- Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC]. (2022). *Climate change 2022 mitigation of climate change summary for policymakers*. IPCC. <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/>
- Khan, K. A. A. (2021, septiembre 27). *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan*. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-khan-qc-following-application>
- Millennium Ecosystem Assessment (Program) (Ed.). (2005). *Ecosystems and human well-being: synthesis*. Island Press.
- Organisation for Economic Cooperation and Development [OECD]. (2021). *Managing climate risks, facing up to losses and damages: Understanding, reducing and managing risks*. OECD. <https://doi.org/10.1787/55ea1cc9-en>
- Organisation for Economic Cooperation and Development [OECD]. (2022). *Fighting climate change: International attitudes toward climate policies (OECD Economics Department Working Papers No 1714)*. <https://doi.org/10.1787/3406f29a-en>
- Office of the Prosecutor. (2 de septiembre 2006). Letter of Prosecutor dated 9 February 2006. [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Iraq\\_9\\_February\\_2006.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf)
- Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor. (2003). [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905\\_Policy\\_Paper.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf)
- Preparatory Committee on the establishment of an international criminal court. (1996). Summary of the proceedings of the preparatory committee during the period 25 March- 12 April 1996 [UN Doc A/AC.249/1].

Schumer. Environmental Crimes Act of 1992, Hearing Before the Subcomm. on Crime and Criminal Justice of the House Comm. on the Judiciary, 102d Cong., 2d Sess. 14 (1992)

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>

Security Council. (2024). The Security Council Veto. [https://www.securitycouncil-report.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/working\\_methods\\_theveto-7.pdf](https://www.securitycouncil-report.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/working_methods_theveto-7.pdf)

The charter and judgment of the Nürnberg Tribunal - History and analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General, UN Doc A/CN.4/5 (1949).

UN. Ad Hoc Committee on the establishment of an international criminal court. (1995). Report of the Ad Hoc Committee on the establishment of an international criminal court [un doc a/50/22].



# **Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 7 de octubre de 2023**

Finding the Teleology of International Humanitarian Law: Analysis of the Criteria of Military Necessity and Reasonable Military Commander in the Bombing on Gaza after the Attacks on October 7 of 2023

Encontrando a teleologia do direito internacional humanitário: análise dos critérios de necessidade militar e comandante razoável nos bombardeios de Gaza após os ataques de 7 de outubro de 2023

Camilo Ramírez Gutiérrez\*

Fecha de recepción: 24 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 31 de julio de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14644>

**Para citar este artículo:** Ramírez Gutiérrez, C. (2024). Encontrando la teleología del derecho internacional humanitario: análisis de los criterios de necesidad militar y comandante razonable en los bombardeos sobre Gaza luego de los ataques del 7 de octubre de 2023. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-40. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14644>

## **Resumen**

Luego del 7 de octubre de 2023, Israel inició una ofensiva contra Gaza al declarar una guerra contra Hamas. Dicha conducta ha llevado a varios usos de la fuerza sobre bienes y población civil desde la premisa del uso legítimo de las leyes de la

---

\* Profesor investigador de la Universidad del Bosque. Abogado especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario, magíster en derecho y candidato a magíster en filosofía de la Universidad Nacional de Colombia.

guerra (Laws of War). Este escrito explora el alcance de esta locución frente al marco jurídico internacional vigente del derecho internacional humanitario (DIH). En consecuencia, se valora filosóficamente la aplicación práctica de las leyes de la guerra respecto de algunas de las operaciones militares desplegadas por Israel luego del ataque de Hamas. Para ello se evalúan los principios de conducción de hostilidades y el criterio de “comandante razonable” desde un lente humanitario.

**Palabras claves:** humanitarismo; derecho internacional humanitario; Leyes de la guerra; Laws of War; conducción de hostilidades; principio de proporcionalidad; bienes de doble uso.

### **Abstract**

After October 7, 2023, Israel initiated an offensive against Gaza by waging a war against Hamas. Such conduct has led to various uses of force on property and civilian populations under the argument of the legitimate use of the Laws of War. Therefore, this paper explores the scope of this locution in relation to the current international legal framework of IHL. Furthermore, this piece of text shows the consequence of the application of the humanitarian lens, from humanitarian principles and reasonable standards, in the conduct of hostilities during Israel’s military operations after the Hamas attacks.

**Keywords:** humanitarianism; international humanitarian law; Laws of War; conduct of hostilities; principle of proportionality; dual-use objects.

### **Resumo**

Após 7 de outubro de 2023, Israel lançou uma ofensiva contra Gaza, travando uma guerra ao Hamas. Tal conduta levou a vários usos da força em bens e na população civil sob a premissa do uso legítimo do “direito de guerra.” Este documento, portanto, explora o escopo dessa expressão com relação à base jurídica internacional existente do direito internacional humanitário. Dessa forma, é feita uma avaliação filosófica da aplicação prática das regras de guerra quanto a algumas das operações militares realizadas por Israel após o ataque do Hamas. Para isso, os princípios de conduta das hostilidades e o critério do “comandante razoável” são avaliados por meio de uma perspectiva humanitária.

**Palavras-chave:** humanitarismo; direito internacional humanitário; direito de guerra; conduta das hostilidades; princípio da proporcionalidade; bens de uso duplo.

## Introducción

Luego de los ataques de Hamas a la población civil y algunos puestos militares en Israel, la Fuerza de Defensa Israelí (FDI) inició una campaña de bombardeos sobre el norte de la Franja de Gaza que han dejado un alto saldo humanitario sobre la población y bienes civiles (Human Rights Watch, 2023). La razón de estos ataques podría resumirse en dos cuestiones de tipo militar: 1) desplegar represalias por los ataques efectuados por parte de la organización armada “terrorista” y 2) la “búsqueda” de una ventaja militar directa, concreta y anticipada, como es el exterminio de este grupo armado que representa un foco de inseguridad para el Estado de Israel (*Le Monde*, 2023).

Sin embargo, más allá de las cuestiones políticas que envuelven este conflicto armado internacional (CAI), en los términos del artículo 2 común a los Cuatro Convenios de Ginebra (CCG), varias preguntas surgen sobre las campañas de bombardeos contra los miembros del grupo armado Hamas. Por ejemplo, si los cuarteles de este actor armado, que son objetivos militares en términos del DIH, son subterráneos y por ende se encuentran bajo bienes civiles como hospitales o campos de refugiados, ¿cuáles son las obligaciones humanitarias que debe cumplir la FDI para atacar estos objetivos militares? o ¿qué papel juega la necesidad y el planeamiento militar en un escenario complejo como el de Gaza donde se tiene a los civiles circundando los objetivos militares?

Para responder a estos cuestionamientos, este escrito profundizará en primer lugar sobre el alcance de la expresión *leyes de la guerra* (Laws of War) usada por Israel para llevar a cabo sus ataques y justificar sus acciones a través de una necesidad militar y un correcto uso de ellas. Al respecto, se ahondará cómo se adoptó este marco jurídico, previo al DIH o *ius in bello* moderno, con el fin de dar cuenta de su base teleológica hasta 1949, momento en que se firmaron los CCG.

Con lo anterior, se establecerá la tensión entre la carga pragmática e idealista de las Leyes de la guerra, desde los primeros postulados a mediados del siglo XIX, a través de la regulación de la conducción de hostilidades y la protección de combatientes y partícipes directos en ellas. En segundo lugar, se mostrarán las fórmulas desarrolladas desde las diferentes fuentes del DIH que dan elementos de resolución de la tensión entre la necesidad militar (pragmatismo) y el humanitarismo (idealismo) dentro del *ius in bello* moderno, que lleva a concretar una visión humanitarista de los conflictos armados. Además, se abordará el criterio de comandante razonable, el cual entabla un reconocimiento de la necesidad militar y su razonamiento en la planeación de las operaciones, dentro de las lógicas humanitaristas del derecho internacional de postguerra.

Finalmente, el último acápite mostrará que, en el caso de la operación “Iron Sword”, a pesar de las justificaciones de la necesidad militar, e incluso de superarse el principio de distinción en cada uno de los ataques y existir una ventaja militar directa, concreta y anticipada, las normas humanitarias consagradas luego de 1949, relativas a la conducción de hostilidades y protección de víctimas desde un sentido liberal-idealista, proponen una integración comprensible de la persona humana en el ciclo de evaluación del objetivo militar que habrían llevado a la suspensión de los ataques efectuados, como bloqueos y bombardeos, y, por tanto, detenido las violaciones al DIH

Por tanto, este escrito pretende, en primer lugar, tratar de encontrar el presupuesto filosófico o *telos*<sup>1</sup> del DIH que servirá de guía para la interpretación de las normas convencionales y consuetudinarias vinculantes a las partes en conflicto. En segundo lugar, luego de una reflexión teórica se analizarán desde el estándar determinado algunas de las operaciones militares desplegadas en Gaza entre octubre de 2023 y el primer trimestre de 2024. Debe precisarse que, dado que es un ejercicio académico y no judicial, las fuentes tomadas serán los reportes de Naciones Unidas (ONU) y algunas premisas expuestas tanto por Israel como por Sudáfrica en la actual demanda que cursa ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), así como los informes de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y algunas notas periodísticas sin que esto conlleve un sesgo académico, sino un análisis interpretativo del *ius in bello* moderno.

## **1. El razonamiento de las leyes de la guerra en los ataques al norte de Gaza luego del 7 de octubre de 2023**

En la actualidad, Israel despliega una operación militar denominada Swords of Iron luego de que 1 300 israelíes fueran asesinados, 771 heridos y otros 244 rehenes hubieran sido tomados como rehenes por el grupo armado Hamas (Jewish Agency, 2023). La base de esta operación, en términos del presidente de Israel, son las leyes de la guerra y tiene tres objetivos: 1) expulsar a las fuerzas hostiles, es decir a Hamas; 2) reforzar otros frentes para que nadie se una por error a esta guerra y 3) “cobrarle” un precio inmenso al enemigo dentro de la Franja de Gaza.<sup>2</sup> Estos propósitos establecidos

1 Me referiré a *telos* en el sentido aristotélico, donde se asume que las cosas poseen un fin natural que explica su comportamiento u ontología (Aristotle, 2002).

2 “The Israeli response, Operation Swords of Iron, proved robust. Declaring ‘We are at war,’ Prime Minister Netanyahu announced three objectives: ‘clear out hostile forces;’ ‘reinforce other fronts so that nobody should mistakenly join this war;’ and ‘exact an immense price from the enemy within the Gaza Strip’” (Schmitt, 2023).

como finalidades estratégicas de la guerra o conflicto armado que se desarrolla actualmente en el territorio de la Franja de Gaza deben acoplarse en el nivel táctico, es decir, en la conducción de las hostilidades. Por ello establecer lo que Israel reconoce como las leyes de la guerra es imprescindible para comprender su despliegue militar.

Una hipótesis al referirse al cuerpo que regula la conducción de hostilidades, como las leyes de la guerra, podría implicar varias situaciones de tipo práctico y filosófico. Una de ellas es si esa alusión envuelve la negación del DIH, es decir, el no reconocimiento de cuerpos normativos convencionales y consuetudinarios que se desprenden del denominado sistema de Ginebra.<sup>3</sup> Como se verá, las leyes de la guerra normalmente están asociadas con la necesidad militar y la toma de decisiones en un modelo pragmático de la conducción de hostilidades (Dworkin, 2023).

Ahora bien, para definir el alcance de los razonamientos que envuelven el contexto de las confrontaciones actuales en la Franja de Gaza, se debe señalar el marco jurídico vinculante firmado tanto por Israel como por Palestina. Para empezar, Israel y Palestina suscribieron los ccg de 1949, el primero en 1951 y el segundo en 2014. En el caso del Protocolo Adicional I (PAI) de 1977, Israel no lo ha ratificado, mientras que Palestina lo ratificó en el 2015. Sobre el Protocolo Adicional II (PAII), también de 1977, Palestina lo ratificó el mismo año. En el caso de la Convención de la Haya de 1954 sobre protección del patrimonio cultural en conflictos armados, Israel es parte desde 1954, mientras que Palestina se adhirió al tratado en marzo del 2012. Asimismo, a pesar de que Israel no ha enmendado el artículo 1 de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (ccw), sí ha ratificado los Protocolos I, II y IV adicionales de la misma. De igual manera, Palestina ratificó los Protocolos I, III y V.

Finalmente, en lo que se refiere a las leyes de la guerra, expresión que surge de las convenciones de la Haya, este derecho es vinculante a las dos partes en conflicto, ya que ha sido considerado como consuetudinario. No puede dejarse de lado, que la referencia a las leyes de la guerra siempre debe enlazarse con el concepto de “comandante razonable” ya que ha sido este el modo como los tribunales internacionales lo han entendido los usos de los dispositivos bélicos. Hay que decir que esta figura originalmente surgió de la profesionalización de la guerra desde el siglo XVII y está contenida en los núcleos de acción de los dos cuerpos normativos reseñados y, por tanto, es esencial en la revisión de las acciones bélicas dentro de la operación militar Iron Swords.

3 Se hace alusión a la codificación universal iniciada en 1949 con los ccc.

## 1. 1. Las leyes de la guerra

Para entender la legalidad de los ataques de la operación Iron Swords y cómo se ha interpretado la aplicación de las leyes de la guerra, es necesario establecer qué implica la expresión, su significado y su alcance. Estas fueron condensadas inicialmente en el sistema de instrumentos y declaraciones del periodo entre 1868 y 1907, y se prolongaron hasta los denominados Juicios de Nuremberg. Para entender su alcance y finalidad desde un sentido filosófico, es necesario considerar que estas regulaciones son hijas de su tiempo. Esto quiere decir que, si bien en su codificación se pueden rastrear las influencias de las tradiciones conceptuales de la modernidad europea, desarrolladas a través de los postulados de Vattel, Grocio y Rousseau, entre otros (Kalmanovitz, 2020), el resultado normativo y convencional responde a la premisa de que “la guerra ha sido la partera de la historia” y en este caso ha sido también la comadrona del derecho internacional de los conflictos armados.

En inglés, la expresión *Laws of war* es antigua; se remonta al reinado de Carlos I, con ocasión de la guerra civil que lo llevó a gobernar el Coromwell. En ese periodo, decretó las leyes y ordenanzas de la guerra que regían la conducta de las fuerzas armadas. De igual forma, en francés, la locución *lois de la guerre* puede ser ubicada dentro de la literatura previa al medioevo (Kolb, 1997, p. 560). Esto es clave para explorar el alcance teleológico de ese conglomerado de normas, que actualmente son citadas por varios Estados, como Israel o Estados Unidos, pues demuestra el entendimiento sobre el alcance de los usos de ciertos medios y métodos de guerra así como su definición contextual.

El escenario convencional de la expresión puede encontrar su fundamento en tres fuentes, por un lado, en los postulados del profesor ruso Fiódor Martens (Riepl, 2022, pp. 77-76), por otro, en la adopción de la Declaración de San Petersburgo y posteriormente en los convenios de La Haya de 1899 y 1907. Para el profesor Sassoli (2018), este *corpus iuris* no solo corresponde a las leyes de la guerra, es decir, no solo al cómo hacer la guerra, *ius in bello*, sino también al por qué hacer la guerra: el *ius ad bellum* (p. 36), lo que hace de estas regulaciones una cuestión compleja de utilizar, dado que su aplicación sobre el enemigo dependía de la legitimidad del conflicto bélico. Para la naciente comunidad internacional, el recurso de limitar la guerra a finales del siglo XIX estribaba en la voluntad política de los Estados y su reconocimiento del adversario.

Este elemento es crucial en las operaciones militares desatadas por Israel, que a través de argumentos de legítima defensa y de la connotación de terrorista del brazo militar de Hamas, trata de justificar su conducción de las hostilidades luego del 7 de octubre de 2023 en las antiguas leyes de la guerra. Como lo muestra Nabulsi

(1999), parte del raciocinio de las leyes de la guerra se enmarcaría en el sentimiento de los Estados en el siglo XIX sobre la “guerra de guerrillas” que constituía una forma de atrocidad que negaba los derechos del adversario, que se instauró como el principio de reciprocidad (p. 4). Esta situación es homologa a lo expresado por Israel sobre las actuaciones de Hamas, a quien considera un enemigo ilegítimo, por tanto, podría deducirse fuera de la aplicación de las leyes de la guerra.

Sin embargo, incluso llegar a ese razonamiento inicial de las leyes de la guerra no fue pasivo para los Estados. En los años posteriores a la Conferencia de Bruselas de 1874, que terminó con un simple documento declarativo: “Declaración de Bruselas”, y que por tanto fracasó en la consolidación de un tratado internacional que contuviera las leyes de la guerra, los sentimientos de los nuevos Estados nacionales sobre su legitimidad de llevar a cabo la empresa bélica fueron demasiado fuertes ante la comunidad internacional. El Ministerio de Defensa de Prusia señaló que los ejércitos preferían unas leyes de la guerra no codificadas, por lo que, de los proyectos elevados en Bruselas sobre un derecho positivo, que dieron lugar al *Manual de Oxford* de 1880, que ya trataba la tensión entre necesidad militar y humanidad, solo debía decirse que “la acción militar absoluta en tiempo de guerra es una condición indispensable para la victoria militar” (Nabulsi, 1999, p. 9). En tal sentido, para la potencia centroeuropea, unas leyes de la guerra no codificadas que premiaran la legitimidad de los Estados para hacer la guerra y que en el desarrollo de esta atendieran a sus necesidades militares era el marco ideal de regulación para el contexto que se estaba viviendo.

En tal sentido, von Moltke, héroe de guerra prusiano y reconocido por su apuesta en la Conferencia de Bruselas, señaló en su libro *Perpetual Peace* al jurista Bluntschli:

las formas de la guerra son parte del orden constituido por Dios.  
En la guerra son puestas en escena las más nobles virtudes, el coraje,  
la abnegación, la fidelidad del deber y el espíritu de sacrificio con el  
peligro de la vida en sí mismo, por lo que sin guerra la humanidad  
se hundiría en el materialismo (Nabulsi, 1999, p. 9).

Esta dimensión impuesta por delegados del Imperio alemán es fundamental, ya que junto al Imperio ruso jugaron un papel esencial en la concepción inicial de las leyes de la guerra durante la Conferencia de Bruselas y, posteriormente, en La Haya.

## **1. 2. Finalidad de las leyes de la guerra: restringir los usos de medios y métodos de guerra**

A pesar de la huella de la reciprocidad y necesidad militar en el (moderno) marco jurídico emergente, las reglas de la guerra tuvieron éxito a través de las Conferencias de la Guerra y la Paz de La Haya, ya que se establecieron en el ámbito

internacional a través de tratados internacionales multilaterales entre los Estados europeos, cuestión que inició con otro tratado internacional perteneciente a este género: la Convención de Ginebra de 1864, que por el auspicio de Henry Dunant (Forsythe, 2005, p.18) y el Consejo Suizo, dio apertura a un camino de formalización de los límites de la guerra. Esta empresa se reforzó por la existencia de varios escenarios bélicos, como la Guerra franco-prusiana (1870-1871), el *Alabama case* (1862-1872), correspondiente a una controversia arbitral entre Reino Unido y Estados Unidos durante la Guerra Civil estadounidense (ONU, 2012), así como a la denominada Guerra de los Boers (1880-1881). Además de las controversias concomitantes a las conferencias, como el desarrollo de la Guerra ruso-japonesa (1904-1905) y las confrontaciones en Marruecos de 1906 entre las potencias coloniales (Francia, Alemania y Reino Unido), que por lo demás determinaron las posiciones diplomáticas de estos Estados (Mulligan, 2017).

Estas conferencias consiguieron que se formara un cuerpo jurídico internacional que restringiera el uso de la fuerza de los Estados en pleno auge de los desarrollos tecnológicos armamentistas —medios de guerra—. Su fundamento fue la presión de Rusia en 1868 en la Declaración de San Petersburgo, en la cual los firmantes acordaron la prohibición de cierto tipo de municiones que produjeran daños innecesarios o superfluos a los combatientes, como, por ejemplo, los proyectiles con cargas inflamables<sup>4</sup> (Kolb & Milanov, 2019, p. 524) o la restricción de las armas que produzcan fuego en la superficie como el napalm o los lanzallamas (Ramírez-Gutiérrez & Saavedra, 2022, pp. 540-542).

En el proyecto de Declaración de Bruselas de 1874, relativo a “las leyes de la guerra terrestre”, se propusieron algunas normas sobre estas “nuevas” leyes y costumbres de la guerra, que impactaban directamente en el control de armas.<sup>5</sup> No obstante, ese instrumento, por la fortaleza de la visión alemana sobre la guerra, no fue ratificado, a pesar de sus 56 artículos dirigidos a la reglamentación de la guerra, especialmente los artículos 12, 13 y 14, que pretendían referirse a los medios para herir al enemigo (ICRC, 2023), que fueron obviados por la falta de ratificación de los Estados.

Ahora bien, en la Conferencia de la Haya de 1899, Estados Unidos tuvo un papel preponderante, entre otras cosas, llevó a que los demás delegados tuvieran en cuenta y conmemoraran la influencia de Hugo Grocio en las deliberaciones sobre las leyes

4 “Las Partes contratantes se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de cualquier proyectil cuyo peso sea inferior a 400 gramos y que sea explosivo, o que esté cargado con materias explosivas o inflamables” (DSP de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 11 de diciembre de 1868).

5 Tanto la Declaración de Bruselas de 1874 como el Manual de Leyes y Costumbres de la Guerra de 1880 fueron las bases las dos convenciones de La Haya y de las regulaciones anexas de 1899 y 1907.

de la guerra (Nabulsi, 1999, p. 10). La sobre militarización de las potencias europeas condujo a que se adoptara el Reglamento de Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre —Laws of War—. Por esta razón, al inicio del siglo xx, la comunidad europea consolidó el IV Reglamento de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (IV-CH) de 1907, el cual estableció, entre otros principios, la importancia de limitar las armas que causen males innecesarios.<sup>6</sup>

Sin embargo, algunos engranes teleológicos de las declaraciones de San Petersburgo y Bruselas no tuvieron el efecto esperado sobre la comunidad europea; por ejemplo, en las Reglas de la Guerra Aérea de la Haya de 1923 se omitieron algunos postulados de la Declaración de San Petersburgo y se permitió el uso de bombas incendiarias y explosivas.<sup>7</sup> A pesar de existir un artículo que limitaba los castigos colectivos contra civiles, para el jurista Oppenheim (1912), en su reporte *International Law*, las convenciones de La Haya:

no previenen en las represalias sobre la parte beligerante de un territorio ocupado enemigo. Ya que cuando el enemigo cometa actos ilegítimos de guerra, las represalias podrían ser un recurso en contra de los civiles —como castigo colectivo—; aun cuando ni legal o moralmente fueran responsables por dichos ataques (pp. 175-176).<sup>8</sup>

Como se puede ver, a pesar de la creación de unas leyes de la guerra, su aproximación encontraba asidero en una visión utilitarista o pragmática, que hacía de la interpretación de los medios y métodos de guerra, un proceso consecuencialista donde las restricciones de la conducción de hostilidades están ligadas a la necesidad militar de la parte. No es de extrañar que desde este lente —la ganancia de la guerra—, algunas operaciones militares que recaen sobre civiles puedan ser justificadas, como se verá en algunos de los ataques de la operación Iron Sword.

Por otra parte, el Protocolo sobre la Prohibición del Uso en la Guerra de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos de 1925 creó una serie de reglamentaciones en ese nuevo armamento que son consideradas parte de estas leyes de la guerra. Este grupo de tratados y declaraciones son consideradas parte

6 Artículo 23. Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido: (a) Emplear veneno o armas envenenadas; (...) (e) Emplear armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios; (...) (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra (IV-CH, 18 de octubre de 1907).

7 Artículo 18. No está prohibido el empleo de proyectiles trazantes, incendiarios o explosivos por las aeronaves o contra ellas. Esta disposición se aplica también a los Estados Parte en la DSP de 1868 y a los que no lo son (DSP de 1868).

8 Article 50. No general penalty, pecuniary or otherwise, can be inflicted on the population on account of the acts of individuals for which it cannot be regarded as jointly or severally responsible.

del derecho internacional consuetudinario, por lo que no se necesita que todas hayan sido ratificadas por los Estados debido a su aceptación y uso constante en las confrontaciones bélicas (Sassoli, 2018, p. 36). Esta afirmación ya ha sido probada en su uso durante los Juicios de Nuremberg, donde se indicó que si bien en las confrontaciones entre Alemania y la Unión Soviética no eran aplicables convencionalmente el IV-CH de 1907 o la Convención de Ginebra de 1929, pues una de las partes no las había ratificado, lo cierto es que esas reglas “eran expresiones del derecho internacional aceptado por parte de las naciones civilizadas del mundo” y por tanto fueron objeto de las valoraciones hechas por los tribunales militares (IMT, 1946).

En ese sentido, las reglas de la guerra son el primer intento convencional de los Estados por limitar la actividad bélica, establecidas como normas pertenecientes a la costumbre internacional, a la necesidad militar, al principio de distinción y a la prohibición de causar sufrimientos innecesarios y daños superfluos (Solis, 2016, p.53). Tal y como se desprende del preámbulo de la Declaración de San Petersburgo:

la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo; Que, a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; Que esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien harían que su muerte fuese inevitable; Que el empleo de tales armas sería, a partir de este momento, contrario a las leyes de la humanidad.<sup>9</sup>

Como se observa, esos párrafos contienen la concepción central de la conducción de hostilidades en el mundo moderno, pues solo está dirigida al debilitamiento del enemigo. No obstante, el problema de San Petersburgo y todas las leyes y costumbres de la guerra es que no son explícitas frente a la yuxtaposición de civiles y objetivos militares, en contraste con las normatividades humanitarias posteriores (Riepl, 2022, p. 38). Por ello, para las naciones, las antiguas leyes de la guerra no estaban limitadas en los escenarios donde era evidente la presencia de la necesidad o de la ventaja militar.

Esto es demostrado en la práctica, entre 1914 y 1918, durante la Primera Guerra Mundial, cuando los Estados se sintieron libres de utilizar, por ejemplo, gas venenoso en la conducción de represalias, lo cual no estaba prohibido por las convenciones

9 El texto auténtico de la Declaración de San Petersburgo en Francés señala: “Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible; Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable; Que l'emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l'humanité” (ICRC, 1996).

de la Haya de 1899 y 1907. Sobre este punto resulta curioso ver que alguna doctrina sobre las leyes o costumbres de la guerra, como el *Manual de Oxford*, señalaba que las represalias de parte de los beligerantes estaban permitidas, y si el daño causado por una parte era serio, se podían tomar medidas para que el enemigo entendiera las trasgresiones al derecho de hacer la guerra, a través de un contrataque en represalia (Rielp, 2022, p. 77).

Este punto es interesante ya que para Estados Unidos, China y Siria la prohibición de represalias con el uso de gas venenoso no está prohibido y, por tanto, respecto al Protocolo de Ginebra de 1925 retuvieron su firma, al hacer una reserva sobre el tratado internacional. En tal sentido, algunos expertos como Greenwood (1989) y Darcy (2003) consideran que el uso del gas contra combatientes enemigos podría llegar a ser legal bajo las leyes de la guerra (Rielp, 2022, pp. 77-76).

Estas contradicciones a la intención de limitar los usos y medios de la guerra se ven reflejados durante todo el inicio del siglo xx en los casos de las dos guerras mundiales, donde hubo una terrible carnicería de combatientes y civiles, que evidenció la falta de un estándar de humanidad en el derecho internacional. En efecto, durante la Segunda Guerra Mundial, las leyes de la guerra se vieron afectadas. En 1940, tanto los alemanes como los británicos iniciaron campañas de bombardeo sobre las ciudades de Londres y Berlín; en el caso de la Fuerza Aérea Real se ordenó bombardear “objetivos” militares en el centro de Berlín (Adams, 1994). Estas estrategias de bombardeo sobre ciudades desataron un irrespeto o uso equivocado de las leyes de la guerra contra civiles de todas las partes en conflicto bajo las premisas de la necesidad militar. Así, por ejemplo, en los dos lanzamientos de bombas atómicas por parte de Estados Unidos contra Japón se justificaron las acciones bajo “la necesidad militar”, en tanto esto permitiría acabar la guerra con la rendición del ejército japonés y reducir las bajas humanas en el frente (Adams, 1994, p. 108).

Estos casos en vigencia de las leyes de la guerra son llamativos en tanto se dirigen a algunos debates filosóficos sobre la conducción de hostilidades, como el derecho a proteger a las propias tropas (Parsons, 2020, p. 232); la ausencia de un principio de proporcionalidad, como el existente en el derecho de Ginebra, ya que varias de las operaciones militares se conducían en referencia al principio de proporcionalidad, derivado del *ius ad bellum*, y, finalmente, el alcance de la justificación de la guerra de cara al principio de necesidad militar.

Esto contrasta con una protección parcial del marco normativo de las leyes de la guerra; al revisar el artículo 2 de la Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de la Haya de 1907, se lee: “[l]as disposiciones contenidas en ese Reglamento, así como en la presente Convención, no son aplicables sino

entre las Potencias Contratantes y únicamente si los beligerantes son partes en la Convención”.

Así entonces, el derecho internacional que surgió a finales del siglo XIX e inicios del XX tenía una connotación política muy fuerte; como indica Mulligan (2017, p. 18), los Estados europeos querían dejar su marca o legado en las codificaciones y, en tal sentido, incluso las interpretaciones normativas estaban sometidas a las visiones políticas de los entes gubernamentales. Esta precisión es clave para entender que esta primera génesis convencional multilateral del *ius in bello* conservaba una carga subjetiva relacionada con la identidad de los Estados y con la incompleta separación del *ius ad bellum*. En tal sentido, cuestiones como el estatuto del combatiente, la prohibición de represalias contra la población civil, el reconocimiento de grupos armados no estatales o la aplicación de estas disposiciones mínimas dependían de primera mano de la configuración del “estado de guerra” —reciprocidad—, así como del reconocimiento de beligerancia, lo que afectaba el estatus jurídico de la contraparte y, por tanto, el modo como se trataba en la confrontación. Ese naciente modelo liberal del derecho internacional estaba sujeto a una visión utilitarista o pragmática servil a los intereses de los Estados, en lugar de ser una limitación de ciertas acciones contrarias a la preservación de la vida e integridad de la humanidad como un fin en sí misma.

### **1. 3. Distinción de los objetivos militares y la población civil en las leyes de la guerra**

El carácter utilitarista de las leyes de la guerra no obvió ciertas directrices sobre cuál debe ser el tratamiento a los objetivos militares respecto de la población y bienes civiles. Como se indicó previamente, la versión *sui generis* de distinción, es uno de los principios sobre los que se estructuró la Declaración de San Petersburgo: “la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”. Al respecto, dos finalidades o fundamentos filosóficos se desprenden, por un lado, el uso de medios y métodos de guerra debe estar dirigido no en contra de la población civil sino en contra de los miembros de las partes en conflicto, y, por el otro, el cumplimiento de las leyes de la guerra en todo caso está dirigido a la satisfacción de la necesidad y ventaja militar.

Este razonamiento se formó en la conciencia de las naciones europeas con pensadores como Hugo Grocio quien estableció que “uno debe tener cuidado de ser lo más justo posible, de prevenir la muerte de personas inocentes aún por accidente”.<sup>10</sup> Así mismo, el padre Francisco de Vitoria formuló el principio de distinción y proporcionalidad con bastante claridad:

10 “One must take care, so far as is possible, to prevent the death of innocent persons, even by accidents.”

Se ha de prever que en la guerra no se sigan mayores males de los que por ella se hayan de evitar. Por tanto, si para conseguir la victoria principal en una guerra representa poco el atacar una fortaleza o una ciudad en que hay una guarnición enemiga y allí se hallan muchos inocentes, no parece lícito que para combatir a unos pocos culpables se pueda matar a muchos inocentes, incendiando, empleando máquinas o de cualquier otro modo, porque indiferentemente perecerían inocentes y culpables (Valencia Villa, 2007).

No obstante, estos axiomas de la restricción de medios y métodos en la búsqueda de la derrota del enemigo, si bien contemplan una limitación en los daños superfluos e innecesarios sobre quienes cometen o conducen las hostilidades, no mencionan de forma directa la suerte de los civiles. De ahí que las represalias en algunas circunstancias sean permitidas en contra de estos, si la guerra era ilegítima o no cumplía con las disposiciones convencionales. En ese sentido, el Reglamento de Guerra Terrestre establece en el artículo 2:

los habitantes de un territorio no ocupado que al aproximarse el enemigo tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de organizarse conforme al artículo 1, serán considerados como beligerantes si llevan las armas ostensiblemente y si respetan las leyes y costumbres de la guerra.

Sin embargo, esto sugiere dos posiciones, una de tipo procedimental en cuanto a la aplicación de la convención y por tanto de las leyes de la guerra y otra que de manera más extensiva sugeriría que la conducción de hostilidades puede llevarse a cabo en contra de los habitantes de un territorio ocupado enemigo -población civil- cuando tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, y solo si estos respetan las leyes de la guerra -reciprocidad- se les tratará como beligerantes, de no ser así, no habrán límites para el uso de la fuerza.

Roberts (1994) recalca que la conformación de las leyes de la guerra estuvo mediada por los intereses de las potencias, como el papel de Rusia en la intención de limitar el creciente avance armamentístico de potencias como la norteamericana o las intenciones de los Estados Unidos de crear una corte de arbitraje para resolver las controversias bélicas, pero no por una motivación humanitaria (p. 121). Esto es curioso, pues como lo resalta el autor, para la prensa, estas convenciones y conferencias eran una intención de desarme, es decir, una estrategia para la paz o neutralización armada, más que la humanización de la guerra a través de su regularización.

Ahora bien, la protección de la población civil no estaba en el eje central de la regulación de las leyes de la guerra, como es evidente por la ausencia de una obligación de distinguir entre objetivos militares y población civil, como sí ocurre en el derecho contemporáneo. En contraste, el corpus de estas leyes establece la existencia de un principio de necesidad militar que, si bien desde San Petersburgo estaba en tensión con el principio de humanidad, se encuentra mayormente fundamentado dentro de las declaraciones y convenciones.

En expresión de esto, Gross (2022, p.23) menciona que el Código de Lieber de 1863, instrumento que puede ser tomado como parte de este cuerpo jurídico, a pesar de no ser un instrumento internacional, representa la conciencia de la época hacia la reglamentación de las guerras, incluso las internas, al señalar que el principio de necesidad militar es a la vez un concepto limitador y habilitante para la conducción de hostilidades, cuando menciona en el artículo 15:

toda destrucción directa de la vida y la integridad física de enemigos armados, y de otras personas cuya destrucción sea inevitable incidentalmente (...) permite la captura de todo enemigo armado, y de todo enemigo de importancia para el gobierno hostil, o de especial peligro para el captor enemigo armado y de todo enemigo importante para el gobierno hostil o que represente un peligro especial para el captor; permite toda destrucción de bienes y obstrucción de las vías y canales de tráfico, viaje o comunicación, y toda privación de sustento o medios de vida del enemigo.<sup>11</sup>

Sobre lo anterior, Heller (2012) enfatiza que, a pesar de estos intentos por proteger a los civiles de los ataques directos, como fue indicado también por los Tribunales Militares luego de Nuremberg, en esas leyes de la guerra existía un vacío en materia de protección directa a personas y bienes civiles. Por ende, la referencia de Israel a este marco jurídico bajo las premisas del pragmatismo da lugar a un defecto de protección sobre la población civil, en tanto avala ciertas conductas tomadas durante la operación Iron Sword, ya que se cumple con postulados de necesidad y ventaja militar en contra de actores armados no estatales bajo las leyes de la guerra, cuestión que riñe con el derecho internacional contemporáneo como se pasa a demostrar.

---

11 Traducción propia.

#### **1. 4. La visión humanitaria del sistema de Ginebra en los conflictos armados: una teleología para la guerra**

Tannenwald (2017) indica en una nota de terminología que las leyes de la guerra modernas son una combinación entre el derecho desarrollado en La Haya y el derecho de Ginebra, que parte de los CCG de 1949 (p. 4). Sobre el primero señala que se focaliza en la legalidad de las armas y las reglas de combate; frente al segundo, afirma que este se encarga de la protección de las víctimas de los conflictos armados. Esto daría lugar a un único sistema de normas aplicables en la actualidad e intercambiables en su denotación.

A pesar de esa visión comprensiva, algunos académicos como Crawford *et al.* (2023) destacan que el uso de las leyes de la guerra ha sido algo que viene de la práctica estatal del siglo XVIII, mientras que el DIH y “el derecho internacional de los conflictos” son términos acotados en el siglo XX por parte del CICR. Unido a esto, las autoras exploran una cuestión determinante para ubicar la finalidad y el alcance de las normas que regulan los conflictos armados, esto es, el uso de parte de algunos Estados de los términos “leyes de la guerra” o “derecho internacional de los conflictos armados”, por encima del concepto de DIH. El uso del lenguaje que hacen las unidades políticas de manera consciente debe ser evaluado para establecer si se realiza a través de un camino neutral o si tiene alguna carga filosófica sobre el cuerpo jurídico aplicable a las confrontaciones bélicas.

El uso de ciertas expresiones dentro del derecho, como se vio con las leyes de la guerra, en muchas ocasiones tiene una carga histórica, política y social. Así, por ejemplo, lo deja ver Clapham (2021) al referir que la empresa internacional de codificación posterior a la Segunda Guerra Mundial ha llevado a proscribir el término *war* —guerra— del derecho convencional para sustituirlo por el término de conflictos armados con el fin de liberarse de las argumentaciones políticas que tenía el primer término ante la comunidad internacional. Esta conclusión no es fortuita o carente de referencia ya que, si se observan los artículos 2 y 3 comunes a los CCG de 1949, es posible determinar el cambio terminológico de las situaciones de violencia bélica por la expresión conflictos armados, sean internacionales o no, además de romper con una de las principales cargas de las leyes de la guerra como era la reciprocidad (Quiroga-Villamarín, 2024, p. 348).

Las académicas destacan que el uso del término DIH es opuesto en mayor medida luego de las Conferencias de Ginebra de 1949, durante los años sesenta con los primeros borradores de los Protocolos Adicionales a los CCG (p. 199). En ese contexto, Jean Pictet escribió en 1966 los principios de DIH y posteriormente refirió que era preferible la expresión derecho humanitario, ya que la de leyes de la guerra no tiene como

primer propósito proteger a los seres humanos en los conflictos. Así, en 1968, en la Conferencia de Terán sobre derechos humanos realizada por la ONU, famosa por el establecimiento de una confluencia de marcos jurídicos internacionales, DIH y derechos humanos, se indicó que el “derecho de los conflictos armados” es igual que el DIH (ONU, 1968).

No obstante, ha sido el CICR quien ha puesto como término preferente al DIH por encima del de las leyes de la guerra. La Conferencia de la Cruz Roja de 1969 enfatizó en esta connotación, señalando que desarrolla y afirma como costumbre la protección de la naturaleza humana. Por tanto, que el término haga referencia a que esas normas de los conflictos armados tienen claramente una naturaleza llamada a proteger a los seres humanos y la propiedad esencial para ellos es evidente, ya que su formulación fue por razones humanas, incluso oponibles en la materialización de la necesidad militar, a través de la conducción de hostilidades, el uso de ciertas armas, el tratamiento de los prisioneros de guerra y la prohibición de represalias contra los civiles (Crawford et al., 2023, p. 206).

Sin embargo, como señala Nabulsi (1999), el tránsito filosófico de las leyes de la guerra a las nuevas convenciones no fue pacífico (p. 16). Por ejemplo, la cuestión de quiénes eran combatientes o no, referido en especial a los partisanos y miembros de grupos armados no estatales estuvo en el centro de la discusión. En las leyes de la guerra solo los soldados profesionales tenían la garantía del estatuto de beligerancia. Sin embargo, Estados como Francia influyeron en una visión liberal de la nueva regulación, ya que sus partisanos como unidades de resistencia a la ocupación Nazi habían sufrido varias afectaciones, por lo cual debía garantizarse en las nuevas convenciones un tratamiento igual al de los ejércitos oficiales (Mantilla, 2017, p. 41).

Asimismo, en las notas preliminares a los CCG, el CICR señaló que para el momento de la Conferencia era “conveniente también, y sobre todo, elabora[r] un Convenio para la protección de las personas civiles, cuya carencia había tenido tan crueles consecuencias durante los conflictos” (pp. 19-20). Si bien esta última nota no tiene vinculatoriedad más que ser doctrina autorizada de parte de la institución técnica que promovió las convenciones e intervino en la Conferencia, muestra la intención o *telos* de las convenciones y del sistema del DIH, al ser ellos los arquitectos de este.

Mantilla (2017) destaca el rol que jugó la Unión Soviética en su actuación como extremadamente humanitaria, pues los diplomáticos querían mostrar la contradicción de los Estados Unidos y el Reino Unido, quienes defendían las libertades y la democracia, pero tenían una posición conservadora en el desarrollo del DIH (pp. 42-45). Esto llevó al reconocimiento de garantías a miembros de grupos armados no estatales en el artículo 3 común a los CCG, y la extensión de derechos a

la población civil, incluso de los territorios ocupados, que habían sido considerados en la Segunda Guerra Mundial como civiles del enemigo.

En el marco de dicha conferencia, en la cual participaron 59 Estados con poderes plenos y 4 observadores y tuvo la intervención de expertos del CICR, se gestaron los CCG: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I-CG); II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II-CG); III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (III-CG), y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (IV-CG), todos del 12 de agosto de 1949.

Los CCG al igual que otros instrumentos jurídicos tienen un *telos*, o como lo ha reseñado Buis (2022), en los tratados internacionales se “ha reconocido una aproximación funcional o teleológica, que privilegia el objeto y el fin del tratado en cuestión” (p. 49). Así, el artículo 31 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados contempla que este tipo de interpretación debe ser hecha “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Es así como en algunas de las resoluciones producidas por la conferencia se puede ubicar el sentido humanitario de las nuevas regulaciones de los conflictos armados. En la Resolución 8 de la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949 se determinó “que sus trabajos han inspirado únicamente preocupaciones humanitarias, formula el ardiente deseo que jamás tengan los Gobiernos la necesidad de aplicar, en el futuro, estos Convenios para la protección de las víctimas de la guerra”.

Sin embargo, como se indicó previamente, será en las conferencias posteriores, principalmente en las de 1976-1977 para la formulación de los PP. AA. a los CCG, cuando se va a establecer una visión unificada de las leyes de la guerra con el derecho de Ginebra y, además, un *telos* humanitario para la conducción de las hostilidades que reformó la cuestión de la necesidad militar. Por ello, la doctrina del CICR en la conducción de hostilidades propone un balance entre la humanidad y la necesidad militar, aun cuando algunos críticos consideren que esto es desacertado pues sujetar la conducta bélica al principio de humanidad contradice los propósitos de la guerra (Alexander, 2015. p. 19).

Como última cuestión, se suman a esta visión humanitaria o *telos* las diferentes interpretaciones que se pueden tener sobre el cumplimiento de las reglas humanitarias desde una visión idealista del derecho internacional. Dejando de lado las

teorías críticas para atender un enfoque de valores concurrentes en los órganos internacionales, la perspectiva imperante en el uso del derecho humanitario es la racionalista, la cual entiende que la reglamentación de la guerra entre Estados (naciones civilizadas) se da por medio de los cuerpos jurídicos internacionales (Kant, 2012). Esta visión del DIH está dividida en dos bandos: los kantianos o idealistas, quienes creen en un orden jurídico universal y aspiracional que es obligante a todas las naciones por su esencia imperativa (Kelsen, 2023), y los utilitaristas o pragmáticos (Morrow, 2007), quienes consideran que si bien este ordenamiento puede ser universal, el cumplimiento de las normas se hace en dos vías: 1) la reducción de bajas de las propias tropas y 2) la connotación político-moral en sus relaciones con otros Estados, una visión basada en las lógicas expuestas en las leyes de la guerra. A pesar de la bifurcación, para ambos grupos de liberales, la limitación de la guerra a través del DIH se hace como un constructo de la sociedad internacional para reivindicar a la humanidad.

A este último punto de vista se suman los constructivistas (Gong, 1984), quienes consideran que el DIH fue producto de los tránsitos históricos de la práctica de la guerra, los cuales se sustentaron sobre los mitos de las naciones civilizadas y las bárbaras, para establecer unos mecanismos jurídicos con profundidad moral en la conducción de hostilidades, y cuya adecuación y cambio dependen de su tiempo. No obstante, a pesar de los puntos de vista filosóficos y políticos sobre lo que es el DIH, bajo la revisión histórica del desarrollo de los CCG, se tiene que este marco jurídico internacional compromete una empresa humanitaria —idealista— en la conducción de hostilidades que vincula la protección de la población civil como primer pilar y, consecuente con ello, se enarbolan las demás limitaciones a los medios y métodos de guerra, al tratamiento a capturados, a la administración de territorios ocupados y demás situaciones que se desenvuelven en medio de las confrontaciones bélicas. No es fortuito que la CIJ en el caso de los ensayos nucleares expusiera que “el principio de distinción es uno de los principios cardinales del DIH y un principio no trasgresible del derecho internacional consuetudinario” (Henckaerts & Doswald-Beck, 2009, p. 5).

En consecuencia, el *telos* del DIH o el objeto y propósito desde una visión normativa es la protección de la población civil durante los conflictos armados (Macak & Policinski, 2024, p. 415-16). Por tanto, las normas de los CCG y sus PP. AA., a diferencia de aquellas de las leyes de la guerra, no pueden ceder ante la sola existencia de necesidad y ventaja militar, pues la finalidad que persiguen y las sustentan son totalmente diferentes. En tal sentido, Israel, al ser un Estado parte de los CCG, debe cumplir con este presupuesto interpretativo al aplicar la fuerza letal en contra de la

población de Gaza, a pesar de que invoque las viejas leyes de la guerra durante su despliegue operacional.

## 2. El estándar de comandante razonable como dispositivo operativo del *telos* humanitario

Aclarada la coexistencia y diferencia de los dos términos, así como su *telos* luego de la Segunda Guerra Mundial, debe agregarse a este juicio operacional un elemento adicional y persistente en el desarrollo de la práctica de la guerra: el criterio de “comandante razonable”. Dicho precepto surge desde la profesionalización de los ejércitos y, precisamente, es el vehículo para definir la interacción entre la visión militar y los límites humanitarios de las hostilidades. Boddens (2020) indica que el comandante militar siempre debe hacer una evaluación previa del ataque, donde debe tener en cuenta toda la información razonablemente disponible al momento de planificar la operación (p. 173).

Aquí es donde el *telos* de las convenciones se enfrenta a la práctica de la guerra y, en consecuencia, surgen desafíos para la decisión militar. La tradición racionalista occidental nos plantea que toda actividad humana tiene una visión *a priori* y otra *a posteriori*, lo que nos conduce a tener un momento reflexivo en la toma de decisiones, incluso, en las relacionadas con operaciones militares que conllevan un proceso intelectual. Durante la Guerra de los Treinta Años, Gustavo Adolfo de Suecia estableció que “todo coronel o capitán debe comandar a sus soldados para hacer sus acciones bajo las reglas de la guerra” (Bassiouni, 1999), esto quiere decir, que el operador militar tiene la capacidad de fijar estándares sobre el uso de la fuerza bélica.

Así, por ejemplo, el Código de Lieber estableció en su artículo 19 que “los comandantes siempre que sea admisible tener información del enemigo y del lugar que tiene la intención de bombardear, así como de los no combatientes, y en especial de mujeres y niños, estos últimos pueden ser removidos de los ataques”.<sup>12</sup> Como se observa, la racionalidad en el despliegue de ataques bélicos es una de las construcciones sociales que las leyes de la guerra llevaron a cabo durante los primeros siglos de la modernidad. Además, el enunciado jurídico refleja lo que Clausewitz reconocía como una dialéctica entre las fuerzas físicas y las morales, como la continua contradicción y convergencia de la finalidad y los medios de la guerra (Howard,

12 Puede verse: “Section I : Martial Law -- Military Jurisdiction -- Military Necessity - Retaliation - Art. 19. Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the noncombatants, and especially the women and children, may be removed before the bombardment commences. But it is no infraction of the common law of war to omit thus to inform the enemy. Surprise may be a necessity” (Lieber Code, 1863).

2002, p. 35), ya que oponen la necesidad de derrotar a los enemigos a los daños que puedan ocasionar sobre un inocente que no participa en el conflicto. Estas cuestiones siempre presentes en el razonamiento de un comandante deben atenderse desde las lógicas del derecho aplicable.

Para el filósofo Jon Elster (2008), la razón es la que se opone a las pasiones o a los intereses, así lo demuestra Seneca en *De la colera*, donde se da la oposición entre razón y pasiones, mientras que durante la revolución francesa Bruyere señala: “nada cuesta menos a la pasión que ponerse por encima de la razón” (p. 9). Este esquema sobre la razón o la racionalidad es importante en el accionar militar pues precisamente implica dejar de lado las pasiones o intereses propios, sean étnicos, nacionales o raciales, para, en consecuencia, en el ejercicio de la guerra tomar la mejor decisión dentro del sistema de reglas.

Esto se puede ver en la práctica, donde, por ejemplo, el Reporte *final de persecución* del comité establecido para revisar la campaña de bombardeos de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en contra de la República Federal de Yugoslavia señaló, entre otras cosas, refirió que la asignación de valores a la vida de civiles y de la ventaja militar va a ser diferente dependiendo de la persona a quien se le asigna un valor, por lo que deben tenerse en cuenta antecedentes, entrenamiento y motivos (Boddens, 2020, p. 173).

En ese sentido, el experto Solis (2016) recalca que, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando el General MacArthur estaba defendiendo Manila en Filipinas y sus subordinados le solicitaron permiso para bombardear las posiciones del enemigo en la ciudad, este se reusó y les increpó: “ustedes probablemente podrían matar a los japoneses, pero en ese lugar hay miles de filipinos civiles quienes podrían morir también. El mundo tendría en sus manos el horror si nosotros hiciéramos algo como eso” (p. 296). El criterio de “comandante razonable” es fundamental para la valoración de estos casos, pues muestra que incluso en la guerra existen límites; si bien se tiene que el objetivo de esta es la derrota del enemigo, al menos desde la gestación de una conciencia pública internacional, esto no significa el arrasamiento o exterminio del mismo y de su población civil.

En ese orden, el historiador de la guerra John Keegan (2014,) indica que “el hombre guerrero no es un agente de voluntad desenfrenada, aunque en la guerra traspase los límites que la convención y prudencia material suelen imponer a la conducta. La guerra siempre es limitada, no porque el hombre lo elija, sino porque así lo determina la naturaleza” (p. 112).

Entonces, la restricción de la guerra es propia de la esencia de lo humano, pues atiende a una interacción del mundo con la experiencia, en este caso con los

vejámenes de la misma, como le sucedió a Henry Dunat en Solferino, o a las delegaciones rusas luego de ver las consecuencias de las balas expansivas. Por lo que el establecimiento de las leyes de la guerra y del DIH presuponen una idea de racionalidad humana producida a través de la reflexión de situaciones empíricas. Elster (2008) propone que la construcción de la idea de la razón depende de tres elementos: imparcialidad entre las personas, imparcialidad temporal y creencias racionales o bien fundadas.

Estas regulaciones conducen a un individuo racional, imparcial y establecido sobre un sistema objetivo de regulaciones que limitan esa dialéctica entre las fuerzas físicas y las fuerzas morales. Volviendo a Elster (2008), el actor racional “es el que actúa por razones suficientes” (p. 10). Esas razones son las creencias o los deseos a la luz de los cuales la acción aparece como apropiada; sin embargo, el filósofo diferencia entre “actuar conforme a la razón” y “actuar por buenas razones”, pues la primera es singular y objetiva y las segundas son plurales y subjetivas. Así, un comandante razonable tendrá imparcialidad entre las personas que hacen parte de los conflictos armados, sean civiles o combatientes, en tanto sus creencias racionales serán fundadas en el DIH.

En consecuencia, un estándar de “comandante razonable” no obedecerá a “actuar con buenas razones”, sino que será la acción tomada por el operador militar de acuerdo con “la razón”, lo que en la práctica implica otra serie de elementos como el conocimiento del DIH, como primer parámetro de actuación; en segundo lugar y derivado de ello, el deber de recoger la información suficiente y disponible para valorar la determinación en el ataque para que sea apropiada e imparcial, y, finalmente, el enajenamiento de pasiones e intereses, a pesar de que *prima facie* el desarrollo de la guerra imponga una carga en sí misma —necesidad militar— de derrotar al enemigo y proteger a su propia parte. Como se vio, el *telos* de las normas humanitarias surgidas de los CCG es la protección de la población civil, por lo que el comandante razonable deberá entonces valorar siempre este elemento al momento de desplegar cualquier medio o método de guerra. Situación que es cuestionable en la operación Iron Sword, como se verá más adelante.

### **2.1. El estándar de comandante razonable en la jurisprudencia**

La primera vez que se identifica el estándar de “comandante militar razonable” es en el informe final sobre la persecución penal sobre la campaña de bombardeos de la OTAN sobre la Federación de Yugoslavia, cuando la fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) señaló que la aplicación del principio de proporcionalidad debía resolverse caso por caso y, por tanto, siempre sería necesario establecer si los valores considerados por los operadores militares frente a la

ventaja militar y a los daños de los no-combatientes, los consideraría un “comandante militar razonable” (TPIY, 1999, pp. 49-50). Esta visión fue retomada por el propio TPIY (2003) en el *caso Galic*, en el cual indicó:

en el establecimiento si un ataque fue proporcional es necesario examinar si una persona razonable bien informada en las circunstancias del perpetrador, haciendo el uso racional de la información disponible para él o ella, podría haber esperado los daños excesivos resultado de un ataque ordenado (pár. 58).

Ramírez Gutiérrez (2023) señala que “Para tal efecto, las circunstancias e impacto que se consideran razonables o previsibles dependen de los escenarios de la planeación, de quien decide y de quien lanza los ataques —en este punto es pertinente revisar las [Rules of engagement] (ROE)—”. Así las cosas, el estándar desarrollado por el TPIY en cuanto a la razonabilidad del ataque desplegado y la comprensión tanto de la ventaja militar concreta, directa y anticipada, así como de los posibles daños incidentales, es decir, la decisión tomada en la planeación y en la ejecución del ataque también lo hubiera hecho “una persona con buena y razonable información disponible por él o ella, y podría haber esperado —previsto— causas excesivas contra civiles como resultado del ataque” (TPIY, 2003, pár. 58).

En el *caso Prlic*, el TPIY reiteró el concepto en el análisis del ataque contra el puente de Mostar, el *Old Bridge*, al determinar que el impacto sobre la población musulmana de Mostar fue desproporcionado respecto de la ventaja militar directa, concreta y anticipada por la destrucción del puente, lo que obvia claramente la razonabilidad de la decisión militar (TPIY, 2013). En la sala de apelaciones del TPIY (2017) se mencionó que “los elementos de una destrucción sin sentido no son justificados por la necesidad militar, y que esto viola las leyes y costumbres de la guerra” (2017).

Como se ve, la jurisprudencia adopta una posición de racionalidad y cumplimiento del fin humanitario de las normas que conducen las hostilidades, ya que la necesidad o ventaja militar en sí misma no conlleva la legalidad de las operaciones. Ahora bien, este concepto es plenamente jurisprudencial, ya que, si bien uno de los instrumentos más reglados es el PAI, este no contiene el criterio explícito de comandante razonable, por lo que su aparición es deducible de las decisiones citadas que consagraron este criterio de evaluación del planeamiento militar, a partir de los principios de distinción, precaución y proporcionalidad. Por tanto, desde al menos 1977 a nivel convencional se requiere del operador militar un análisis racional sobre la planeación y ejecución militar con el fin de que se cumpla con el balance entre la

necesidad militar y la humanidad (Ramírez Gutiérrez, 2023). De otra forma, las cuestiones prácticas de la guerra serían resueltas de manera sencilla a través del uso de armas indiscriminadas, como las bombas atómicas, que aseguran una destrucción total, o al menos parcial, y evitan costos militares a la parte. En el caso de Israel, este concepto ha sido adoptado en el derecho interno, en el sentido de que la noción de razonabilidad depende del nivel de experticia de quienes conducen las operaciones militares, por lo que, en dicho Estado, el estándar se considera ya no con el término de persona razonable, sino con el de comandante razonable (Israel Ministry Foreign Affairs, 2015).

### **3. Visiones humanitarias sobre la aplicación de los principios de distinción y proporcionalidad desde el estándar de comandante razonable en la Franja de Gaza**

Determinado el marco normativo y teleológico aplicable y vinculante para las FDI, como es el DIH que agrupa tanto el derecho desarrollado en La Haya como el de Ginebra, los cuales tienen como objeto y propósito la protección de la persona humana, debe decirse que para valorar algunos de los ataques de la operación Iron Sword hay un gran conglomerado de instrumentos pertinentes en la revisión de usos de medios y métodos de guerra, como la Declaración de San Petersburgo, las Cuatro Convenciones de la Haya, los CCG y sus dos PP. AA. de 1977. Adicionalmente, otros instrumentos como la Convención de La Haya de 1954 o la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (CCW) de 1980 y sus PP. AA. entran dentro de este entramado jurídico internacional bajo la condición del *pacta sunt servanda*, es decir dependen de la ratificación de los Estados para su cumplimiento y exigibilidad.

Entonces, dado que Israel y Palestina han ratificado varias de las convenciones del *corpus iuris* internacional reseñado, ambos deben hacer aplicación de este en el desarrollo de las hostilidades. También es claro que Israel, por ejemplo, no ha ratificado algunos de los PP. AA. importantes para el desarrollo de la confrontación bélica como el PAI. Pese a ello, en los últimos 30 años, ha surgido una corriente de actualización y uso de la denominada costumbre internacional en los conflictos armados, donde a partir de la práctica reiterada y de la *opinio iuris* de los Estados se ha establecido de la mano de tribunales internacionales, como el TPIY y con el apoyo del CICR con su estudio de normas consuetudinarias, una identificación de reglas aplicables a las confrontaciones bélicas (Henckaerts, 2005).

Por consiguiente, la valoración de las operaciones militares, sean de los ataques individuales o en su conjunto, como sugiere el artículo 47 del PAI, deben tener una

valoración *ex ante* de la conducta bajo el tamiz de las reglas de distinción, precaución y proporcionalidad de la mano de la información disponible, además, en sus valoraciones subjetivas de lo que son la ventaja militar y los daños incidentales esperados, que debe tener como parámetro objetivo de razonabilidad la reducción y evitación de lesiones sobre los civiles en su máxima expresión (Ramírez Gutiérrez, 2023). Esto en la práctica se ve concretado con el uso del DIH y las ROE, bajo la noción explicada de razonabilidad, en un nivel de experticia de quienes conducen operaciones militares, es decir, lo que haría un comandante razonable (Israel Ministry Foreign Affairs, 2015, p.317). A continuación, desde el *telos* del DIH y del sistema de normas que rigen las confrontaciones en el territorio de Gaza revisaré algunos casos de conducción de las hostilidades desplegadas por el FDI.

### **3.1. Principios de distinción, precaución y proporcionalidad en el desarrollo de los ataques**

El 12 de noviembre de 2023 iniciaron bombardeos masivos sobre el norte de Gaza, que dejaron al menos 1300 civiles muertos y otros 6000 heridos (Amnesty, 2023). Estos ataques pueden ser considerados como ataques indiscriminados y contrarios al principio de distinción y protección de la población civil parte del DIH consuetudinario como lo mencionó la CIJ (1996, par. 78-79). Es fundamental recordar que si bien Israel no ha firmado el PAI que consagra en su artículo 51.1. la protección de la población civil, como fue aludido, el sistema de reglas en los conflictos armados tiene como *telos* la protección de los seres humanos, en este caso la población civil.

Tannenwald (2017) resalta que dos principios básicos cobijan al *ius in bello*, el principio de discriminación o disensión y el principio de proporcionalidad. Sobre el primero se requiere distinguir en los escenarios de conflictos armados entre civiles y soldados o partícipes en las hostilidades, y entre objetivos militares y bienes civiles (p. 9). Sobre el segundo, se requiere un balance entre la ventaja militar buscada y el costo en términos de vidas. Desde el derecho consuetudinario el deber de distinguir en los conflictos armados tiene una dimensión amplia: 1) distinguir entre civiles y combatientes o partícipes en las hostilidades; 2) distinguir cuando es un actor armado de la población civil; 3) no usar escudos humanos; 4) no hacer actos de terror contra la población civil; 5) prever que estos no tengan un carácter indiscriminado sea por el objetivo militar que se está atacando o por el tipo de arma que se está usando al momento de lanzar ataques, y 6) no tomar represalias en contra de la población del enemigo (Melzer, 2016, p. 85).

Así, la normas 1, 2, 11 y 13 consuetudinarias identificadas por el CICR forman un núcleo de protección que no puede ser desentendido por Israel en sus ataques,

así invoque las leyes de la guerra. De tal modo, en los bombardeos iniciados en noviembre de 2023, se ha evidenciado la afectación de la infraestructura crítica, es decir, plantas eléctricas y de agua potable, así como centros hospitalarios y edificios de familias palestinas, con lo que se ha transgredido la primera obligación de los Estados en los usos de la fuerza durante los conflictos armados: el principio de distinción.

En gracia de discusión, el Estado de Israel fundamentó sus ataques en el uso de la legítima defensa, provisión propia del *ius ad bellum*. No obstante, en el marco del DIH, en sus reportes no se ha mostrado cuáles han sido las ventajas militares directas, concretas y anticipadas obtenidas o incluso la existencia real de objetivos militares cerca o debajo de la infraestructura civil. Al respecto, el ТРІУ en el caso *Stakic* señaló respecto de un ataque del ejército serbio sobre la población civil, personas y bienes, de Prijedor en Bosnia, que “la naturaleza y la extensión de la destrucción fue totalmente injustificada” a pesar de que el ataque se ocasionó luego de que un contingente paramilitar musulmán diera de baja a varios miembros de la tropa serbia. Para la Cámara de Decisiones, “las fuerzas militares entraron en una zona civil y destruyeron viviendas y comercios” sin justificación, como lo indicó uno de los militares expertos: ese acto fue “contrario a las normas de la guerra terrestre” (par. 281). Lo que muestra que el *ius ad bellum* no habilita el desconocimiento del DIH.

No obstante, para Israel, la conducción de las hostilidades se ajusta a las leyes de la guerra, así lo señaló en la respuesta a la demanda elevada por Sudáfrica, ante la CIJ por la posible comisión de un genocidio:

en primer lugar, el marco jurídico aplicable en Gaza es el [DIH] y no la Convención de Genocidio. Lo anterior lleva a que, en el escenario de guerra urbana, los daños incidentales civiles puedan ser una consecuencia intencional de los ataques a objetivos militares legítimos (...) existe un mal entendimiento de los hechos que obvian los esfuerzos de Israel de mitigar el daño y sufrimiento en la conducción de operaciones humanitarias (...) por tanto, el gobierno Israelí señaló que ha tomado la responsabilidad de proteger a los ciudadanos, desde los ataques del 07 de octubre, incluyendo aquellos que fueron capturados y tomados como rehenes. En consecuencia, Israel reclama que el derecho a su legítima defensa sea también evaluado en esta situación (CIJ, 2022a, par. 40).

Este raciocinio próximo a la visión clásica de las leyes de la guerra, donde la separación del *ius in bello* y del *ius ad bellum* no había sido completa, muestra una

interpretación de las normas humanitarias del Estado de Israel en la conducción de hostilidades, que se aleja de la visión adoptada en los CCG desde 1949, que en la práctica implica el aumento de las bajas de civiles. Al respecto, McMahan (2008) mantiene esa carga “moral” sobre la aplicación de las normas humanitarias y la guerra justa, pues, para el autor en los eventos donde “el enemigo” lleva a cabo una guerra injusta, esto implicaría el desconocer los límites morales o humanitarios de la guerra —*asymetric approach*— (p. 22). Esta aproximación llevaría a que en ciertas circunstancias las comunidades civiles de la parte en conflicto que se considera hacen la guerra injusta puedan ser atacadas, como lo han justificado en ciertas circunstancias las FDI; interpretación que en el DIH moderno no es permitida como se mostró en líneas anteriores por el *telos* que lo gobierna.

En un reportaje de Amnesty (2023), en el barrio Al-Zeitoun en Gaza, dos bombas cayeron en la cima de un edificio civil y lo derrumbaron, uno de los testigos indicó que estaba con su esposa embarazada, quien afortunadamente sobrevivió porque estaba en uno de los pisos superiores. En la investigación que hizo la ONG internacional, esta encontró por parte de los testigos que las FDI no alertaron sobre los bombardeos a los pobladores.

En otro reporte, Amnesty señala que, en un ataque aéreo del 10 de octubre, se dio de baja a una familia de 12 miembros entre los que se encontraban tres niños. Los miembros del ejército israelí señalaron que habían atacado objetivos militares de Hamas en la zona; sin embargo, no aportaron más información o pruebas de la existencia de esos objetivos militares. Como señala Turns (2016), hoy en día los intentos deliberados de aterrorizar a la población civil están prohibidos y con ello los denominados bombardeos de área, pues no separan a la población civil y sus bienes de los objetivos militares y, por tanto, son considerados ataques indiscriminados (p. 155). Así lo confirma la norma 13 del estudio consuetudinario que indica:

Están prohibidos los ataques mediante bombardeo por cualquier método o medio que considere como objetivo militar único una serie de objetivos militares claramente separados y distintos situados en una ciudad, pueblo, aldea u otra zona que contenga una concentración similar de civiles u objetos civiles.

Este análisis es esencial pues si Israel tiene la obligación de aplicar el DIH y dice aplicarlo así sea bajo la locución de las leyes de la guerra, debe distinguir entre la población palestina y los objetivos militares de Hamas. Además, desde el presupuesto de comandante razonable, es claro que un bombardeo sobre un barrio en donde

vive la población va a dejar mayor número de bajas civiles que ventajas militares concretas por lo que debe suspender ese tipo de operaciones militares que contrarían el *ius in bello*. Israel señaló:

[s]i bien es cierto que muchos civiles han sido evacuados a Rafah en los últimos meses, no es menos cierto que la ciudad de Rafah también sirve de bastión militar para Hamás, que sigue representando una amenaza significativa para el Estado de Israel y sus ciudadanos (CIJ, 2022b, par. 25).

Sobre lo anterior, un elemento que entra en juego a la hora de revisar la conducción de hostilidades son precisamente las interpretaciones sobre los principios de precaución y proporcionalidad. Como bien se dijo, Israel no es parte del PAI; no obstante, estas disposiciones que han sido confirmadas por la práctica de los Estados se encuentran dentro del derecho consuetudinario.

La norma que estructura el deber de proporcionalidad del ataque es la norma 14 del Estudio del CICR, tanto en situaciones de CANI como en CAI. La regla establece: “queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista” (Henckaerts & Doswald, 2009, p. 46).

Bothe (1982) sostiene que esta regla-principio es inherente al principio de humanidad, el cual se hizo explícitamente aplicable al PAII en su preámbulo y a los CCG y, por ello, no puede ignorarse su aplicación (p. 678). Esta precisión es fundamental, ya que la aplicación del principio de proporcionalidad ha tenido una interpretación dual; por un lado, desde la visión utilitarista o pragmática, se ha establecido la doctrina del doble efecto (*double effect*), que contempla el sacrificio de vidas humanas por un bien mayor (Cohen & Zlotogorski, 2021, p.15). Por el otro lado, la concepción idealista limita el despliegue de operaciones militares que tengan un alto costo humano a pesar de las posibles ventajas militares. Está última como se explicó a lo largo del texto se acompaña con el *telos* de los CCG.

Además, en el ámbito convencional, los deberes de los comandantes están definidos dentro de los artículos 57 y 58 del PAI, donde se establecen directrices claras sobre la toma de decisiones en desarrollo del principio de precaución. También en el artículo 3. (8) (c) de la CCW. Por tal motivo, el establecimiento claro de las reglas de conducción de operaciones y su cumplimiento reflexivo de parte de quienes planifican y ejecutan operaciones militares son la garantía plena de llevar la guerra desde un espectro más ético y humano.

Según el medio Al Jazeera (2024), los bombardeos a Gaza se han mantenido, así lo confirmó la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitario (OCHA), que señaló que del 2 al 4 de febrero, 234 palestinos fueron asesinados y 343 habían sido heridos. Por otro lado, el ejército israelí ha llevado a cabo acciones destructivas en contra de las zonas residenciales en Gaza, estos ataques estuvieron concentrados sobre Deir el-Balah, lugar donde los palestinos se resguardaban.

En palabras de Gillard (2018), la regla o principio de proporcionalidad tiene especial relevancia en los conflictos modernos dado que su punto de impacto en la actualidad está en las locaciones urbanas en donde pueden concurrir personas y bienes civiles en inmediaciones de los objetivos militares (p. 8). No obstante, para esta investigadora no toda muerte es una infracción a la regla de proporcionalidad, ni todo daño puede ser catalogado desde el lente de proporcionalidad, en su criterio existen unas condiciones necesarias que deben comprobarse para hacer un análisis de proporcionalidad:

- El daño debe ser incidental, esto es que debe ocurrir en el curso de un ataque directo a un objetivo militar.
- El daño debe ser esperado, es decir, que se presupone su ocurrencia como resultado del ataque.
- Solo se trata de daños específicos contemplados por el DIH como son muertes, lesiones de civiles y daños a objetos civiles.

La proporcionalidad no es una prohibición absoluta en los ataques, ya que los comandantes militares tienen discrecionalidad en el planeamiento de las operaciones bélicas; no obstante, en virtud del derecho consuetudinario, la toma de decisiones no puede estar desprovista de ciertas reglas de limitación de violencia organizada en contra de la población y bienes civiles como lo es la no producción de daños colaterales excesivos al propósito militar definido. Así, dentro del espectro de uso de armas explosivas, el CICR (2023b), en virtud del *telos* humanitario, ha creado una serie de guías para el uso de armas pesadas en entornos urbanos que en el caso de Gaza no se han considerado. Lo anterior trae una fuerte responsabilidad de las autoridades castrenses, pues los superiores militares solo pueden efectuar sus operaciones después de haber tomado determinaciones razonables frente a “la relativa importancia de varios intereses a la luz de la real necesidad en la situación en cuestión” y desde el lente del humanitarismo.

## 3.2. Evaluación de protecciones especiales bajo el DIH

### ¿Qué hacer con los bienes de doble uso en escenarios complejos como la guerra urbana en el norte de Gaza?

El 2 de febrero de 2024 se reportó por parte de la Media Luna Roja hostigamientos al hospital Al-Amail, los cuales duraron 11 días consecutivos, así como el tercer asalto ocurrido por parte de las FDI. Sobre el particular se tiene que más de la mitad de los 2.3 millones de habitantes de Gaza se refugian en Rafah, algunos dentro del hospital (Al Jazeera, 2024). Los hospitales Al Nasser fueron bombardeados por el ejército israelí según han denunciado Médicos Sin Fronteras (*El País*, 2024).

Varios de los argumentos expresados por las autoridades israelíes han sido la presencia de bases subterráneas de Hamas en los hospitales. Sin embargo, a pesar de la posible presencia de miembros de grupos armados y, por tanto, de su connotación como objetivo militar, ante el DIH, las autoridades deben evaluar los principios de distinción, precaución y proporcionalidad, y determinar si a pesar de identificar un objetivo militar es razonable que un bombardeo supere la discriminación del ataque entre combatientes y civiles; por otro lado, que de ser plausible la identificación de un objetivo militar delimitado, el número de daños incidentales como la muerte, los heridos y la destrucción de los servicios sanitarios superan la ventaja militar directa concreta y anticipada.

Sobre este punto Israel ha indicado: “sigue adoptando medidas extraordinarias para reducir al mínimo los daños a los civiles palestinos en Gaza, en particular informando a los civiles de las operaciones previstas por las [FDI] en zonas específicas, estableciendo procedimientos claros y definidos de selección de objetivos a fin de alcanzar las necesidades militares requeridas reduciendo al mínimo los daños a los civiles” (CIJ, 2022b, par. 26). No obstante, las grandes cifras de víctimas reportadas en los diferentes ataques que componen la operación Iron Sword demuestran lo contrario. La CIJ (2022b) en su segundo pronunciamiento sobre medidas provisionales señaló:

la catastrófica situación humanitaria en la Franja de Gaza (...) corría grave riesgo de deteriorarse, se ha deteriorado, y lo ha hecho aún más desde que la Corte adoptó su Auto de 28 de marzo de 2024. A este respecto, la Corte observa que las preocupaciones que expresó en su decisión (...) con respecto a los acontecimientos en Rafah se han materializado, y que la situación humanitaria debe calificarse ahora de desastrosa. Tras semanas de intensificación de los bombardeos militares de Rafah, adonde habían huido más de un millón de palestinos

como consecuencia de las órdenes de evacuación israelíes que abarcaban más de tres cuartas partes de todo el territorio de Gaza, el 6 de mayo de 2024 Israel ordenó a casi 100.000 palestinos que evacuaran la parte oriental de Rafah y se trasladaran a las zonas de Al-Mawasi y Khan Younis antes de una ofensiva militar prevista. La ofensiva militar terrestre en Rafah, que Israel inició el 7 de mayo de 2024, sigue en curso y ha dado lugar a nuevas órdenes de evacuación. Como resultado, según informes de las Naciones Unidas, casi 800.000 personas han sido desplazadas de Rafah hasta el 18 de mayo de 2024 (par. 28).

A pesar de estos argumentos de Israel, bajo el estándar del comandante militar razonable y de las obligaciones —*telos*— derivadas del DIH, no resulta lógico ni legal lanzar ataques como los reseñados previamente, ya que las pérdidas que producen sobre la población civil superan de lejos cualquier ventaja militar. Así, por ejemplo, el Manual Internacional sobre Derecho Aplicable a la Guerra Aérea (MAMW) en su regla 14, consagra la regla de proporcionalidad en la conducción de hostilidades, entendida como la valoración *ex ante*, es decir, está inserta en la planeación de la operación militar, pues es pieza central de los ataques producto de un deliberado proceso de selección y fijación del objetivo.

Ahora bien, dado que los hechos son complejos porque incluso objetos civiles como hospitales, escuelas y campos de refugiados pueden convertirse en objetivos militares como indica la norma 8 consuetudinaria, ya sea por su naturaleza, ubicación, propósito o uso —si Hamás los utiliza con fines militares—. No puede olvidarse que incluso si se utilizan de este modo, debe realizarse un cálculo de proporcionalidad, donde la lógica humanitaria también es inherente a este principio. Así, de manera operativa, se exige que se alcance un equilibrio en el que el daño incidental a los civiles (vidas, lesiones o daños a sus objetos) no sea excesivo en relación con la ventaja militar prevista (directa, factible y concreta). El TPIY (2003a) sostuvo en el *caso Galíc*:

La obligación básica de preservar a los civiles y los bienes de carácter civil en la medida de lo posible debe guiar a la parte atacante a la hora de considerar la proporcionalidad de un ataque. Para determinar si un ataque fue proporcionado es necesario examinar si una persona razonablemente bien informada en las circunstancias del autor real, haciendo un uso razonable de la información de que disponía, podría haber esperado que el ataque causara un número excesivo de víctimas civiles.

Este caso estableció la norma del “mando militar razonable”, que resulta útil para examinar la tensión entre la necesidad militar y los objetivos humanitarios. Obliga a los mandos militares a utilizar toda la información disponible, las normas humanitarias y el sentido común a la hora de llevar a cabo una operación militar contra un objeto beligerante. Por consiguiente, la campaña de bombardeos de Israel en el norte de la Franja de Gaza no solo tiene propósitos militares, sino también consecuencias humanitarias. Por ejemplo, los ataques contra infraestructuras críticas, centrales eléctricas y hospitales han causado víctimas civiles, tanto directa como indirectamente. Ha habido críticas similares por parte de comentaristas en relación con las campañas de bombardeos en Irak, Afganistán y Serbia, donde hubo “un nivel inaceptablemente alto de bajas civiles, especialmente si se compara con el bajo nivel de bajas de combatientes de la fuerza atacante” (Byron, 2012).

En Irak, se criticaron los ataques contra objetos de doble uso, como una red eléctrica, que podían haber contribuido a la acción militar pero también afectado la vida civil. En este caso, la misma censura podría dirigirse a la operación de bombardeo en Gaza, que ha afectado a sistemas hidráulicos y hospitales. Los niños, que tienen derecho a un respeto y protección especiales en los conflictos armados, han sido los más afectados debido a la falta de acceso a agua, alimentos y atención sanitaria. Algunos académicos internacionales como Greenwood (1993) sostienen incluso que no existe una categoría intermedia de objetos de “doble uso” porque un objeto o es militar o no lo es. Otros autores como Rowe (2000) mantienen que los términos “contribución efectiva a la acción militar” y “ventaja militar definida” deben interpretarse de forma limitada. Una forma de hacerlo es a través del *telos* del objetivo humanitario del DIH, que es proteger a los civiles (Ramírez Gutiérrez, 2023).

Como ya lo había señalado el Reporte Goldstein (ONU, 2009), este tipo de operaciones desplegadas por Israel sobre Gaza desconocen el DIH, incluso bajo la premisa de las alertas anticipadas de bombardeos sobre la población civil, pues resultan muy poco efectivas para salvaguardar a la población. Al planificar las operaciones militares, las fuerzas armadas israelíes deben tener una visión humanitaria que se atenga a este *telos*. Por ello, incluso cuando un objeto civil se convierte en objetivo militar en el “ciclo de selección de objetivos”, sigue siendo importante definir de qué tipo de bien se trata (por ejemplo, un campo de refugiados, un hospital o una red eléctrica), evaluar cuántos civiles hay presentes, así como las consecuencias de un ataque contra este. Por ejemplo, un ataque contra una red eléctrica en Irak provocó el cierre de plantas de purificación de agua y de tratamiento de aguas residuales y “se desencadenaron epidemias de gastroenteritis, cólera y tífus que quizá causaron hasta 100000 muertes de civiles y duplicaron la tasa de mortalidad

infantil” (Rizer, 2001). Esto hace que, así como las unidades militares evalúan la extensión de la necesidad y de la ventaja militar al momento de planificar sus ataques, de la misma forma debe hacerse con las consecuencias humanitarias para cumplir con la finalidad del cuerpo jurídico humanitario.

## Consideraciones finales

La interpretación del derecho que gobierna los objetivos militares y las afectaciones a los civiles es una tarea compleja que requiere la valoración contextual de cada operación militar. No obstante, la situación en Gaza es una violación del derecho internacional que va en contra del propósito de los redactores y firmantes del DIH, pues como se infiere de las operaciones a gran escala desplegadas en contra de bienes y poblaciones civiles, la manera en que Israel ha llevado la guerra no concuerda con la lógica humanitaria, ya que se le ha dado un sobre valor a la necesidad militar y a otros principios de las antiguas leyes de la guerra como la reciprocidad, la condición de “actor armado no estatal” de Hamas, así como, al *ius ad bellum*, en concreto, al derecho a la legítima defensa, para apoyar los ataques en el marco de la operación Iron Sword. Sin embargo, como se observó a lo largo del texto, existe un *telos* dentro de los CCG y sus PP. AA., que sobrelleva una visión más restringida de la conducción de las hostilidades. Theodor Meron (2000) indicó que las conferencias de Ginebra fueron la “humanización del derecho internacional humanitario”, pues ese marco jurídico universal proscribió elementos de las antiguas leyes de la guerra como la reciprocidad. Esta ruptura normativa de mediados del siglo XX coincidió con una disolución filosófica de posguerra que imprimió una fuerza especial al humanitarismo en el derecho internacional.

Desde entonces, el antagonismo entre humanidad y necesidad militar ha estado en una dialéctica incesante, con experiencias como Vietnam o la Guerra contra el terrorismo luego del 11 de septiembre de 2001, que han llevado a plantearse escenarios interpretativos de las normas humanitarias en un espectro internacional liberal, donde el pragmatismo y el idealismo están en una pugna hermenéutica sobre los límites de la violencia letal. A pesar de ello, no existe un desequilibrio a favor de los objetivos militares a expensas de los civiles. Las normas básicas del DIH de distinción, proporcionalidad y precaución necesitan una aplicación humanitaria o más civiles sufrirán bajo el cuestionable “uso” del derecho internacional. La conducción de las hostilidades debería presentar un desequilibrio entre la necesidad militar y la perspectiva humanitaria, privilegiando la segunda. Por lo tanto, los pueblos de todo el mundo deberían clamar por una perspectiva humanitaria del derecho internacional en la campaña militar de Israel. De lo contrario, con esta

inclinación hacia la necesidad militar por encima de los objetivos humanitarios más vidas acabarán innecesariamente.

Entonces, la visión humanitaria del DIH ligada a una razón objetiva sobre las actuaciones militares, se reduciría a los argumentos pragmáticos de quien haga uso de la fuerza letal. Superponiendo aparentes buenas razones, sobre el deber humanitario, es decir, en términos de Hume, se subordinaría la razón a las pasiones (Traven, 2021. p. 68).

## Referencias

- Roberts, A. (1994). Land warfare: From Hague to Nuremberg. En M. Howard, G. J. Andreopoulos, & M. R. Shulman (Eds.), *The laws of war: Constraints on warfare in the Western world* (pp. 116-139). Yale University Press.
- Al Jazeera. (2024). Israel's war on Gaza: List of key events, day 119. <https://www.aljazeera.com/news/2024/2/2/israels-war-on-gaza-list-of-key-events-day-119>
- Alexander, A. (2015). A short history of international law. *European Journal of International Law*, 26(1), 109-138. <https://doi.org/10.1093/ejil/chv003>
- Amnesty International. (2023). *Damning evidence of war crimes as Israeli attacks wipe out entire families in Gaza*. <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/10/damning-evidence-of-war-crimes-as-israeli-attacks-wipe-out-entire-families-in-gaza/>
- Aristotle. (2002). *Nicomachean ethics* (S. Broadie & C. Rowe, Trans.). Oxford University Press.
- Bassiouni, M. C. (1999). *Crimes against humanity in international law*. Kluwer Law International.
- Boddens, J. F. R. (2020). *Rules of engagement and the international law of military operations*. Oxford University Press.
- Bothe, M., Partsch, K. J., & Solf, W. (Eds.). (1982). *New rules for victims of armed conflicts*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Buis, J. E. (2022). Los riesgos de una hermenéutica humanitaria: Minas antipersonales, actores no estatales e interpretación jurídica en la resolución Sai-Aoi-010-2019. In J. E. Buis & G. Ramírez Gutiérrez (Eds.), *El derecho internacional humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz, Volumen I* (pp. 29-90). Tirant Lo Blanch.

- Byron, B. (2012). International humanitarian law and bombing campaigns: Legitimate military objectives and excessive collateral damage. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 176-211.
- Clapham, A. (2021). *War*. Oxford University Press.
- Crawford, E., Lukin, A., & Mowbray, J. (2023). The terminology of the law of warfare: A linguistic analysis of state practice. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 14, 197-222. <https://doi.org/10.1163/18781527-bja10001>
- Cohen, A., & Zlotogorski, D. (2021). *Proportionality in international humanitarian law: Consequences, precautions, and procedures*. Oxford University Press.
- Darcy, S. (2003). The evolution of the law of belligerent reprisals. *Military Law Review*, 175(244), 212-213.
- Dworkin, R. (2023). Israel, Hamas, and the laws of war: European leaders agree that Israel has the right to defend itself as long as it complies with international law. It is time that they recognize the limits those laws set. European Council on Foreign Relations. <https://ecfr.eu/article/israel-hamas-and-the-laws-of-war/>
- Elster, J. (2008). *Razón y racionalidad*. Amorrortu Editores.
- El País. (2024). Tropas israelíes bombardean y asaltan el principal hospital operativo de Gaza. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2024-02-15/tropas-israelies-bombardean-y-asaltan-el-principal-hospital-operativo-de-gaza.html>
- Forsythe, D. (2005). *The humanitarians: The International Committee of the Red Cross*. Cambridge University Press.
- Gong, G. (1984). *The standard of civilization in international society*. Clarendon Press.
- Greenwood, C. (1989). The twilight of the law of belligerent reprisals. *Netherlands Yearbook of International Law*, 20, 35-54.
- Greenwood, C. (1993). Customary international law and the first Geneva Protocol of 1977 in the Gulf conflict. In P. Rowe (Ed.), *The Gulf War 1990-91 in international and English law* (pp. 191-210). Routledge.
- Guillard, E. (2018). *Proportionality in the conduct of hostilities: The incidental harm side of the assessment*. Chatham House.
- Gross, M. (2022). The deaths of combatants: Superfluous injury and unnecessary suffering in contemporary warfare. In J. D. Ohlin, L. May, & C. Finkelstein (Eds.), *Weighing lives in war* (pp. 106-132). Oxford University Press.

- Grotius, H. (1625). *De jure belli ac pacis* (W. W. Buckland, Trans.).
- Henckaerts, J. M. (2005). Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. *International Review of the Red Cross*, 87(857), 175-212.
- Henckaerts, J. M., & Doswald-Beck, L. (2009). *Customary international humanitarian law: Volume I, Rules*. International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press.
- Heller, K. (2012). *The Nuremberg military tribunals and the origins of international criminal law*. Oxford University Press.
- Howard, M. (2002). *Clausewitz: A very short introduction*. Oxford University Press.
- Human Rights Watch. (2023). *Questions and answers: The humanitarian catastrophe in Gaza*. <https://www.hrw.org/news/2023/10/16/questions-and-answers-humanitarian-catastrophe-gaza>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (n.d.). *Los cuatro convenios de Ginebra del 1 de agosto de 1949*.
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (1996). Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-declaration-1864-st-petersburg.htm>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (2023a). Project of an international declaration concerning the laws and customs of war. Brussels, 27 August 1874. Treaties, states parties and commentaries. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135>
- International Committee of the Red Cross [ICRC]. (2023b). Preventing and mitigating the indirect effects on essential services from the use of explosive weapons in populated areas.
- Jewish Agency. (2023). Israel at war: Swords of Iron. <https://www.jewishagency.org/war-in-israel-operation-iron-swords/>
- Kalmanovitz, P. (2020). *The laws of war in international thought*. Oxford University Press.
- Kant, I. (2012). *Sobre la paz perpetua*. Akai.
- Keegan, J. (2014). *Historia de la guerra*. Turner Noema.

- Kelsen, H. (2023). *Derecho y justicia internacional después de Nuremberg*. Trotta.
- Kolb, R. (1997). Origin of the twin terms jus ad bellum/jus in bello. *International Review of the Red Cross*, 320, 553-562.
- Kolb, R., & Milanov, M. (2019). The 1868 St Petersburg Declaration on explosive projectiles: A reappraisal. *Journal of the History of International Law*, 20, 515-537.
- Le Monde. (2023). Striking Hamas amid civilians: The Israeli army's impossible strategy in Gaza. *Le Monde*. [https://www.lemonde.fr/en/international/article/2023/11/02/striking-hamas-amid-civilians-the-israeli-army-s-impossible-strategy-in-gaza\\_6222552\\_4.html](https://www.lemonde.fr/en/international/article/2023/11/02/striking-hamas-amid-civilians-the-israeli-army-s-impossible-strategy-in-gaza_6222552_4.html)
- Macak, K., & Policinski, E. (2024). In pursuit of a treaty's soul: A study of the object and purpose of the Fourth Geneva Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 73(2), 385-415.
- McMahan, J. (2008). The morality of war and the laws of war. In R. Rodin & H. Shue (Eds.), *Just and unjust warriors* (pp. 99-150). Oxford University Press.
- Mantilla, G. (2017). The origins and evolution of the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocols. In M. Evangelista & N. Tannenwald (Eds.), *Do the Geneva Conventions matter?* (pp. 17-43). Oxford University Press.
- Melzer, N. (2016). *International humanitarian law: A comprehensive introduction*. ICRC.
- Meron, T. (2000). The humanization of humanitarian law. *American Journal of International Law*, 94(2), 239-278.
- Morrow, J. D. (2007). When do states follow the laws of war? *American Political Science Review*, 101(3), 559-572.
- Mulligan, W. (2017). Justifying international action: International law, The Hague, and diplomacy before 1914. In M. Habbenhuis, C. E. Barber, & A. Higgins (Eds.), *War, peace and international order? The legacies of the Hague Conferences of 1899 and 1907* (pp. 12-30). Routledge.
- Nabulsi, K. (1999). *Traditions of war: Occupation, resistance, and the law*. Oxford University Press.
- Oppenheim, L. (1912). *International law*. Longman.
- Parsons, G. (2020). Walzer's soldiers: Gender and the rights of combatants. In G. Parsons & M. Wilson (Eds.), *Walzer and war: Reading just and unjust wars today* (pp. 231-257). Palgrave Macmillan.

- Pictet, J. (1966). The principles of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 66, 455-469.
- Quiroga-Villamarín, (2024). Por pura y pecaminosa soberbia': debates contemporáneos alrededor de la criminalización de la guerra. comentario a la Resolución SAI-SUBA-AOID075-2020. En J. E. Buis & G. Ramírez Gutiérrez (Eds.), *El derecho internacional humanitario en la Jurisdicción Especial para la Paz Volumen II*. (pp. 345-378). Tirant Lo Blanch.
- Ramírez-Gutiérrez, C. (2022). Proporcionalidad en el ataque: Entre los daños incidentales y la ventaja militar en tiempos de guerra. In É. Solano González, M. Losada Chavarro, & M. Osorio Alvis (Eds.), *Aproximaciones, reflexiones y críticas preliminares sobre el derecho internacional humanitario. Vol. 1*. (pp. 323-408). Universidad Externado de Colombia.
- Ramírez Gutiérrez, C. (2023). Is it a lack of balance? The clamour for a humanitarian perspective. *Research Society of International Law*. <https://rsilpak.org/2023/is-it-a-lack-of-balance-the-clamour-for-a-humanitarian-perspective/>
- Ramírez-Gutiérrez, C., & Saavedra, A. (2022). Derecho internacional humanitario y la protección del medio ambiente: Nuevas perspectivas para Colombia. In É. Solano González, M. Losada Chavarro, & M. Osorio Alvis (Eds.), *Desafíos de derecho internacional humanitario en Colombia* (Vol. 2, pp. 496-619). Universidad Externado de Colombia.
- Riepl, M. (2022). *Russian contribution to international humanitarian law: A contrastive analysis of Russia's historical role and its current practice*. Nomos.
- Rizer, K. (2001). Bombing dual-use targets: Legal, ethical, and doctrinal perspectives. *Air & Space Power Journal Chronicles*. <https://www.airuniversity.af.edu/AUPress/Book/Details/2455/bombing-dual-use-targets>
- Rowe, P. (2000). Kosovo 1999: The air campaign—Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test? *International Review of the Red Cross*, 837, 147-279.
- Sassoli, M. (2018). *International humanitarian law: Rules, controversies, and solutions to problems arising in warfare*. Edward Elgar Publishing.
- Schmitt, M. N. (2023). Israel-Hamas 2023 symposium: The legal context of operations Al-Aqsa Flood and Swords of Iron. <https://lieber.westpoint.edu/legal-context-operations-al-aqsa-flood-swords-of-iron/>

- Solis, G. (2016). *The law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Cambridge University Press.
- Tannenwald, N. (2017). Effects and effectiveness of the Geneva Conventions. In M. Evangelista & N. Tannenwald (Eds.), *Do the Geneva Conventions matter?* (pp. 15-32). Oxford University Press.
- Traven, D. (2021) *Law and Sentiment in International Politics. Ethics, Emotions, and the Evolution of the Laws of War*. Cambridge University Press.
- Turns, D. (2016). Military objectives. In R. Liivoja & D. McCormack (Eds.), *Routledge handbook of the law of armed conflict* (pp. 139–156). Routledge.
- United Nations [UN]. (1968). *International Conference on Human Rights 22 April-13 May 1968, Tehran*. <https://www.un.org/en/conferences/human-rights/tehran1968>
- United Nations [UN]. (2009). *Human rights in Palestine and other occupied Arab territories: Report of the United Nations fact-finding mission on the Gaza conflict (A/HRC/12/48)*. <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-195974/>
- United Nations [UN]. (2012). *Alabama claims of the United States of America against Great Britain: Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871. Reports of International Arbitral Awards*. [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXIX/125-134.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf)
- Valencia Villa, A. (2007). *Derecho internacional humanitario: Conceptos básicos infracciones en el conflicto armado colombiano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

### **Normatividad internacional**

- Convenio I de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 75:135.
- Convenio II de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 85:135.

Convenio III de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21 -101950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 77:135.

Convenio IV de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949. (e.v. 21-10-1950), Versión en español del CICR, U.N.T.S. 75:287.

Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) 18-10-1907 Tratado Tomado de Derecho Internacional relativo a la conducción de las hostilidades, CICR, 1996. En: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>

Lieber Code, (1863), Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110#:~:text=Historical%20Treaties%20and%20Documents&text=24%20April%201863.,and%20promulgated%20by%20President%20Lincoln>

Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, Ginebra, 8 de junio de 1977, (e.v.7-12-1978), U.N.T.S. 1125:3.

## **Casos internacionales**

CIJ. (1996) Dictamen Consultivo sobre la Licitud del Recurso a la Amenaza o al Uso de las Armas Nucleares, 08 de junio.

CIJ, (2022a) Application of the Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel). 26 January 2024.

CIJ, (2022 b) Application of the Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel). 24 May 2024.

International Military Tribunal. (1946) Farben case, VIII TWC 1138.

Israel Ministry Foreign Affairs, (2015) “The 2014 Gaza Conflict: Factual and Legal Aspects”. 14 June of 2015. 2015: 317.

- TIPY, (1999) Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia.
- TIPY, (2003) Prosecutor v. Milomir Staki, Case No. IT-97-24-T, Judgment, Vol. 1 ¶¶ 407-08 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia July. 31, 2003)
- TIPY, (2003a) Prosecutor v. Galić, Case No. IT-98-29-T, Judgment and Opinion, ¶58 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 5, 2003)
- TIPY, (2013) Prosecutor v. Prlić, Case No. IT-04-74-T, Judgment, Vol. 3 TT 1583-1584 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia May 29, 2013) [hereinafter Prlić Trial Chamber Vol. 3].
- TIPY, (2017) Prosecutor v. Prlić, Case No. IT-04-74-A, Judgment, Vol. 1 407-08 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Nov. 29, 2017).



# Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e independencia a la luz del principio de complementariedad

Application of International Criminal Law through Community Justice Mechanisms: The Principles of Impartiality and Independence in Light of the Principle of Complementarity

A aplicação do direito penal internacional pelos mecanismos de justiça comunitária: os princípios da imparcialidade e da independência à luz do princípio da complementariedade

Juan David Castro Ramírez\*

Fecha de recepción: 14 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 17 de septiembre de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14843>

Para citar este artículo: Castro Ramírez, J. D. (2024). Aplicación del derecho penal internacional por mecanismos de justicia comunitaria: los principios de imparcialidad e independencia a la luz del principio de complementariedad. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14843>

## Resumen

El principio de complementariedad preserva la soberanía y primacía de la jurisdicción nacional y garantiza la autodeterminación procesal de los Estados; su respeto reconoce el carácter cultural de los problemas penales, incluso de los más complejos, permitiendo a los distintos Estados encontrar los procedimientos más adecuados y con valor identitario. Las formas tradicionales de resolución de conflictos son una alternativa histórica. No obstante, deben alinearse con requisitos internacionales de protección de los derechos humanos por medio de procesos de hibridación

\* Abogado por la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: [juandcastror@gmail.com](mailto:juandcastror@gmail.com)

jurídica; este estándar internacional de protección exige que los procedimientos garanticen la imparcialidad y la independencia.

**Palabras claves:** pluralismo jurídico; derecho penal internacional; hibridación jurídica; principio de complementariedad; principios procesales.

### **Abstract**

The principle of complementarity preserves the sovereignty and primacy of national jurisdiction and guarantees the procedural self-determination of states. Its respect recognizes the cultural nature of even the most complex criminal problems, allowing individual states to find the most appropriate procedures with identity value. Traditional forms of conflict resolution are a historic alternative. However, these must be aligned with international human rights protection requirements through processes of legal hybridization. This international standard of protection requires that procedures guarantee impartiality and independence.

**Keywords:** Legal pluralism; international criminal law; legal hybridization; principle of complementarity; procedural principles.

### **Resumo**

O princípio da complementaridade preserva a soberania e o primado da jurisdição nacional, bem como garante a autodeterminação processual dos Estados; seu respeito reconhece o carácter cultural dos problemas penais, mesmo os mais complexos, o que permite aos diferentes Estados encontrarem os procedimentos mais adequados e com valor identitário. As formas tradicionais de resolução de conflitos são uma alternativa histórica. No entanto, devem estar alinhadas com os requisitos internacionais de proteção dos direitos humanos por meio de processos de hibridização jurídica; esse padrão internacional de proteção exige que os procedimentos garantam imparcialidade e independência.

**Palavras-chave:** pluralismo jurídico; direito penal internacional; hibridação jurídica; princípio da complementaridade e princípios processuais.

## Introducción

Ross (1995) afirmaba que el conflicto y la violencia en los humanos se vinculan estrechamente con nuestra tendencia evolutiva a formar grupos sociales. Esta relación es crucial para entender cómo la decisión de agruparse moldea la identidad individual, influenciando la cooperación, la cultura y el conflicto mismo. El conflicto y la cultura son elementos omnipresentes de comportamiento entre las distintas formas de agrupación humana, al punto de hablarse de este primer elemento como una conducta cultural entendida así:

configuración de aquellas normas, prácticas e instituciones de una sociedad que tienen que ver con las cosas por las que la gente entra en disputa y con sus contrarios, con cómo las disputas se desenvuelven y, por último, con la forma que es probable que terminen (Ross, 1995).

Por ello es posible categorizar las sociedades de acuerdo a sus grados de conflictividad y uso de la violencia. El escalamiento de los conflictos y la violencia, la historia, las graves violaciones a derechos humanos y, especialmente, aspectos socioculturales han demandado la intervención de estructuras e instituciones propias del derecho con respuestas agresivas, que extraen la resolución de los conflictos más graves del seno de las sociedades. De este contexto nace el derecho internacional penal (DIP), que propende por la protección de “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” (Werle & Jessberger, 2017, p. 78). De aquí que existen unos intereses fundamentales de la humanidad que justifican la resignificación del concepto de delito hacia una dimensión internacional y, por consiguiente, habilitan la injerencia en la resolución de problemas internos —en el sentido más amplio de la expresión— por parte de la comunidad internacional, sustrayéndole el carácter cultural al conflicto.

Se han tenido experiencias significativas de intervención en países como Ruanda y la antigua Yugoslavia, a través de tribunales *ad hoc* y una corte permanente para perseguir a quienes violan los intereses fundamentales de la humanidad. No obstante, este trabajo busca cuestionar la efectividad de estos instrumentos e instituciones internacionales para lograr los objetivos del derecho penal, así como satisfacer las necesidades de justicia y reconciliación.

Pues bien, el derecho penal y el derecho procesal moderno responden a un paradigma globalizado de justicia que, a su vez, se circunscribe a una noción de Estado de derecho donde “la consecución de la verdad procesal está sometida a estrictos límites constitucionales, encontrándose vinculados el proceso penal y la pena

a los derechos fundamentales” (Patiño, 2008, p. 97). Sin embargo, esta visión del derecho penal y del proceso no es el único paradigma posible para la solución de controversias: toma relevancia el pluralismo jurídico como la heterogeneidad normativa propia del desarrollo en sociedad (Griffith, 2007, p. 214), de manera que si es posible plantearse que el derecho y las instituciones que le componen no pertenecen exclusivamente a un sistema jurídico imperante, sino que se originan en las actividades propias de una sociedad y se arraigan a su cultura en una amplia multiplicidad de escenarios sociales, es posible concebir sistemas de justicia comunitaria donde las metas y procedimientos de sus instituciones estén unidas a nociones culturalmente compartidas.

Karp y Walther (2001) señalaron que los modelos de justicia comunitaria tienen características específicas destinadas a alcanzar objetivos restaurativos y de reintegración, con lo que mejora la calidad de vida en la comunidad (p. 206). No obstante, en la actualidad, la autoridad para imponer penas está reservada a los Estados o a las instituciones designadas por estos como un posible ordenamiento penal internacional.

Para problematizar y apartarse del estudio clásico del derecho positivo y hacer énfasis en el de los mecanismos propios de la justicia local, es necesario abordar nociones y conceptos del constitucionalismo moderno. Por este motivo, el presente trabajo se ajusta a la observación de principios procesales por su «papel propiamente constitucional, es decir “constitutivo” del orden jurídico» (Zagrebelky, 2007, p. 110) y su correspondencia como principios democráticos. Con todo, se presta especial atención a los principios de independencia e imparcialidad por el valor cultural y la carga identitaria característicos del derecho consuetudinario.

El ensayo plantea la necesidad de armonizar el derecho internacional y los derechos locales para reconocer la policentricidad en ambos. Se propone considerar la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario como alternativas para resolver conflictos, incluso a nivel internacional, destacando la importancia del principio de complementariedad. Aunque son pocas las experiencias de aplicación de estas formas tradicionales, un análisis de sus procedimientos podría garantizar el cumplimiento de obligaciones internacionales, así como investigar y juzgar crímenes graves contra la humanidad.

## **1. Pluralismo jurídico en el DIP: de lo global a lo local**

El pluralismo jurídico, aunque no es el foco principal de este estudio, es un desafío para las ciencias sociales. Se aborda inicialmente contrastándolo con la teoría del monismo jurídico y considerándolo como un fenómeno de anclaje monista

(Garzón López, 2014, p. 188). No se profundiza en sus elementos, pero se lo conceptualiza como un fenómeno interno para analizar las experiencias recopiladas.

A medida que la heterogeneidad de la acción del Estado se traduzca en el creciente particularismo de la legalidad estatal, y a medida que la unidad y universalidad del sistema jurídico oficial se vaya quebrando, pueden surgir, en la legalidad del Estado, nuevas formas de pluralismo jurídico (Santos, 2009, p. 71).

El concepto de pluralismo jurídico interno se relaciona con el de policentricidad, que es una consecuencia de la fragmentariedad de la soberanía por efecto de la globalización; por policentricidad ha de entenderse, entonces, “la multiplicidad de centros de decisión jurídica en un determinado sistema” (Arnaud & Fariñas Dulce, 2006, p. 301) pero, especialmente, en cuanto a la producción normativa.

La contemplación de esta categoría como la aparición de un conjunto normativo alterno que no es propio del derecho del Estado también incluye al derecho supranacional; en efecto, como señala el profesor Santos (2009), “hoy en día, junto a los ordenamientos jurídicos locales y nacionales, están emergiendo ordenamientos supranacionales, que interfieren de múltiples maneras con los primeros. En la actualidad, la pluralidad jurídica subnacional funciona en combinación con la pluralidad jurídica supranacional” (p. 260). Sin embargo, dicha articulación no es siempre pacífica en las escalas local, nacional y global, especialmente esta última por el alto “grado de descentralización dinámica de sus funciones normativas” (Andaluz Vegacenteno, 2005, p. 123).

## 2. El derecho internacional como manifestación de la policentricidad

Varios autores han caracterizado el derecho internacional como un sistema con rasgos de pluralidad. Por ejemplo, Pawelyn (2004) lo compara con un universo de islas interconectadas, mientras que Hafner (2004) lo describe como un conjunto de bloques y elementos erráticos, así como de diferentes sistemas parciales.<sup>1</sup> Sin embargo, se puede concebir el derecho internacional como un sistema jurídicamente pluralista, según la descripción del profesor Koch Jr. (2004), quien lo define como un sistema de diálogo judicial con perspectivas de multiculturalismo jurídico.

Como consecuencia del carácter multicultural y su crecimiento, el derecho internacional ha adquirido particularidades como la diferenciación entre jurisdicción y derecho aplicable en los tribunales internacionales, la expansión acelerada del

1 Estas descripciones hacen referencia a un carácter fragmentario del derecho internacional.

diálogo interjudicial, la convergencia de procedimientos y tradiciones entre sistemas jurídicos y tribunales, así como el surgimiento de tribunales híbridos que combinan elementos nacionales e internacionales (Burke-White, 2004).

En resumen, según Van Sliedregt y Vasiliev (2014), el pluralismo jurídico ha evolucionado con la globalización legal, destacando la importancia de entender las implicaciones de la globalización en el derecho y la naturaleza policéntrica de la regulación en una sociedad global (p. 9). Reconocer el pluralismo en el sistema jurídico internacional implica aceptar su diversidad, donde las interacciones entre procesos legales nacionales e internacionales generan nuevos procedimientos, normativas y tribunales. Por lo tanto, se plantea la posibilidad de establecer mecanismos locales o comunitarios que respeten y apliquen principios, especialmente procesales, en casos penales de relevancia global.

### **2.1. Derecho internacional penal**

Al partir de la aceptación de que el derecho no es un sistema autónomo y cerrado, sino la “reproducción de la legalidad bajo la forma de constelaciones jurídicas de cuyas articulaciones pueden resultar normatividades entrelazadas” (Santos, 2009, p. 61), cada rama del derecho, incluyendo la del derecho penal, da lugar a una *hibridación jurídica*. Por tanto, el DIP también se comporta como una manifestación de la policentricidad y es posible analizarlo global y localmente.

En el ámbito del DIP, su carácter pluralista se manifiesta en la utilización de jurisprudencia y en el ejercicio de competencias cuasi legislativas por parte de los jueces, como señala Teubner (1992) al describirlo como un sistema de autopoiesis. Este enfoque sitúa a los actores transnacionales y a los tribunales en el centro de la creación del derecho, mientras relega al Estado y su legislación a la periferia.

Este sistema de autopoiesis implica una compleja armonización entre el derecho penal internacional y el nacional en los casos de juzgamiento por crímenes internacionales, donde las características difieren notablemente en distintas etapas procesales. Esta disparidad constituye el principal desafío en la relación vertical del pluralismo jurídico.<sup>2</sup> Más allá del aspecto sustantivo, el pluralismo jurídico en el DIP se manifiesta en aspectos procedimentales, con los que evidencia el papel cuasi legislador de los jueces y tribunales, que puede influir en la formación o alteración del derecho procesal. En este contexto de relaciones verticales plurales, la línea divisoria entre la interpretación y la creación de la ley se vuelve difusa.

2 De allí que el desarrollo de las legislaciones penales internas implique que tribunales nacionales se comprometan cada vez más con el DIP y su jurisprudencia.

La evolución del DIP, hasta la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y la instauración de tribunales internacionalizados o mixtos, ha resultado en el desarrollo de un cuerpo normativo reconocido, con producción doctrinal, y legitimado en diversos tratados. Este cuerpo normativo refleja un creciente pluralismo, dentro de y entre los tribunales penales internacionales, como respuesta a la intervención de la comunidad internacional en conflictos en diversos Estados a lo largo de la historia. A pesar de la expectativa de que la creación de un tribunal penal internacional permanente unifique el procedimiento para juzgar crímenes internacionales, esto no ha ocurrido (Turner, 2019); por el contrario, se ha observado una ampliación de la diversidad procesal. Así, la doctrina ha justificado la aplicación e intervención bajo la idea de una cultura global<sup>3</sup> basada “en valores y el concepto de una sociedad mundial compuesta por ciudadanos mundiales, cuyo derecho [...] es derivado de derechos humanos universales, indivisibles e interculturalmente reconocidos, fundados en un concepto kantiano de dignidad humana” (Ambos, 2013, p. 444).

Una vez aceptado doctrinalmente el orden constitucional internacional, el derecho procesal penal internacional ha establecido mecanismos de cooperación entre Estados para facilitar la acción penal por los crímenes más graves y permitir a la comunidad internacional actuar como titular de los bienes jurídicos. El principio de complementariedad, al ser utilizado como mecanismo de cooperación, plantea desafíos en la relación entre la jurisdicción internacional y nacional, cuestionando la soberanía y generando debate sobre la viabilidad de aplicar otros mecanismos, como los locales, en casos de crímenes internacionales dentro de la jurisdicción de instituciones como la CPI.

### 3. De lo global a lo local: la cooperación judicial

La internacionalización de la administración de justicia, por ser una institución nacional arraigada en el Estado de derecho, enfrenta desafíos particulares debido a la complejidad inherente a su naturaleza (Santos, 2009, p. 460). Este proceso se vincula estrechamente con los principios superiores y los procesos de globalización del sistema judicial,<sup>4</sup> lo que podría interpretarse como una expansión global del poder judicial.

3 Para Kai Ambos (2006), en su obra *La parte general del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*, existe una limitación al *derecho occidental* en el DIP, como consecuencia de la influencia de los Estados del círculo cultural occidental, por ejemplo, en las directrices del Estatuto de la CPI.

4 Santos (2009) menciona el consenso judicial como forma de internacionalización del sistema. Para ello, refiere a la globalización de alta intensidad, como la convergencia institucional externamente inducida, y a la globalización de baja intensidad, como las transformaciones judiciales parcialmente convergentes o de convergencia institucional espontánea.

La globalización del sistema judicial, especialmente del proceso penal, requiere una consideración del pluralismo jurídico. Históricamente, se ha concebido la jurisdicción como un poder exclusivo del Estado soberano en el derecho internacional, pero el pluralismo jurídico desafía esta noción. Según Ferrajoli (2000, p. 538), la principal garantía procesal y base de todas las demás es la jurisdiccionalidad, vista por el pluralismo no como expresión de un poder soberano, sino como un espacio de disputa y compromiso entre múltiples autoridades relativas (Schiff Berman, 2020, p. 14), lo que podría permitir la articulación de normas alternativas.

El debate en torno al poder soberano de la ley internacional se traslada, igualmente, al DIP —primero, desde sus aspectos sustanciales y, posteriormente, frente al procedimiento—. Por enunciar una de las cuestiones, en la doctrina persiste la discusión sobre la obligación de dictar medidas legislativas nacionales oportunas para permitir, por ejemplo, la aplicación de la jurisdicción de la CPI ante el acaecimiento de conductas tipificadas en el Estatuto de Roma como crímenes internacionales.

Según Werle y Jessberger (2017, p. 81), no existe una obligación general de incluir los tipos penales del DIP en la legislación interna, incluso dentro del Estatuto de la CPI, aunque se espera que los Estados Parte ajusten su legislación penal para garantizar la persecución y sanción de los crímenes internacionales. Pese a que algunos defienden una interpretación teleológica del preámbulo del Estatuto que podría implicar una obligación de establecer jurisdicción en los Estados Parte (Kleffner, 2003), esta postura es minoritaria y criticada por su amplio alcance en la injerencia del derecho internacional en las legislaciones nacionales. De hecho, el Estatuto genera un fuerte incentivo práctico para la incorporación de crímenes e instituciones jurídicas de la CPI, más que una obligación legal (Cryer, 2005, p. 172). Lo anterior rompe con la tendencia de pensar que el derecho internacional está pretendiendo imponerse sobre las jurisdicciones nacionales y, más bien, reconoce que existen diferencias e intenta armonizarlas, para permitir un margen de pluralidad.

En línea con lo anterior, la cuestión del derecho procesal se ha zanjado bajo la denominada ‘cooperación vertical’ a falta de órganos ejecutivos en la jurisdicción internacional. Dentro de esa colaboración o articulación judicial que se pregona, se resalta —en esa visión de globalización— la especial atención que se presta a los tribunales: el juez gana visibilidad social y política dentro de esta relación vertical del derecho penal y procesal penal (Santos, 2009, p. 460). En efecto, “con la tendencia a la democratización, a la protección de los derechos humanos, a un interés renovado por el Estado de derecho, que es el de la estrategia a nivel global, el poder de los jueces se encuentra reforzado” (Arnaud, 2003, p. 19). El juez es visto como un verdadero creador del derecho; por ejemplo, Hayek (1982) considera que la

función del juez radica en enmendar alteraciones dentro de un orden social espontáneo, dándole así un papel relevante incluso sobre el del legislador.

### 3.1. Principio de complementariedad

La CPI cuenta con el reconocimiento absoluto del carácter de auténtica organización internacional, de manera que se constituye por Estados y se convierte en un instrumento de la cooperación interestatal para ejercer una jurisdicción penal internacional permanentemente. Ahora, si bien no existe un procedimiento internacional armonizado relativo a la aplicación nacional de una solicitud de colaboración por parte de la CPI, es cierto que existe una cláusula general de cooperación frente a los procedimientos aplicables en el derecho interno.<sup>5</sup> Pues bien, esa articulación entre Estados y la CPI, enmarcada en compromisos de cooperación, “sigue un principio *sui generis*, a saber, el principio de complementariedad” (Werle & Jessberger, p. 183).

Al margen de la tradicional definición de complementariedad, la doctrina ha desarrollado el concepto de complementariedad positiva como mecanismo para distribuir la autoridad entre los Estados y la CPI, con la que reconoce una competencia compartida lejos de esa exclusiva de un poder soberano y, tal vez, incluso, preceptuando un deber compartido de las instituciones nacionales e internacionales para ayudar a poner fin a la impunidad (Burke-White, 2008). Con ello no solo se preserva la primacía de la jurisdicción nacional, sino que se crean incentivos para que los Estados lleven a cabo verdaderas investigaciones y enjuiciamientos (Stahn, 2011, p. 264).

La complementariedad, en últimas, es el mecanismo procesal que permite encontrar un punto medio en la puja entre la soberanía de alto valor identitario y la defensa de los valores propios de un orden constitucional internacional pues su desarrollo garantiza el ejercicio de la “competencia de la competencia” (Quesada Alcalá, 2005, p. 322), y la regulación de la admisibilidad es una cláusula de salvaguardia de la soberanía estatal (Batros, 2011, p. 591). Es necesario detenerse sobre este segundo aspecto, pues, como lo señala la jurisprudencia de la CPI (2009), esta debe hacer un examen previo para poner en marcha su modelo jurisdiccional, analizando si hay investigaciones o enjuiciamientos en curso, si ha habido investigaciones en el pasado, y si el Estado que tiene jurisdicción, ha decidido no enjuiciar a la persona en cuestión, si existe voluntad para juzgar o si existe capacidad para ello.

5 CPI. Estatuto de Roma, art. 88 y ss. El Estatuto prevé, igualmente, relaciones de cooperación en un doble sentido, como se desprende del artículo 93.10.a.

### 3.2. Deber de investigar, perseguir y castigar crímenes internacionales

La doctrina mayoritaria sostiene la existencia de un deber internacional de castigar ciertos delitos en aras de proteger la dignidad humana (Ambos, 2013, p. 430). Este debate sobre el castigo sin soberano y el ejercicio del *ius puniendi* en el DIP subraya la importancia de la jurisdicción como garantía procesal, ya que conlleva una potestad constitucional con implicaciones políticas. Independientemente de esta discusión, diversos instrumentos internacionales y decisiones judiciales sugieren una obligación *ius cogens* de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales:

Así, la facultad del derecho nacional de no penalizar actúa como un reflejo del deber internacional de castigar, y se encuentra delimitada por este. En otras palabras: la competencia, para no penalizar o castigar determinados hechos, puede ir solo hasta donde no se contraría el deber internacional de penalización (Ambos, 1999, p. 66).

El contenido que tradicionalmente se le ha dado a esta obligación es el de persecución a través de un sistema de justicia penal en sede judicial (Messuti, 2013, p. 156). No obstante, doctrina más reciente y experiencias especialmente en escenarios de transición han sugerido que el paradigma de la justicia penal internacional no es incompatible con las iniciativas locales para superar las atrocidades del pasado (Bornkamn, 2012, p. 100), acudiendo a mecanismos pluralistas.

Ahora, en este análisis, se pretende situar el contenido de esta obligación fuera de su concepción tradicional desde la sede judicial penal, especialmente en asuntos procesales, para plantear qué mecanismos alternativos locales —por ejemplo, partiendo de procesos de hibridación jurídica— pueden ser suficientes para cumplir con la obligación del Estado de perseguir estos crímenes más graves. En efecto, no existe una obligación de adoptar procedimientos que figuran en el Estatuto de Roma y tampoco desde una interpretación teleológica de la norma; puede desprenderse que el propósito de la CPI sea el de imponer un procedimiento universal criminal.<sup>6</sup> De hecho, se espera que la CPI muestre deferencia a los enfoques procesales nacionales. Desde luego, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha sostenido la preocupación por las prácticas procesales divergentes y si esta “fragmentación” en el derecho procesal deviene en un problema para la justicia penal internacional.

6 El examen de admisibilidad que ejerce la CPI, con base en el artículo 17 del Estatuto de Roma, analiza que los procedimientos se ciñan a los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional, que no haya mala fe, que no exista un colapso total o sustancial de la administración de justicia, o al hecho de que se carezca de ella.

Pues bien, al respecto, Nerlich (2013) aterriza elocuentemente el problema cuando indica que sería problemático pretender que los procedimientos de persecución de estos crímenes se alinearan en la misma dirección que los implementados por las normas internacionales, pues estos son consecuencia de aspectos culturales domésticos, con lo que se reconoce el carácter cultural del conflicto, anunciado desde el albor de este trabajo, y que la única exigencia que ha de observarse es el respeto de los estándares internacionales de protección a los derechos humanos:<sup>7</sup>

In this regard, it is useful to recall that procedural diversity across jurisdictions is the norm rather than the exception, even in cases with an international dimension. [...]

Procedural diversity also exists in the prosecution of international crimes before domestic courts. While domestic laws implementing substantive international criminal law should mirror, to the extent possible, the underlying international norms, it has never been suggested that in the adjudication of such cases, domestic courts should follow a set of common procedural rules. Such an approach would be highly problematic, given that the differences in procedural traditions are often expressions of cultural differences more generally. It would be difficult, if not impossible, to find a set of procedural rules that fits all domestic jurisdictions.

There is, of course, a lowest common denominator for any criminal jurisdiction trying international crimes, be it domestic, internationalized or international: the accepted standards of international human rights law.

Con todo, el sistema de complementariedad establecido por el Estatuto de Roma tiene como objetivo salvaguardar la soberanía estatal al permitir que los Estados definan los procedimientos de investigación y enjuiciamiento de los crímenes más graves, por lo problemático que resultaría pretender que los procedimientos para perseguir estos crímenes estuviesen reglados exclusivamente en lineamientos de normas internacionales, cuando los conflictos nacen de aspectos culturales propios de cada territorio. En ese orden de ideas, la exigencia está encaminada a cumplir con estándares internacionales de derechos humanos o incluso de constitucionalización del derecho internacional. En este contexto, el papel central del juez se ha

7 Los Estados deben tener en cuenta los principios constitucionales y las leyes de derechos humanos pertinentes, como la prohibición de los castigos crueles, inhumanos o degradantes y deben alinearse con otros instrumentos internacionales, como con lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

fortalecido debido a la globalización y la desmitificación del papel del legislador como el único creador del derecho (Carnelutti, 1964).

La propuesta de ejercer jurisdicción interna sobre crímenes internacionales dentro del marco del pluralismo jurídico implica que el juzgador recupere una función creativa del derecho. Con el desarrollo global, la importancia del juez ha aumentado a nivel local (Arnaud, 2003, p. 21), lo que sugiere una reconstrucción de su rol desde una perspectiva pluralista débil, que no niega la tradición monista, pero permite la adaptación a nuevas formas de resolución de conflictos. Los modos alternativos, incluidos los informales, están transformando el esquema tradicional del proceso judicial, que redefine el papel del juez en la administración de justicia.

#### **4. Pluralismo jurídico de anclaje monista**

A nivel global, la aplicación del derecho, especialmente en el ámbito del DIP, se enfrenta a una diversidad de sistemas normativos y reclamaciones jurisdiccionales, abordadas mediante principios e instituciones desarrolladas por el derecho internacional, como la complementariedad. Las comunidades locales se ven afectadas por esta variedad de normativas y jurisdicciones extranjeras, y el pluralismo jurídico emerge como un marco útil para conceptualizar esta interacción y su potencial eficacia (Schiff Berman, 2020, p. 9).

La propuesta inicial sugiere entender el pluralismo jurídico como un fenómeno de anclaje monista: considerar al Estado como una entidad esencial caracterizada por su heterogeneidad interna. Santos (2009) señala que esta heterogeneidad puede extenderse a distintos contextos, como el de la legalidad, especialmente debido a la fragmentación del sistema jurídico oficial. En este escenario, surge un pluralismo jurídico interno que debe armonizarse no solo con el derecho estatal hegemónico, sino también con la diversidad global, de manera colaborativa.

El anclaje monista implica apelar a una visión de pluralismo jurídico estatal o débil, que se aleje de la visión expuesta por los científicos jurídicos; así, en este caso son instrumentos del establecimiento jurídico, como los de resorte constitucional, los que dan validez a estos regímenes. En este sistema de pluralismo, los regímenes jurídicos paralelos, dependientes de un sistema jurídico estatal, son el resultado del reconocimiento por parte del Estado y sus desarrollos preexistentes de derechos consuetudinarios (Griffith, 2007, p. 152). Así las cosas, toma relevancia el concepto de *hibridación jurídica* para entender la relación entre derechos descentralizados y derecho estatal y, a su vez, la relación entre el derecho local y el global.

Pues bien, el derecho, como se ha presentado, es poroso y puede constituirse por múltiples redes de órdenes jurídicos que fuerzan a transiciones y transgresiones,

bajo procesos de interlegalidad, esto es, bajo procesos sociales de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico (Hoekema, 2014, p. 425). Este trabazón, de por sí complejo, se intrinca aún más cuando se analizan las producciones descentralizadas y centralizadas del derecho penal por su impacto social y político.

En el ámbito del derecho comunitario, al igual que en el DIP, su aplicación desde una perspectiva normativa presupone la existencia de un orden jurídico, al menos, similar al de un Estado. Por ejemplo, en referencia al concepto de pena, Ambos (2013, p. 415, citando a Günther Jakobs) señala que un sistema de juzgamiento implica un orden normativo reconocido por la sociedad en su conjunto y que determina los contenidos de la comunicación social. De esta manera, el derecho penal descentralizado enfrenta el mismo debate sobre el castigo sin soberano y su capacidad de ejercer el *ius puniendi*, especialmente cuando se consideran mecanismos no ordinarios en el DIP.

Algunos autores argumentan que la propuesta de utilizar mecanismos alternativos de justicia que apliquen el derecho penal contradice los principios fundamentales del Estado de derecho, como la unidad jurisdiccional (Fairén Guillén, 1992, p. 119) y la igualdad (Díez- Picazo, 1991, p. 35). El principio de unidad jurisdiccional, como garantía de la jurisdicción, desempeña un papel crucial en la salvaguarda de la independencia judicial (Bujosa Vadell, 1997) y su afirmación por parte de los órganos judiciales es indispensable, incluso para aquellos cuya legitimidad no se derive únicamente del monopolio jurídico.<sup>8</sup>

Aunque la enunciación misma de este último principio pareciese oponerse a la idea de una pluralidad de leyes con compromiso ideológico y cultural, integrado por un conglomerado más o menos diverso de fenómenos, en los términos de Peter Sack y Minchin (1986, p. 152), lo cierto es que el principio de unidad jurisdiccional no es contradictorio a la óptica del pluralismo jurídico débil, ni su consagración en los distintos órdenes jurídicos se entiende como absoluta; por el contrario, le reafirma, pues este supone la validez de la norma fundamental de regímenes jurídicos distintos para grupos diferentes de la población.

Varias experiencias muestran la previsión legal e incluso constitucional del reconocimiento de órdenes jurídicos distintos al ordinario. En Colombia, el Estado social de derecho reconocido en la Constitución implica el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos activos de derechos. El artículo 246 establece el

8 Si se defiende la tesis de que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos cumplen con el estándar exigido por la CPI para superar el examen de complementariedad, estos deben observar, de manera irrestricta, la garantía de independencia judicial.

ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades indígenas, según sus propias normas y procedimientos, donde el fuero indígena es una medida protectora de la conciencia étnica. Del mismo modo, también se tiene prevista la creación de jueces de paz para resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios, quienes podrán ser elegidos democráticamente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-617 de 2010; Auto A-138 de 2022).

Otros ejemplos de reconocimiento de derechos no ordinarios incluyen la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina en Bolivia, en la cual, el artículo 191 y subsiguientes de la Carta Política reconocen: “las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. En cierta medida se le da amplitud a las competencias de la jurisdicción indígena, añadiendo que sus decisiones tienen una base definitiva que no podrá ser revisada por la justicia ordinaria. Por su parte, en Perú se reconoce constitucionalmente a las autoridades de las comunidades campesinas en el artículo 149 de la Constitución Política de 1993. Estas comunidades tienen funciones jurisdiccionales de acuerdo con el derecho consuetudinario, siempre y cuando se hallen en armonía con la pluralidad jurídica presente en ese país. En España, a pesar de la afirmación reforzada del principio de unidad jurisdiccional en respuesta a la proliferación de tribunales especializados durante el régimen franquista, se identifican las aspiraciones de igualdad en el acceso a la administración de justicia en el sistema democrático actual. No obstante, la configuración normativa española, que plantea a la unidad jurisdiccional como principio rector, no lo entiende de forma absoluta.<sup>9</sup>

Pues bien, a modo de enunciación, por su relevancia como experiencia de aplicación del DIP en una instancia tradicional de resolución de conflictos y ejemplo práctico de pluralismo jurídico débil, es relevante considerar el sistema comunitario de los Tribunales *Gacaca* de Ruanda, cuya implementación contó con validez constitucional y legal.<sup>10</sup> Del mismo modo, una experiencia similar es identificable

9 El artículo 117.5. de la Constitución Española y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevén que la jurisdicción es única y que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. Sin embargo, este último precepto legal contempla que la Constitución puede conferir potestades jurisdiccionales a otros órganos, tal como ocurre en el artículo 125 superior que reconoce el funcionamiento de tribunales consuetudinarios y tradicionales. Esta disposición abre la puerta al pluralismo jurídico débil y a la aplicación de poderes descentralizados, como el del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia o el del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia.

10 El artículo 91 de la Constitución de 1991 preceptuaba que cualquier jurisdicción que pretendiese establecerse requería el trámite de una ley orgánica. Así, la Ley Orgánica 40 de 2000 estableció las “jurisdicciones *Gacaca*” y organizó el enjuiciamiento de los delitos constituyentes del crimen de genocidio y lesa humanidad, cometidos entre el 1 de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994.

en Uganda, donde el Gobierno y el Ejército de Resistencia del Señor suscribieron un acuerdo de responsabilización y reconciliación, con la observancia del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas. Allí toman relevancia los mecanismos alternativos de administración de justicia para promover la reconciliación por medio de los procedimientos tradicionales *Mato Oput*.<sup>11</sup>

En síntesis, el pluralismo jurídico débil permite la validación de regímenes jurídicos diversos al estatal sin negar el anclaje monista del derecho. Aun así, es necesario que los derechos oficiales y no oficiales dialoguen entre sí.

Las experiencias mencionadas representan un fenómeno único derivado de las amplias facultades para enjuiciar y condenar a los responsables de crímenes graves y reflejan una tendencia generalizada, especialmente en África, de confiar más en los mecanismos tradicionales para la reconstrucción de comunidades afectadas por atrocidades masivas.

La comprensión de estos fenómenos de hibridación requiere destacar características comunes del origen y manejo del conflicto en estas sociedades. Los Tribunales *Gacaca* de Ruanda y el sistema de *Mato Oput* de Uganda son ejemplos destacados de instituciones jurídicas híbridas, marcadas por dicotomías como oficial/no oficial y una pluralidad jurídica monocultural basada en la noción de nación. Esta pluralidad jurídica ha implicado cambios en los procedimientos ordinarios para manejar el conflicto, con la intención de abordar intereses sustanciales e interpretaciones culturales fundamentales para alcanzar los objetivos de transición hacia la paz.

## 5. Tribunales Gacaca de Ruanda

Tradicionalmente, el sistema de resolución de conflictos *Gacaca* se ha caracterizado por su carácter informal, restaurativo y participativo, siguiendo el modelo de rasgos típicos comúnmente atribuidos a los sistemas de justicia tradicionales africanos (Molenaar, 2005, p. 13); no obstante, el carácter predominantemente retributivo del nuevo sistema se desvía fundamentalmente de la idea en la que se basa la *Gacaca* tradicional (Bornkamm, 2012).

En Ruanda, la dicotomía oficial/no oficial del nuevo sistema o de *Inkiko Gacaca*, como se denomina a esta reinención de lo tradicional, es apreciable en el reconocimiento legal de este en la Ley Orgánica 40/2000 de 26 de enero de 2001 con autonomía jurisdiccional y de procedimiento, sin que se integre al Código de Organización

11 Carta de fecha 16 de julio de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de Uganda ante las Naciones Unidas. La contemplación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, especialmente, en materia penal son una muestra de pluralismo jurídico débil.

y Jurisdicción Judicial del Decreto-Ley 09/1980.<sup>12</sup> Ciertamente, la conformación de estos tribunales respondió a un reclamo de democratización de los procedimientos, la decisión final sobre la responsabilidad penal de los enjuiciados recaía sobre *Inyangamugayo*, integrados por cuerpos colegiados.<sup>13</sup>

La decisión de excluir este sistema de la organización judicial ruandesa, de acuerdo con los argumentos expuestos por la Asamblea Nacional de Transición, responde a la necesidad de lograr la reconciliación y la justicia en el país, de rehabilitar la sociedad ruandesa y de erradicar la cultura y el sentimiento de la impunidad que dejó el trabajo adelantado por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).<sup>14</sup>

En efecto, a pesar de las críticas sobre la demora y mala gestión del TPIR, lo cierto es que la opinión internacional, en términos generales, es positiva por la meticulosa acumulación de pruebas y documentación de los actos genocidas, así como por el reconocimiento internacional del alcance de estos crímenes. No obstante, los ruandeses sintieron desconexión de la justicia que se impartió en Arusha, como documentaron Strain y Keyes (2003, p. 108). En palabras de Bornkamn (2012), la forma de justicia que representa el tribunal no tenía nada que ver con la población (p. 30). En ese sentido, se tiene que no se cumplen los objetivos de reconciliación nacional ni de restablecimiento y mantenimiento de la paz.

Con todo, la correspondencia en la intención de investigar y juzgar crímenes puede llevar a que tribunales nacionales e internacionales reclamen, al mismo tiempo, el ejercicio de su competencia para la persecución penal. El ejercicio de la competencia en el TPIR, a diferencia de la óptica actual de la complementariedad, se abordó desde la primacía. Si bien su Estatuto, en el artículo 8, y las Reglas de Procedimiento y Prueba, en la segunda parte, reconocen que los tribunales nacionales tienen jurisdicción concurrente sobre los delitos de su competencia, este otorga a los organismos internacionales primacía. Lo anterior es fácilmente identificable

12 No obstante, el trámite previsto en la sección tercera del capítulo sexto del título tercero de la Ley Orgánica 40/2000 prevé la posibilidad de recurrir en casación cierto tipo de sentencias pronunciadas por los Tribunales Gacaca; estos recursos son resueltos por la Corte de Casación referenciada en el artículo 35 del Código de Organización y Jurisdicción Judicial.

13 Conforme los artículos 09 y 10 de la Ley Orgánica 40/2000 correspondía al Presidente de la República determinar, mediante orden, las modalidades de organización de las elecciones de los miembros de los órganos de la "Jurisdicción Gacaca", que debían caracterizarse por ser ruandeses honrados elegidos por las asambleas generales de las comunidades en que residen. En ese sentido, el artículo 07 de la Orden Presidencial n° 12/01 de 26 de junio de 2001 estableció las modalidades de organización de las elecciones de miembros de los Tribunales.

14 Consideraciones de la Ley Orgánica 40/2000 de 26/01/2001 por la que se establecen las "Jurisdicciones Gacaca" y se organiza el enjuiciamiento de los delitos constitutivos de genocidio o de crímenes contra la humanidad, cometidos entre el 1 de octubre de 1990 y el 31 de diciembre de 1994.

en la jurisprudencia del tribunal internacional en el caso seguido contra Elizaphan y Gérard Ntakirutimana, en la decisión del 21 de febrero de 2003, por ejemplo.

Si bien no es clara la relación entre ambas jurisdicciones y, por consiguiente, esa armonización entre lo global y lo local, la primacía del TPIR se centró en investigar y juzgar a una primera categoría de actos constitutivos del genocidio, como planearlo u organizarlo, cometer agresiones sexuales y perpetrar homicidios múltiples; por su parte, la jurisdicción *Gacaca*, aunque reclamó competencia sobre estos actos y máximos responsables, conforme el artículo 51 de la Ley Orgánica 16/2004, con lo que logró obtener algunas condenas adicionales a las presentadas por el tribunal internacional, centró su trabajo en perseguir a una segunda categoría de delitos de menor entidad (Chakravarty, 2005).

Ahora, la experiencia ha sido objeto de críticas, especialmente desde la perspectiva del relativismo cultural. Se cuestiona la aplicación de los principios de debido proceso y juicio justo, derivados de las convenciones de derechos humanos occidentales en las distintas reglas de procedimiento utilizadas en los tribunales. Es importante destacar que tanto los sistemas *Gacaca* en Ruanda como el *Mato Oput* en Uganda tienen su fundamento en el derecho consuetudinario. Argumentar que este sistema es inherentemente contrario a los derechos humanos debido a su origen no occidental refleja una comprensión limitada de la diversidad y adaptabilidad del derecho consuetudinario, lo que puede cuestionar la universalidad de los derechos humanos (Longman, 2006, p. 213).

La adaptación del derecho consuetudinario a los desarrollos modernos de la teoría del derecho, especialmente, del derecho penal, implica su integración con modelos estatales, la dogmática jurídica, la estructura de la teoría del delito y el procedimiento penal dentro de un marco constitucional. Una constitución establece principios que definen un marco político-criminal general para el legislador, el juez y los estudiosos del derecho penal (Berdugo Gómez de la Torre, 2012, p. 108). En Ruanda, el principio del juicio justo está consagrado tanto en la Constitución (artículos 29, 150 y 151) como en el bloque de constitucionalidad, que incluye obligaciones internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

## **6. DIP y mecanismos alternativos de resolución de conflictos**

En los conflictos que se asientan sobre definiciones culturales, la cultura modela cómo los individuos entienden sus respectivos mundos sociales, clasifican a la gente, evalúan las posibles acciones y sancionan ciertas respuestas y no otras (Ross,

1995). Este carácter cultural ha permitido a las sociedades históricamente encontrar en sus usos y costumbres salidas arraigadas a sus formas de vivir y relacionarse y es la base para entender la justicia comunitaria como una alternativa histórica.

Los procedimientos que resuelven conflictos sociales tienen una alta carga cultural y comunitaria. La justificación para castigar en una sociedad, así lo entiende Duff (1991) respecto al DIP, no comienza con un pensamiento impersonal que dice “ellos deben ser castigados” (p. 233), sino con el pensamiento personalizado y colectivo que afirma que “debemos convocarlos a que den cuenta de lo que han hecho” (Gargarella, 2008, p. 119). Lo anterior plantea que el procedimiento penal pretende que el acusado participe en un diálogo racional sobre la justicia de la acusación a la que se enfrenta (Zehr, 2005, p. 97), por la que deviene necesaria la reconstrucción del tejido comunitario.

En este contexto, la complementariedad entre la obligación de castigar impuesta por el Estatuto de Roma y las formas de justicia consuetudinaria ofrece un espacio interesante para la coexistencia de ambos sistemas. Si bien la CPI busca principalmente prevenir la impunidad de los crímenes más graves, los mecanismos alternativos se centran en la reconstrucción social y comunitaria a través de la reconciliación, la restauración y el perdón, en lugar de la mera retribución penal.

## **7. La justicia comunitaria como una alternativa histórica**

Es común caer en la falacia de interpretar la historia como un progreso lineal, especialmente en el ámbito de los paradigmas penales, donde se considera que abandonar las antiguas formas de resolver conflictos representa un avance en la garantía de justicia y derechos en general. Según Zehr (2005), se tiende a caracterizar a los sistemas pasados de justicia como “privados” debido al uso de la venganza desmedida, en contraste con el moderno sistema público de justicia, que se percibe como más controlado (p. 97). Sin embargo, la realidad es más compleja que esta imagen convencional.

La llamada justicia “privada” no siempre fue privada ni se basaba esencialmente en la venganza; tanto la negociación como la restitución eran formas comunes de resolver conflictos, y la comunidad desempeñaba un papel fundamental en este proceso (Zehr, 2005, p. 99). Estas soluciones “privadas” no son necesariamente más punitivas, restrictivas o menos ilustradas que las propuestas por la justicia estatal; de hecho, la justicia pública puede adoptar un enfoque más punitivo. Históricamente, se ha sugerido una dialéctica entre dos modelos básicos de derecho o justicia: la comunidad y el Estado (Lenman & Parker, 1980). Sin embargo, en un punto crucial de la reconstrucción histórica, la visión de la justicia estatal prevaleció en

la aplicación del derecho penal. Pese a ello, hay autores como Zaffaroni (1998), quienes consideran que el sistema penal oficial es una manifestación del poder social que pretende mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente, pero que su falta de coherencia en el discurso jurídico penal y la falta de valor de verdad en su operatividad social le arrebatan la legitimidad que pregona.

Se hace necesario un cambio de paradigma, pues el marco histórico es un condicionante de los debates que deben abordarse en el derecho penal (Berdugo de La Torre, p. 96). La pregunta es si ese cambio puede basarse en elementos del pasado. Para la justicia comunitaria, los casos penales son importantes por la forma en que la criminalidad afecta la vida en comunidad, de allí que el tratamiento penal se justifique sobre la base de esa afectación (Crawford & Clear, 2001, p. 128). El manejo de los casos debe prever una experiencia colectiva, es una visión de justicia ‘deliberativa’, se trata de que la gente delibere sobre las consecuencias de los delitos y sobre cómo tratarlos para evitar que se repitan. Como adujo John Braithwaite (1995, p. 329), la justicia comunitaria y la reparadora devuelven a los ciudadanos el control deliberativo de la justicia.

El crimen es el símbolo más emotivo de la comunidad perdida (Abel 1995); de allí, que las formas comunitarias y restaurativas intenten revivir alguna noción de comunidad, reciprocidad o confianza cívica. Estas demandan la articulación del Estado, los usos, las costumbres y la sociedad civil para dotar al aparato de justicia penal —entendido fuera de los términos expresados por Zaffaroni (1998) para referirse al sistema penal formal— de proclamas duales de globalización y localización.

En un modelo de justicia comunitaria, cuatro son las características que los distinguen: 1) accesibilidad de los ciudadanos al proceso de justicia, 2) participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de justicia, 3) actividades de justicia restaurativa y 4) reintegración social de las víctimas y los delincuentes (Karp & Walther, 2001).

La justicia comunitaria y la justicia restaurativa, aunque diferentes en su conceptualización, persiguen objetivos comunes, ambas implican un cambio de la responsabilidad pasiva a la que los delincuentes son sometidos por los profesionales, por una responsabilidad activa de los ciudadanos para hacer las cosas bien en el futuro. La responsabilidad activa es una virtud de la participación cívica (Braithwaite, 2004). Esta visión ha tomado relevancia en escenarios de superación de conflictos y representa la base teórica de las experiencias *Gacaca* y *Mato Oput*, que conocieron de los crímenes más graves. Aun así, es necesario plantear unos límites a los mecanismos comunitarios y restaurativos al momento de abordar problemas penales, por su importancia en la fuerte restricción de derechos fundamentales en el ejercicio del

*ius puniendi*, incluso, si se trata de aplicar estos modelos a los casos de grandes violaciones a intereses universales. En palabras de Braithwaite (2003), es necesario especificar buenas razones —adecuadas para la esfera pública en una sociedad democrática moderna— para justificar las intervenciones de la justicia reparadora.

## **8. El examen de complementariedad y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos**

Se ha reseñado que la posibilidad de aplicar funciones jurisdiccionales no ordinarias al DIP se encuentra delimitada por la protección y los estándares internacionales de derechos humanos. Esta posición ha sido abordada, incluso, por la jurisprudencia de la CPI en sus pronunciamientos sobre la relación entre la complementariedad y la garantía de los derechos de la defensa (*Fiscal c. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, párrs. 82-ss). Aunque la CPI no es un “tribunal de derechos humanos”, las normas de derechos humanos deben seguir siendo pertinentes y útiles para evaluar si los procedimientos, en los órdenes nacionales, se llevan a cabo de forma genuina.<sup>15</sup>

Esta remisión a los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de derechos humanos, si bien no son vinculantes en materia de complementariedad, otorgan elementos para reconstruir los requisitos de cumplimiento por parte de las distintas jurisdicciones nacionales —oficiales o no—, que deben observarse en el examen, pues existe un núcleo inviolable de derechos y garantías por todo el sistema penal (Borja Jiménez, 2012, p. 170), sin ser excepción alguna el presentado por el poder descentralizado. Adicionalmente, la jurisprudencia de los distintos tribunales de derechos humanos, a la hora de analizar la responsabilidad de los Estados, apela a los conceptos de ‘conducta de las autoridades judiciales’<sup>16</sup> y ‘análisis global de procedimiento’,<sup>17</sup> reseñando un preciso mapa general del funcionamiento del aparato judicial que puede servir de contextualización para la CPI.

### **8.1. Función punitiva en las alternativas al proceso penal internacional**

El principio de complementariedad, tal como lo define el artículo 17 del Estatuto de Roma, establece que los sistemas nacionales o locales deben ser genuinos en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes internacionales para evitar

15 Véase, CPI. Documento informal de expertos: El principio de complementariedad en la práctica. ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 1/37 VW T.

16 Véase, Corte IDH. Genie Lacayo c. Nicaragua, “Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”, párr. 80. En el mismo sentido, TEDH. Caso Motta c. Italia, juicio del 19 de febrero de 1991; TEDH. Caso Ruiz Mateos c. España, juicio de 23 de junio de 1993.

17 Véase, TEDH. Motta c. Italia, Op. cit., párr. 24. Véase, también, TEDH. Vernillo c. Francia, juicio de 20 de febrero de 1991; TEDH. Unión Alimentaria Sanders c. España, juicio de 07 de julio de 1989.

la intervención de la CPI. Este genuino compromiso no se limita únicamente al cumplimiento del debido proceso, sino también a que las alternativas procesales cumplan con las funciones punitivas del derecho penal.

Las formas tradicionales de justicia se enfocan en la reconciliación y restauración de la comunidad más que en la retribución punitiva tradicional. Sin embargo, surge la pregunta de si estas alternativas pueden cumplir con la función punitiva exigida por el DIP sin ser vistas como una forma encubierta de impunidad.

## **8.2. Los principios de imparcialidad e independencia**

El examen de complementariedad que adelanta la CPI garantiza la observancia de importantes garantías dentro de los sistemas de enjuiciamiento domésticos como la voluntad y la capacidad de investigar, juzgar y sancionar, y el cumplimiento de la obligación de hacerlo, la celeridad, y la imparcialidad e independencia. Esta investigación ha priorizado el análisis de principios que se relacionan, en mayor medida, con el trabajo que adelantan instituciones de derecho consuetudinario al enfrentarse a problemas criminales complejos. Este examen incluye la observación de si los Estados utilizan mecanismos judiciales o extrajudiciales que, bajo la apariencia de legalidad, eluden su responsabilidad de perseguir a los culpables. Es aquí donde las estrategias locales para no perseguir los crímenes internacionales o la incapacidad de hacerlo pueden resultar en una percepción de impunidad. La justicia consuetudinaria, por su enfoque restaurativo, puede parecer insuficiente desde el prisma punitivo tradicional si no cumple con el estándar de imponer un castigo acorde a la gravedad de los crímenes.

El carácter cultural del derecho consuetudinario imprime a sus procedimientos de resolución de conflictos una alta carga identitaria que tiende a confundirse con ideología, de allí, que se hayan construido críticas en torno a pretender relacionar la cosmovisión propia de las comunidades con la falta de independencia, o el juzgamiento por pares como ausencia de imparcialidad y, al igual que ocurre al relacionar los procesos de justicia transicional con el derecho de los vencedores, se desconoce la importancia de estos mecanismos y procesos en la reconstrucción del tejido social.

Este apartado no pretende reconstruir el marco de protección de los derechos que deben ser tenido en cuenta por la CPI en el examen de complementariedad ni señalar todas las garantías que deben observarse al momento de aceptar el funcionamiento de sistemas tradicionales por la imposibilidad práctica de abordar tan amplio espectro, por el contrario, se centra en analizar los dos principios procesales básicos de imparcialidad e independencia, en atención a las recurrentes críticas

a los mecanismos no oficiales en este sentido, por su relación directa con la obligación, voluntad y capacidad de investigar, juzgar y sancionar.

Pues bien, la imparcialidad e independencia tienden a ser conceptos que se confunden entre sí, de hecho, son conceptos indisolublemente unidos (Calvo Sánchez, 2008). No obstante, una aproximación académica a ambos principios exige señalar algunas características propias de cada uno. Ambos principios se asocian a atributos de la jurisdicción, su distinción está en cómo operan. La imparcialidad se caracteriza por operar en un aspecto dinámico y funcional —es un principio más pragmático—, mientras que la independencia mira preferentemente a la dimensión política de la justicia (Ibáñez, 2008, p. 49); en otras palabras, opera en una perspectiva más estática constitucionalmente.

De vieja data, la imparcialidad ha sido considerada como un pilar fundamental del derecho procesal, denota la prohibición de cualquier sesgo por parte del juzgador. Este principio asegura la equidad en la construcción del argumento y garantiza el cumplimiento del antiguo adagio *auditur et altera pars*. Además, como piedra angular del proceso judicial, encuentra su consagración tanto en el ámbito constitucional como en el legal.

Por su parte, aunque la independencia conserva una estrecha relación con la imparcialidad y se le puede asociar, desde un punto de vista procesal, como una condición de esta última,<sup>18</sup> Ferrer Arroyo (2015) la entiende como la autonomía del órgano decisor a la influencia de otros poderes. El enfoque de exigibilidad de este principio no importa únicamente a los distintos magistrados, sino al sistema judicial mismo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha indicado que para determinar si un órgano puede considerarse independiente, hay que tener en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y su mandato, la existencia de garantías contra las presiones externas y si el órgano presenta una apariencia de independencia.<sup>19</sup> A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Informe sobre terrorismo y derechos humanos, del 22 de octubre de 2022, reseñó que el requisito de independencia requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno; estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales.

18 Si un órgano es dependiente, su funcionamiento se parcializa y se sesga en favor de los intereses espurios de los que depende.

19 Véase, TEDH, Langborger c. Suecia; “Juicio”; 11179/84; 22-06-1989; párr. 32.

## 9. Un nuevo reto para la admisibilidad en la CPI

Un sector de la doctrina defiende la posibilidad de que mecanismos alternativos domésticos de justicia, como *Mato Oput* o los Tribunales *Gacaca*, pueden garantizar a la CPI el cumplimiento de la obligación de perseguir bajo el principio de complementariedad (Keller, 2008). Sin embargo, aunque la CPI exige el enjuiciamiento, las disposiciones ambiguas dejan margen para los sistemas de justicia alternativa en circunstancias limitadas (Clark, 2005).

En efecto, el Estatuto prevé, en su artículo 20.3.b., la imposibilidad de juzgar a alguien que hubiese sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional; igualmente, las referencias del artículo 17.2. y la regla 51 de las Reglas de Procedimiento y Prueba contemplan la remisión a los distintos instrumentos de derecho internacional para determinar el incumplimiento por parte de un Estado de los requisitos procesales de imparcialidad e independencia de los sistemas de enjuiciamiento. No obstante, no se prevé una prohibición frente a que estos sistemas de enjuiciamiento deban responder a unas características específicas de institucionalidad; de hecho, el estándar para la intervención es lo suficientemente alto que exige que la falta de independencia e imparcialidad solo pueden ser motivo de admisibilidad si se cumple el requisito acumulativo de que sean “incompatibles con la intención de llevar al interesado ante la justicia” (Nouwen, 2011, p. 1128). Estos criterios establecen estándares claros que deben cumplir los procedimientos domésticos para que los casos sean inadmisibles ante la CPI.

En este contexto, el respeto a los estándares internacionales del debido proceso y la observancia de los principios fundamentales del derecho procesal, como la garantía de sistemas judiciales independientes e imparciales, allanan el camino para que la CPI reconozca los mecanismos alternativos de resolución de conflictos con enfoque comunitario y restaurativo.

Durante los diálogos de paz en Uganda, la CPI enfatizó la responsabilidad del Estado de investigar, perseguir y enjuiciar a los rebeldes. Sin embargo, el debate continúa en la teoría, especialmente tras el fracaso de las negociaciones y las decisiones de las Salas Preliminares de la CPI de no revisar la determinación positiva de la admisibilidad, ante la preocupación por la falta de acción por parte de las autoridades nacionales (*Fiscal c. Kony et al.*, párr 52).

La viabilidad de reconocer jurisdicciones alternativas en la CPI persiste bajo la condición de cumplir con estándares internacionales. Aunque en el caso de Ruanda la complementariedad no se consideraba al evaluar la admisibilidad, es claro que un procedimiento distinto al convencional puede garantizar la imparcialidad

e independencia necesarias. Además, se reconoce la importancia del aspecto cultural en el proceso de restauración, vital para la recuperación de la sociedad tras crímenes graves.

El principio de complementariedad, tal como lo plantea el artículo 17 del Estatuto de Roma, permite que los sistemas nacionales e incluso comunitarios tengan la primacía en la investigación y enjuiciamiento de crímenes internacionales, siempre que estos sean genuinos y respeten los estándares mínimos de derechos humanos. Esto abre la puerta para que mecanismos de justicia consuetudinaria, que buscan reconstruir la paz y la armonía dentro de las comunidades afectadas, puedan considerarse válidos. Además, la práctica de complementariedad positiva también sugiere que la CPI podría incentivar el uso de estos sistemas alternativos siempre que se demuestre que son capaces de llevar a cabo investigaciones y juicios efectivos que no den lugar a la impunidad. Así, se crea una oportunidad para una ‘hibridación jurídica’, en la que las formas tradicionales de justicia, enfocadas en la reintegración y la restauración comunitaria, complementen la obligación internacional de sancionar los crímenes más graves.

Finalmente, como refuerzo a la existencia de estos mecanismos, debe considerarse que, ante la inadmisibilidad de un caso por la CPI y la inactivación de su jurisdicción, no queda esta deslindada de los procedimientos nacionales y locales; por el contrario, en aplicación de la cooperación judicial y de esa relación de hibridación jurídica entre los distintos niveles, el mismo Estatuto de Roma, conforme el artículo 93.10., prevé la exigencia de cooperación entre los Estados y la CPI, y la asistencia por parte de esta última a un Estado Parte que lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la CPI o un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente sin importar que el Estado Parte apele a mecanismos alternativos para cumplir con su deber de investigar y juzgar.

## Referencias

- Abel, R. (1995). Contested communities. *Journal of Law and Society*, 21(1), 113-126. Cardiff University Law School.
- Ambos, K. (2006). *La parte general del derecho penal internacional*. Temis.
- Ambos, K. (2013). Fundamentos y problemas del derecho penal y procesal penal internacional y europeo. UBI LEX Asociados.
- Ambos, K. (1999). Impunidad y derecho penal internacional. Ad-Hoc.

- Andaluz Vegacenteno, H. (2005). Positivismo normativo y derecho internacional. Plural Editores.
- Arnaud, A.-J., & Fariñas Dulce, M. J. (2006). Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Arnaud, A.-J. (2003). Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI. En R. A. Prieto Sanjuán (Coord.), *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales* (pp. 15-34). Universidad Externado de Colombia.
- Batros, B. (2011). The evolution of the ICC jurisprudence on admissibility. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity* (Vol. 1, pp. 558-602). Cambridge University Press.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2012). *Viejo y Nuevo Derecho Penal: Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. Iustel
- Berdugo Gómez de la Torre, I., & Sanz Mulas, N. (Eds.). (2005). *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Editorial Comares.
- Borja Jimenez, E. (2012). *Acercas de lo universal y lo particular del derecho penal*. Tirant Lo Blanch.
- Bornkamn, P. C. (2012). *Rwanda's gacaca courts: between retribution and reparation*. Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2003). Principles of restorative justice. En A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. Bottoms, K. Roach, & M. Schiff (Eds.), *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* (pp. 1-20). Hart Publishing.
- Braithwaite, J. (2004). Restorative justice and de-professionalization. *The Good Society*, 13(1), 28-31.
- Braithwaite, J. (1995). Restorative justice. En M. Tonry (Ed.), *Handbook of crime and punishment* (pp. 323-344). Stanford University Press.
- Bujosa Vadell, L. M. (1997). La unidad jurisdiccional y la llamada jurisdicción militar. *Justicia*, (3-4), 989-1041.
- Burke-White, W. W. (2008). Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice. *Criminal Law Forum*, 19(1), 59-85.

- Burke-White, W. W. (2004). International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, 25, 963-979.
- Calvo Sánchez, M. del C. (2008). La abstención y recusación en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Pensamiento Jurídico*, (21), 83-127.
- Carnelutti, F. (1964). Derecho consuetudinario y derecho legal. *Revista de Occidente*, II(10), 1-11.
- Chakravarty, A. (2006). Gacaca courts in Rwanda: explaining divisions within the human rights community. *Yale Journal of International Affairs*, 1(2), 132-145.
- Clark, T. H. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties, and the “interests of justice”: Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*, 4(2), 389-414.
- Crawford, A., & Clear, T. (2001). Community justice: transforming communities through restorative justice? En G. Bazemore & M. Schiff (Eds.), *Restorative community justice: repairing harm and transforming communities* (pp. 127-149). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315721347-12>
- Cryer, R. (2005). *Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime*. Cambridge University Press.
- Díez-Picazo, L. M. (1991). Régimen constitucional del poder judicial. *Cuadernos Civitas*.
- Duff, A. (1991). *Trials and punishments*. Cambridge University Press.
- Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. Universidad Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Ferrer Arroyo, F. J. (2015). El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (14), 155-184.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Siglo del Hombre Editores.
- Garzón López, P. (2014). Pluralismo jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, 186-193.

- Griffith, J. (2007). ¿Qué es el pluralismo jurídico? En Merry, S. E., Griffiths, J. M., Tamanaha, B. Z., Ariza Higuera, L. J., Bonilla Maldonado, D. E., & Morales de Setién Ravina, C. F., *Pluralismo jurídico* (pp. 143-220). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Pontificia Javeriana.
- Hafner, G. (2004). Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, 25, 849-863.
- Hayek, F. A. von. (1982). *Law, legislation and liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy* (Vol. 1: Rules and order). Routledge – Kegan Paul.
- Hoekema, A. (2014). Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal. En A. Guevara Gil & A. Gálvez Rivas (Eds.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales* (pp. 425-434). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ibáñez, P. A. (2008). Imparcialidad judicial e independencia judicial. *Estudios de Derecho judicial*, 151, 41-71.
- Karp, D., & Walther, L. (2001). Community boards in Vermont: Theory and practice. En G. Bazemore & M. Schiff (Eds.), *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities* (pp. 199-217). Anderson Publishing Co.
- Keller, L. M. (2008). Achieving peace with justice: The International Criminal Court and Ugandan alternative justice mechanisms. *Connecticut Journal of International Law*, 23(2), 209-275.
- Kleffner, J. K. (2003). The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law. *Journal of International Criminal Justice*, 1(1), 86-113.
- Koch JR, C. H. (2004). Judicial dialogue for legal multiculturalism. *Michigan Journal of International Law*, 25, 879-902.
- Lenman, B., & Parker, G. (1980). The state, the community and the criminal law in early modern Europe. En V. Gatrell, B. Lenman, & G. Parker (Eds.), *Crime and the law: The social history of crime in Western Europe since 1500* (pp. 11-48). Europa Publications.

- Longman, T. (2006). Justice in grassroots? Gacaca trials in Rwanda. In N. Roth-Arriaza & J. Mariezcurrena (Eds.), *Transitional justice in the twenty-first century* (pp. 206-228). Cambridge University Press.
- Messuti, A. (2013). Un deber ineludible: la obligación del Estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales. Ediar.
- Molenaar, A. (2005). Gacaca, grassroots justice after genocide: the key to reconciliation in Rwanda? [en línea]. African Studies Centre. <https://hdl.handle.net/1887/4645>
- Nerlich, V. (2013). Daring diversity – why there is nothing wrong with ‘fragmentation’ in international criminal procedures. *Leiden Journal of International Law*, 26(4), 777-781.
- Nouwen, S. (2011). Complementarity in Uganda: Domestic diversity or international imposition? En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity* (Vol. 2, pp. 1120-1154). Cambridge University Press.
- Patiño González, M. C. (2008). Fundamentos constitucionales del sistema penal acusatorio y sus implicaciones en la labor del Ministerio Público. In *El Ministerio Público y el nuevo proceso penal: colección de ensayos* (pp. 97-133). Ministerio del Interior y de Justicia.
- Pawelyn, J. (2004). Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, 25, 903-916.
- Quesada Alcalá, C. (2005). La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Tirant Lo Blanch.
- Ross, M. H. (1995). La cultura del conflicto: las diferencias interculturales en la práctica de la violencia. Paidós.
- Sack, P., & Minchin, E. (Eds.). (1986). *Legal pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop VIII*. Universidad Nacional de Australia.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Schiff Berman, P. (2020). Understanding global legal pluralism: From local to global, from descriptive to normative. En P. Schiff Berman (Ed.), *The Oxford handbook of global legal pluralism* (pp. 1-35). Oxford University Press.

- Stahn, C. (2011). Taking complementarity seriously: On the sense and sensibility of 'classical', 'positive' and 'negative' complementarity. En C. Stahn & M. M. El Zeidy (Eds.), *The International Criminal Court and complementarity* (Vol. 1, pp. 233-282). Cambridge University Press.
- Strain, J., & KEYES, E. (2003). Accountability in the aftermath of Rwanda's genocide. En J. E. Stromseth (Ed.), *Accountability for atrocities: national and international responses* (pp. 87-133). Transnational Publishers.
- Teubner, G. (1992). The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 13, 1443-1462.
- Turner, J. I. (2019). Pluralism in international criminal procedure. En D. K. Brown, J. I. Turner, & B. Weisser (Eds.), *The Oxford handbook of criminal process* (pp. 993-1017). Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E., & Vasiliev, S. (2014). Pluralism: A new framework for international criminal justice. En E. Van Sliedregt & S. Vasiliev (Eds.), *Pluralism in international criminal law* (pp. 3-38). Oxford University Press.
- Werle, G., & Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional*. Tirant Lo Blanch.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática penal*. Ediar.
- Zagrebel'sky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Trotta.
- Zehr, H. (2005). *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Herald Press.

# SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

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

Racismo y derecho internacional: la paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

*Juan Camilo Mejía Pinillos*

Comisión de actuaciones militares para garantizar el space domain awareness en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario

*Laura Ximena Hernández Velandia*

Ecología de justicias en Colombia: justicia transicional, justicias comunitarias y diálogos interjurisdiccionales

*Esneider René Mateus Forero*

La dimensión espiritual en materia de reparación en el marco del conflicto armado interno colombiano

*Valeria Isabel Trujillo Ospina*

Hacia una crítica del progreso: derecho y desarrollo hegemónico en América Latina

*Daniel Felipe Briñez Cagua*

# Racismo y derecho internacional: la paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

Racism and International Law: The Paradox of the World Trade Organization Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

Racismo e direito internacional: o paradoxo do acordo da Organização Mundial do Comércio sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio

Juan Camilo Mejía Pinillos\*

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2024

Fecha de aprobación: 02 de julio de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14432>

Para citar este artículo: Mejía Pinillos, J. C. (2024). Racismo y derecho internacional: La paradoja del acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC). *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-30. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14432>

## Resumen

Las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL, por sus siglas en inglés) debaten sobre la desigualdad económica internacional. Sin embargo, este problema no puede resolverse sin analizar el trasfondo racial. La Teoría Crítica de la Raza (TCR), como movimiento intelectual progresista, proporciona herramientas útiles que enriquecen el debate mediante la revisión de las experiencias de las

\* LL.M en Derecho, University of Cincinnati (EE. UU.), especialista en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Colombia), magíster en Derecho Internacional, Universidad del Rosario. Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: juancamil9510@hotmail.com

minorías raciales a nivel mundial. Este ensayo ilustrará cómo la academia TWAIL y la TCR pueden trabajar en conjunto para abordar el fenómeno neocolonial desde una perspectiva racial dentro del derecho internacional. Para ello se estudiará la falta de una regulación de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas a nivel internacional acorde a su cosmovisión en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en particular, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Asimismo, se evidenciará cómo estas instituciones jurídicas perpetúan un discurso de desigualdad neocolonial racista creada por potencias occidentales bajo la doctrina dominante liberal del derecho de la propiedad intelectual internacional, contraponiéndose al posicionamiento de la propiedad intelectual colectiva indígena como contrarrelato jurídico en el derecho internacional.

**Palabras clave:** Teoría Crítica de la Raza (TCR); Third World Approches to International Law (TWAIL); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas; Latinoamérica.

## **Abstract**

The Third World Approches to International Law (TWAIL) debate international economic inequality. However, this problem cannot be completely resolved without analyzing its racial background. Critical Race Theory (TCR), as a progressive intellectual movement, provides useful tools that enrich the debate by reviewing the experiences of racial minorities around the world. This essay will illustrate how the TWAIL and TCR can work together to address the neocolonial phenomenon from a racial perspective within international law. For this purpose, the lack of regulation of the intellectual property rights of indigenous communities at the international level will be studied under a regulation that follows their worldview in the context of the World Trade Organization (WTO); in particular, in the Agreement on Aspects of Intellectual Property Rights related to Trade (TRIPS). Likewise, it will show how these legal institutions perpetuate an unequal racist neocolonial discourse created by Western powers under the dominant liberal doctrine of international intellectual property law, opposing the positioning of indigenous collective intellectual property as a legal counternarrative in international law.

**Keywords:** Critical Race Theory (CRT); Third World Approches to International Law (TWAIL); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS); collective intellectual property of indigenous communities; Latin America.

## Resumo

A academia de TWAIL (Third World Approaches to International Law) debate a desigualdade econômica internacional. No entanto, esse problema não pode ser totalmente resolvido sem que se tenha analisado sua origem racial. Dessa forma, a teoria crítica da raça (TCR), como um movimento intelectual progressista, fornece ferramentas úteis que enriquecem o debate ao analisar as experiências de minorias raciais em todo o mundo. Este ensaio ilustra como a academia TWAIL e a TCR podem trabalhar juntas para abordar o fenômeno neocolonial a partir de uma perspectiva racial dentro do direito internacional. Para isso, estuda a falta de regulamentação dos direitos de propriedade intelectual das comunidades indígenas em nível internacional sob uma regulamentação de acordo com sua cosmovisão no contexto da Organização Mundial do Comércio e, em particular, no Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS). Também mostra como essas instituições jurídicas perpetuam um discurso de desigualdade neocolonial racista criado pelas potências ocidentais sob a doutrina liberal dominante do direito internacional de propriedade intelectual, em contraste com o posicionamento da propriedade intelectual coletiva indígena como uma contranarrativa jurídica no direito internacional.

**Palavras-chave:** teoria crítica da raça (TCR); abordagens do terceiro mundo ao direito internacional (TWAIL); Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS); propriedade intelectual coletiva de comunidades indígenas; América Latina.

## Introducción

Las relaciones humanas están mediadas por un constante intercambio de experiencias manifestadas a través de relatos y narrativas contenidas, entre otras, en objetos expresivos de creación humana (Dewey, 2005). Estas expresiones forman parte del conocimiento colectivo transmitido por generaciones, que dan lugar a distintas formas de pensar y percibir la realidad (Dewey, 2018). El derecho, como disciplina encargada de mediar y regular las relaciones sociales, alberga en su seno un relato que se difunde a lo largo y ancho de las diversas materias que busca regular (Bourdieu et al., 2001). En este contexto, puede concebirse como el resultado de una narrativa de poder presentada a las personas bajo su influencia como una verdad que aspira a expandirse y perdurar en tiempos y lugares específicos, al mismo tiempo que se convierte en una materialidad vivida por aquellos a quienes el derecho contribuye a excluir o precarizar (Bourdieu et al., 2001). Para que esto sea posible, los relatos jurídicos se presentan como únicos y verdaderos, sin posibilidad de ser controvertidos. Esto genera escenarios de violencia directa o indirecta contra aquellos que intentan construir contrarrelatos, lo que resulta en conflictos discursivos (Bourdieu et al., 2001; Delgado, 1989).

La propiedad intelectual se destaca como un campo de gran interés a nivel internacional, con una extensa regulación que la consolida como una figura jurídica de relevancia mundial (Schmitz Vaccaro, 2013). Este texto tiene como objetivo aproximarse a la narrativa hegemónica internacional sobre propiedad intelectual en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) para luego contrastarla con la concepción colectiva planteada por las comunidades indígenas latinoamericanas para evidenciar la estructura racializada y colonial del derecho internacional experimentada por las comunidades indígenas dentro de dicho acuerdo. El ADPIC basa toda su estructura en la concepción de propiedad intelectual centrada en la individualización y el ánimo de lucro, mientras que la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas se presenta como una narrativa alternativa latinoamericana emergente que podría replantear el derecho internacional de la propiedad intelectual en el contexto del acuerdo.

Para profundizar en su análisis, se optó por abordar la problemática desde la perspectiva de la Teoría Crítica de la Raza (TCR) y las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TMAIL, por sus siglas en inglés), escuelas críticas que analizan el derecho internacional con enfoques racial (Andrews, 2000; Gordon, 2000) y del tercer mundo (Barreto, 2018; Chimni, 2006; Mutua, 2000), respectivamente. Sin embargo, debido a la falta de colaboración entre ambos (Gathii, 2020),

este texto también tiene como objetivo presentar un análisis que plantee una crítica racial tercermundista a los fenómenos regulados por el derecho internacional y sus relatos impregnados de contenidos racistas e imperiales (Achiume & Carbado, 2020; Tzouvala, 2020).

Profundizando en la problemática, el ADPIC, al establecer los principios que regulan la propiedad intelectual para los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), acentúa el discurso dominante, basado en las teorías utilitarista del trabajo, de la personalidad y de la planeación social occidentales (Menell, 1999), enfocado en una perspectiva economicista de la propiedad de carácter individual. A pesar de ser el discurso dominante, la división temática especializada del derecho internacional permite nutrir conceptos jurídicos transversales a esta división. Por esta razón, el derecho internacional de los derechos humanos se vuelve relevante para redirigir el discurso del ADPIC. En particular, la jurisprudencia interamericana ha consolidado en Latinoamérica un contrarrelato disruptivo al derecho de propiedad, ajustable a la cosmovisión general de las comunidades indígenas y tribales: la propiedad colectiva. Entre sus características más destacables se encuentra el enfoque no economicista de proteger la identidad cultural colectiva de las comunidades mediante la reivindicación de la propiedad.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha analizado casos sobre violaciones del derecho a la propiedad intelectual derivados del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos ni la extensión del contrarrelato a este campo, lo que deja la posibilidad de establecer un nuevo contrarrelato interamericano en futuras decisiones. Sin embargo, países como Panamá, México y Colombia han tenido desarrollos que amplían este concepto a la propiedad inmaterial, lo que evidencia que el concepto de propiedad intelectual colectiva está en un progresivo desarrollo para dar respuestas a las necesidades y cosmovisiones de las comunidades indígenas, las cuales no encuentran soluciones en las teorías occidentales. Asimismo, la propiedad intelectual, como una institución jurídica de gran interés para las economías modernas, merece un análisis sobre su trasfondo racial y tercermundista.

Además, la OMC, como una de las organizaciones internacionales más influyentes en la regulación de la propiedad intelectual a nivel mundial, no contempla dentro del ADPIC ningún desarrollo conceptual relacionado con la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas y tribales, especialmente cuando en campos especializados como derechos humanos y empresa se busca que la actividad comercial cumpla con estándares sobre derechos humanos.

Al recurrir a los estudios de la TCR y a la preocupación por la relación Norte-Sur de TWAIL, se evidenciará que la falta de regulación de la propiedad intelectual de las comunidades indígenas a nivel internacional es un ejemplo de cómo la estructura racista y colonial permea el derecho internacional para continuar con la subordinación del Sur Global a los intereses del Norte Global.

Con el fin de abordar las preguntas planteadas, el presente artículo analizará el ADPIC, anexo del convenio por el que se creó la OMC en 1994, en el que se establecen las principales normas sobre propiedad intelectual en el marco del comercio internacional (Willis, 2013), a la luz del concepto de propiedad intelectual colectiva. El texto se dividirá en tres partes. La primera proporcionará una explicación sobre el racismo y su relación con los preceptos teóricos dispuestos por las TWAIL y la TCR, haciendo hincapié en sus características, aportes y limitaciones. En la segunda, se explicará el concepto de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales con base en la jurisprudencia de la Corte IDH para posteriormente analizar el desarrollo del concepto en materia de propiedad intelectual en México, Panamá y Colombia. En la tercera parte, se procederá a evidenciar cómo estos conceptos no están incluidos en el ADPIC, por medio de la exposición de sus motivos y las razones por las que las comunidades indígenas latinoamericanas son víctimas de un esquema racista e imperial. Por último se presentan las conclusiones.

## 1. ¿Qué es el racismo?

Parte de la problemática a evidenciar en el presente escrito surge de la relación entre los fenómenos sociales del racismo y el colonialismo. No obstante, dada la complejidad del concepto de racismo, resulta esencial presentar una definición que permita abordar las distintas aproximaciones, sin ignorar el hecho de que no existe un consenso sobre su definición, que también posibilite explicar las razones por las cuales las comunidades indígenas son grupos sociales racializados.

Delgado y Stefancic (2017) definen el racismo como “Any program or practice of discrimination, segregation, persecution, or mistreatment based on membership in a race or ethnic group” (p. 183). Por otro lado, el artículo 1. 4. de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia, define el racismo así:

Cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial.

El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas.

Toda teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas racistas descritos en el presente artículo es científicamente falso, moralmente censurable y socialmente injusto, contrario a los principios fundamentales del derecho internacional, y por consiguiente perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales y, como tal, es condenado por los Estados Partes (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2009).

Atendiendo a la interconexión de estas definiciones, el racismo teórico lleva a prácticas racistas. De esta manera, el racismo y la discriminación van de la mano. Esto puede evidenciarse en lo dispuesto en el artículo 1. 1. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), la cual define discriminación racial así:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (Organización de las Naciones Unidas [ONU], s. f.).

Así, el racismo es un conjunto de supuestos equivocados que vincula las características fenotípicas y genotípicas de los individuos con su capacidad de gozar de derechos, lo que determina su rol social. Esto da como resultado la legitimación de prácticas discriminatorias, segregadoras y de persecución o maltrato hacia un individuo o grupo de personas por pertenecer a una raza o grupo étnico. La distinción entre raza y etnia identificada por Delgado y Stefancic (2017) se explicará a continuación.

### **1. 1. El concepto de raza**

Según Michael Omi y Howard Winant (2014), el concepto de raza ha adoptado diversas interpretaciones influenciadas por dimensiones religiosas, científicas, políticas y culturales, las cuales varían según el contexto temporal y espacial en el que se desarrollan; estas definiciones provienen de la ciencia social y política (Omi & Winant, 2014). Desde la perspectiva de las ciencias sociales, se exploran las visiones

de Marx y Engels, así como las derivadas de la teoría de la evolución de Darwin —darwinismo social— (Omi & Winant, 2014). Los primeros conceptualizan la raza en términos de la acumulación primitiva de recursos, una fase inicial del capitalismo moderno que se relaciona con las dinámicas del movimiento obrero en América y Gran Bretaña. Esta visión clasifica la raza según las relaciones económicas del capitalismo, una perspectiva compartida por Max Weber, Émile Durkheim (Omi & Winant, 2014), David Graeber (Chakravartty & Ferreira da Silva, 2012; Graeber, 2011) y otros (Knox, 2023; Knox & Kumar, 2023). Por otro lado, el darwinismo social adapta la teoría evolutiva de Darwin para establecer una jerarquía natural, con personas blancas en la cima (Omi & Winant, 2014).

En el ámbito político, estas bases teóricas dieron lugar a conceptos como el “ciclo de relaciones raciales”, que describe un proceso de cuatro etapas que culmina con la asimilación racial a estándares blancos. En los Estados Unidos, esto ha llevado a construcciones sociales que desvían la problemática hacia un enfoque “individualista y prejuicioso”, en lugar de abordar las estructuras racializadas que fomentan la inequidad, la geografía social y el ejercicio del poder político (Omi & Winant, 2014).

Así, la raza se presenta como un constructo social destinado a clasificar individuos según diferencias fenotípicas, como el color de piel, la textura del cabello y la forma de los ojos. Esta clasificación se conoce como “raza por esencia” (Omi & Winant, 2014). Sin embargo, también existe una comprensión de la raza como una ilusión o construcción social. Ambos adoptan una postura crítica ante estas perspectivas, argumentan que la raza no es algo arraigado en la naturaleza ni una ilusión, sino una categoría social con consecuencias definidas (Omi & Winant, 2014).

La raza puede entenderse como un conjunto inestable y descentralizado de significados sociales en constante transformación debido a luchas políticas. Aunque no esté arraigada en la biología, como categoría social tiene consecuencias sociales concretas. La racialización implica asignar significado racial a relaciones, prácticas sociales o grupos que previamente no fueron clasificados. La raza se convierte en una construcción social que influye en patrones de violencia y explotación experimentados por personas en la base de la pirámide racial, que se manifiesta materialmente en la sociedad (Omi & Winant, 2014).

## 1. 2. El concepto de etnia

La etnia generalmente se presenta como una forma de conceptualizar características como resultado de un fenómeno cultural (Omi & Winant, 2014). En ese sentido, la raza tiende a equipararse con identidades como la orientación sexual, de

género o religiosa. Se conceptualiza en términos de actitudes, creencias, religión, lenguaje, estilo de vida e identificación en un grupo (Omi & Winant, 2014). En este orden de ideas, desde un punto de vista étnico, la raza implica una preferencia variable y elegida por el individuo (Omi & Winant, 2014). Al ser un elemento variable, esta podría estar sujeta a cambios o adaptaciones de carácter ideológico. Por esto, muchas políticas sostienen que eliminar la diferencia racial implica asimilarse a una cultura racial-étnica, como la cultura blanca hegemónica (Omi & Winant, 2014). Este proceso resulta llamativo porque se presenta como el medio de inclusión e integración de grupos étnicos desfavorecidos, que, al renunciar a su cultura “patológica”, podrían disfrutar de un trato equivalente al del grupo dominante (Omi & Winant, 2014).

A diferencia de la asimilación, el pluralismo cultural busca preservar las identidades étnicas en los escenarios donde coexisten. No obstante, esta postura puede llevar al proyecto racial “daltónico”, que implica tratar a las personas con aparente igualdad, mientras ignora las situaciones que enfrentan los miembros de grupos racializados desfavorecidos (Omi & Winant, 2014).

En suma, el racismo se manifiesta de diversas maneras, ya sea a través del tratamiento institucionalizado desigual basado en características fenotípicas o mediante la comprensión étnica; es decir, tratando a individuos racializados según su comprensión como una variable cultural que puede ser abordada mediante la asimilación o el pluralismo cultural. En ambos casos se presentan escenarios que pueden llevar a la extinción de un grupo por su integración o a la ignorancia de fenómenos desventajosos por parte de un grupo al no considerar la raza como un elemento determinante que establece jerarquías sociales.

## 2. Contexto racista latinoamericano

Entendiendo las dimensiones conceptuales de raza, racismo y etnia, se abordará el contexto racista de América Latina, enfatizando la racialización de las comunidades indígenas que habitan los países que la componen. Se tomará como punto de referencia al líder indígena colombiano Manuel Quintín Lame.

En su libro: *El pensamiento del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Quintín Lame escribió una guía para los indígenas colombianos que se encontraban a merced de la institucionalidad blanca dominante para que pudieran tener un “horizonte” al enfrentarse a sus abusos, relacionados con las amenazas a su titularidad sobre la tierra, reconocida mediante decretos promulgados por El Libertador —mayo 20 de 1820, Ley de 11 de octubre de 1821 y posteriormente el Decreto 2117 de diciembre 6 de 1969— (Corrales Carvajal, 2005).

Como líder indígena es reconocido por su lucha contra la expropiación permanente de las tierras indígenas por parte de los colonos rurales expansionistas, quienes establecían relaciones económicas de dominación semiesclavista (Corrales Carvajal, 2005). Gracias a su lucha, se mantuvo la legislación indigenista sobre la propiedad terrenal de los resguardos indígenas, protegidos por la Ley 89 de 1890 (aún vigente). A pesar de ser la columna vertebral de la causa indigenista en Colombia, el objeto de esta ley es “determinar la manera como deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada” (Congreso de la República de Colombia, 1890).

La violencia institucional sufrida por el líder indígena proviene de los conquistadores españoles, quienes implantaron una clasificación racializada de subordinación de los locales indígenas y los esclavos africanos al expandir el catolicismo en América. La base de esta clasificación se encuentra en la jerarquía humana de Aristóteles. (Kendi, 2016). Esta clasificación racializada se refleja en la forma en que las ciudades coloniales americanas fueron estructuradas, a partir de binomios: un centro “letrado” y civilizado habitado por las elites españolas blancas con condiciones de vida de calidad, y una periferia que lo rodeaba, habitada por las distintas razas no europeas, como los indígenas (Catelli, 2013).

La estructura social americana se fundó en la clasificación racial de su población, que es opuesta a la postura multicultural que preconiza la “diversidad cultural como reconocimiento de una identidad diferenciada en el campo jurídico, que desemboca en la aceptación y el reconocimiento de la diversidad”. Esto no implica solamente reconocer la existencia de múltiples colores de piel, sino considerar diversas concepciones morales que varían de una cultura a otra, que merecen igual consideración para garantizar sus derechos (Ortiz Quiroga, 2013).

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hoy en día las comunidades indígenas constituyen el 6% de la población mundial. De ese porcentaje, el 13,1% se encuentra en el continente americano. Aproximadamente, el 80% vive en países con ingresos medios. A pesar de tener una participación laboral más alta en comparación con la población no indígena, sus condiciones laborales suelen ser más precarias, sin que necesariamente se rijan por sistemas salariales mínimos. En caso de estarlo, ganan menos que la población no indígena. Se destaca que son más propensos a trabajar en esquemas de economía informal, el 55% de la población indígena ejerce actividades productivas en el sector agrícola. Además, esta población es tres veces más propensa a estar en situación de extrema pobreza en comparación con la población no indígena (OIT, 2019). De esta manera, Latinoamérica tiene

la proporción más alta de personas indígenas en situación de pobreza extrema en el mundo, son aproximadamente el 30 % de las personas que viven en esta situación, cuando el promedio mundial está alrededor del 19 % (ort, 2019).

A este respecto, académicos latinoamericanos han expuesto las consecuencias de la estructura racializada en países del continente en diferentes escenarios que perjudican a la población indígena, como la discriminación laboral en mercados de trabajo en México (Horbath, 2008); la informalidad laboral en Ecuador y su contenido étnico-racial y de género (Rangel, 2008); la conciencia latinoamericana que relaciona la pobreza de los países de la región con la raza indígena (Mildre, 2008); la creación de espacios políticos contestatarios cuyo origen se remonta a procesos discriminatorios y de exclusión social de las comunidades indígenas en Bolivia (Arbona, 2008); la exclusión de la población indígena en procesos de paz como el guatemalteco y su relación con la pobreza (Mildre, 2008), y la relación entre el primer objetivo de desarrollo del milenio con la pobreza indígena en América Latina (Damman, 2008).

En conclusión, América Latina se encuentra estructurada bajo un esquema étnico-racial que sistemáticamente vulnera los derechos de las comunidades indígenas. Estas condiciones de vida requieren atención y un trabajo conjunto con las comunidades para revertir la injusticia social que las agobia.

### **3. TCR y TWAIL**

Tras explicar el panorama racializado latinoamericano, se expondrán teóricamente los enfoques de TWAIL y la TCR. El objetivo es establecer la base conceptual para analizar la propiedad intelectual colectiva indígena y su tratamiento en la OMC, específicamente en relación con el ADPIC. Este análisis se llevará a cabo desde una perspectiva crítica, resaltando el contenido colonial y racial al que están expuestas las comunidades indígenas en este ámbito del derecho internacional.

#### **3. 1. TWAIL**

Este grupo crítico del derecho internacional centra sus discusiones en el estudio de las figuras jurídicas internacionales para exponer su contenido imperialista (Mutua, 2000). Lo que destaca de esta escuela es su forma de presentar críticas, cuyos objetivos son 1) deconstruir los usos del derecho internacional que perpetúan un régimen binario europeo/no-europeo; 2) construir y presentar normatividades alternativas al régimen establecido, y 3) erradicar las condiciones de subdesarrollo en el tercer mundo (Mutua, 2000).

Para lograr estos objetivos, los TWAIL hacen usos interconectados de las temáticas del derecho internacional y las respuestas creadas dentro de esas conexiones, a través de disciplinas interrelacionadas e interdependientes dentro de las relaciones norte-sur (Mickelson, 1997). Además, su análisis resalta la justicia y su relación con la moral, la ley y la ética (Mickelson, 1997). Esto implica que las críticas al esquema colonial del derecho internacional buscan revertir la estructura de dominio del Norte Global sobre el Sur Global. Así mismo, han planteado críticas históricas tanto al desarrollo de la normatividad internacional como a la creación del constructo del tercermundismo, evidenciando la forma en que se “tercermundizan” grupos sociales (Mickelson, 1997).

En este texto, se aborda el estudio de la propiedad privada como figura transversal en el establecimiento del derecho internacional. Desde una perspectiva marxista y considerando el contexto racista latinoamericano, la estructuración de la sociedad en razas obedece a dinámicas propias de la propiedad sobre los medios de producción, establecida por las potencias europeas. La clasificación de los medios de producción se ha extendido hasta el campo intelectual y ha generado un amplio rechazo por parte de los académicos de los TWAIL, quienes consideran que su concepción como norma universal ha llevado a que países no europeos la adopten como un eje del orden internacional, a través de la suscripción a tratados internacionales como el ADPIC (Mutua, 2000), alineado con un orden económico y político de liberalización promovido por la OMC, cuyo origen se remonta al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [GATT] (Bown, 2010).

En conclusión, el aporte de los TWAIL resulta relevante porque sus objetivos permiten deconstruir el concepto de propiedad intelectual a nivel internacional para explicar por qué no se aborda desde una perspectiva colectiva. Demuestra que el racismo es una herramienta empleada por el Norte Global para subyugar económica y políticamente al Sur Global al establecer narrativas únicas. Además, la alternatividad de la normatividad de este concepto es conveniente para reconocer derechos de propiedad desde una cosmovisión común que atienda a las necesidades de las comunidades indígenas, víctimas directas del colonialismo del Norte Global. De igual forma, sus preceptos resultan idóneos para analizar conjuntamente desde el derecho, la economía, la filosofía y las ciencias sociales la injusticia de desconocer una concepción de la propiedad intelectual desde las cosmovisiones indígenas americanas.

Este ensayo puede ser el primer paso para realizar un análisis histórico de las distintas concepciones de la propiedad desde lo indígena, mediante su construcción desde la jurisprudencia de la Corte IDH y de manera individual en América.

### 3. 2. TCR

A pesar de las ventajas que trae analizar críticamente las instituciones coloniales que establecen la propiedad intelectual internacionalmente y la falta de desarrollo colectivo, los TWAIL no han profundizado en sus críticas respecto a las dinámicas de dominación empleadas sobre el Sur Global por parte de las potencias coloniales occidentales. En este sentido, para complementar el análisis de su enfoque se debe tener presente el contexto racial en el que se desenvuelve la propiedad intelectual colectiva.

Para abordar este aspecto, resulta pertinente vincular la TCR, una escuela filosófica del derecho surgida en los Estados Unidos. Esta teoría parte de la premisa de concebir el derecho como una estructura que jerarquiza la sociedad mediante la subordinación racial y su relación con la opresión económica (Bell, 1995). Según los académicos de la TCR, la racialización implica la manera en que una sociedad atribuye privilegio y estatus a sus individuos, que se traduce en beneficios tangibles como mejores oportunidades laborales, pertenencia a ciertos círculos sociales y acceso a determinada educación (Delgado & Stefancic, 2017).

Con el fin de desarticular y desenmascarar esta estructura racializada, la TCR utiliza la narrativa y la contranarrativa (Delgado & Stefancic, 2017) como herramientas para explicar los fenómenos bajo estudio, a menudo contrastando con la técnica objetiva de las escuelas tradicionales del derecho. Además, se vale de técnicas analíticas como el interés convergente (Bell, 1980), el revisionismo histórico (Zinn, 1995), el determinismo estructural (Peller, 2011), la crítica al liberalismo (Dudziak, 2000; Gotanda, 1991) y el binario blanco-negro (Dyson, 2016). Así mismo, aplica la teoría de la interseccionalidad (Crenshaw, 1989) y el antiesencialismo (Harris, 1990). Sus comentarios se clasifican en dos enfoques: el “nacionalista”, centrado en el desarrollo cultural racializado apartado de la concepción dominante racial, y el “asimilista”, que aboga por integrarse en el sistema y sus roles con el fin de cambiar la estructura racializada.

En resumen, la TCR tiene por objetivo desmontar las estructuras legales que legitiman la opresión racializada, por medio del abordaje de temas como la asimilación cultural, el interés convergente y la revisión histórica. Dada la instalación de la raza como herramienta y criterio de dominación en los fenómenos imperiales, resulta relevante complementar esta perspectiva con la metodología de los TWAIL. Este texto considera que existe un desinterés por parte del derecho internacional de reconocer la propiedad intelectual colectiva como un régimen con validez jurídica en estas instancias, ya que no se da un proceso de asimilación, no convergen los intereses de las razas dominantes ni dominadas, y se revisa históricamente la propiedad intelectual como institución jurídica.

## 4. La propiedad intelectual colectiva

Con el fin de aproximarse al concepto de propiedad colectiva de las comunidades indígenas latinoamericanas, se tomarán como referencia las sentencias de la Corte IDH que lo han estandarizado. Esto permitirá extender la definición a la propiedad intelectual, a partir de los casos específicos de México, Panamá y Colombia.

La Corte IDH resolvió el primer caso sobre la propiedad comunal en 2001: *Comunidad mayagna (sumo) awas tingni c. Nicaragua*. En esta ocasión, se abordó la obligación de Nicaragua de demarcar las tierras ancestrales de la comunidad mayagna y de evaluar las medidas efectivas para asegurar el derecho de propiedad colectiva sobre el territorio y sus recursos naturales. Esta sentencia fue crucial al interpretar extensivamente el artículo 21 de la CADH, al incluir el concepto de propiedad colectiva como punto de partida para futuras sentencias. La Corte IDH (2001) concluyó que entre los indígenas existe una tradición sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, que implica que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo.

Es relevante señalar el salvamento de voto del juez Sergio García Ramírez, donde resaltó los derechos comunitarios como la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales para establecer un vínculo íntimo entre los derechos individuales y colectivos, que resulta en una idónea tutela de las personas dentro de los grupos indígenas (Corte IDH 2001). A pesar de ser una aproximación a la propiedad sobre la tierra, la Corte IDH resalta la importancia de la tierra como propiedad para la existencia de los indígenas, toda vez que por el hecho de existir, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. El estrecho vínculo con la tierra debe ser reconocido como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (Corte IDH, 2001).

Esta misma perspectiva fue utilizada posteriormente en el caso *Comunidad indígena yakye axa c. Paraguay*, que amplió la protección de la propiedad colectiva a aspectos culturales, que deben ser preservados para ser transmitidos por generaciones (Corte IDH, 2005). En otro caso que concernió a Paraguay: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, se distinguió entre la propiedad colectiva y la tradicional propiedad individual, reconociendo que la primera tiene una significación colectiva, no centrada en un individuo sino en el grupo y su comunidad (Corte IDH, 2006). Esta evolución jurisprudencial, según López Escarcena (2007), surgió de la interpretación evolutiva y *pro homine* del artículo 21 de la CADH, que destaca su carácter colectivo para preservar la identidad cultural, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica.

Con relación a los casos de México, Panamá y Colombia, estos Estados han adoptado aproximaciones conceptuales similares respecto a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas en el ámbito de la propiedad intelectual, homogeneizándolo a nivel regional.

En el caso mexicano, la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPPCIA) estableció un marco que protege la propiedad intelectual colectiva basada en conocimientos y expresiones culturales tradicionales. Según los artículos 3 y 5 de la ley, la propiedad intelectual colectiva es un derecho real sobre el patrimonio cultural de las comunidades indígenas y afromexicanas, fundamentado en sus saberes, conocimientos, manifestaciones científicas y tecnológicas, y expresiones culturales, regido por principios de bioculturalidad, comunalidad, distribución justa y equitativa, igualdad de género, no discriminación, libre determinación y autonomía. Así mismo, establece mecanismos para evitar el uso no autorizado de elementos del patrimonio cultural, incluyendo la nulidad de actos, contratos o acuerdos sin consentimiento de la comunidad (LFPPPCIA, 2022, art. 9) y reconocimiento de la inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y naturaleza colectiva de la propiedad (LFPPPCIA, 2022, art. 15).

En Panamá, la Ley 20 de 2000 creó el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, pionera en la región. Este esquema protege los derechos colectivos de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, mediante un sistema de registro, promoción y comercialización (art. 1). Aunque menos detallada que la ley mexicana, esta busca evitar el uso no autorizado de elementos culturales por terceros no indígenas y establece un sistema de promoción cultural y registro bajo la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial (art. 4).

En Colombia, la Corte Constitucional abordó el concepto de propiedad intelectual colectiva indígena en la Sentencia T-477-12. El caso involucró la concesión del registro de marcas relacionadas con la cultura indígena a un particular no indígena, que afectaba los derechos fundamentales de las comunidades. La Corte Constitucional (2012) destacó la necesidad de proteger el conocimiento tradicional indígena como parte de la identidad cultural y reconoció la falta de regulación específica y la inadecuación del sistema de propiedad intelectual tradicional. Aunque no estableció un sistema rígido como el de México y Panamá, la sentencia logró evitar el uso comercial indebido.

En resumen, los tres sistemas jurídicos buscan el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva como una forma de proteger los derechos ligados a la identidad cultural de las comunidades indígenas, ajustándose a sus cosmovisiones.

## 5. Aproximación a la OMC y el ADPIC

Entendida la problemática sobre la falta de concepción de un esquema de propiedad intelectual colectiva bajo las cosmovisiones indígenas americanas en el marco del derecho internacional, resulta pertinente abordar el ADPIC. Para evidenciar cómo la ausencia de esta regulación comercial obedece a una lógica de dominación neocolonial con aspectos racializados, se presentará contextualmente el papel del ADPIC dentro del esquema económico mundial en el marco de la OMC. Posteriormente, se presentarán posiciones a favor y en contra del ADPIC respecto a sus efectos en la relación Norte y Sur Global. En seguida, se presentarán dos lecturas del contenido del ADPIC, una general y otra particular, que serán contrastadas con el concepto de propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas.

### 5.1. Generalidades y contenido del ADPIC

En términos generales, el ADPIC adquiere relevancia debido a su papel en el marco de la OMC, al presentarse como un discurso legal único que, desde 1994 como parte de la Ronda de Uruguay, se ha contrapuesto a las necesidades del Tercer Mundo y a las diversas formas de concebir lo intelectual e inmaterial desde una perspectiva legal. Walid Abdelgawad (2015) señala que, desde una perspectiva global, el ADPIC ha sido analizado en el contexto del desarrollo político-económico de un sistema capitalista y la búsqueda de los Estados Unidos y otros países desarrollados para preservar el monopolio de sus corporaciones multinacionales en la escena económica mundial, por medio de la armonización de los derechos de propiedad intelectual según sus estándares legales.

A pesar de ello, existen posiciones que consideran positiva la contribución del ADPIC a los países en vías de desarrollo. Según Amanda Jakobsson y Paul S. Segerstrom (2012), el ADPIC se traduce en más inversión extranjera directa, más innovación y bienestar del consumidor del sur considerablemente mayor a largo plazo. Aseguran que los beneficios del ADPIC son significativamente mayores que los de la liberalización comercial entre 1990 y 2005, y la protección más fuerte de la propiedad intelectual es la principal razón de este aumento masivo de la inversión extranjera directa.

Al profundizar en el contenido del ADPIC, la Oficina de Patentes de Japón identificó la estructura del anexo en un acuerdo detallado y expansivo de 73 artículos dividido en 7 partes (Japan Patent Office, 2008). La primera parte aborda provisiones generales y principios básicos, como la obligación de promulgar leyes en todas las categorías de propiedad intelectual contenidas en las secciones 1 a 7 de la segunda parte, que incluyen derechos de autor y derechos conexos, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales, patentes, topografías de circuitos

integrados y secretos industriales (Japan Patent Office, 2008). Asimismo, se destaca la obligación de los Estados Parte de cumplir con sus compromisos relacionados con la propiedad intelectual en tratados existentes, lo que implica el cumplimiento de las convenciones de París, Berna, Roma y el Tratado sobre el Respeto a los Circuitos Integrados (Japan Patent Office, 2008). Finalmente, la primera parte hace obligatoria la aplicación de los principios de los tratos nacional y de nación más favorecida (Japan Patent Office, 2008).

La segunda parte desarrolla estándares sobre la disponibilidad, alcance y uso de los derechos de propiedad intelectual en los siete campos mencionados anteriormente (Japan Patent Office, 2008). La tercera aborda provisiones generales sobre los procedimientos civiles y administrativos, remedios, medidas provisionales, requisitos especiales sobre medidas fronterizas y procedimientos penales (Japan Patent Office, 2008). La cuarta trata sobre adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos interpartes (Japan Patent Office, 2008). La quinta parte aborda mecanismos alternativos de resolución de conflictos (Japan Patent Office, 2008). La sexta trata sobre preparativos provisionales (Japan Patent Office, 2008), y la séptima se centra en preparativos institucionales y disposiciones finales (Japan Patent Office, 2008).

A pesar de lo anterior, ninguna disposición del ADPIC hace referencia a las comunidades indígenas ni impone restricciones a casos que les afecten. No obstante, el párrafo 3. b) del artículo 27 del ADPIC ha sido la vía mediante la cual se ha abordado esta temática, surgida de las preocupaciones de los miembros del Consejo del ADPIC sobre la omisión del acuerdo en lo que respecta al desarrollo en áreas como la agricultura, la nutrición, la salud, el medio ambiente, la transferencia tecnológica, la seguridad alimentaria, la cultura, la moralidad, la biopiratería y la extracción de valor de los conocimientos ancestrales (OMC, 2006a). Sin embargo, esta vía permite abordar más a fondo la problemática en cuestión.

## **5. 2. Negociaciones y discusiones en la Secretaría del Consejo del ADPIC respecto del párrafo 3. b) del artículo 27 del ADPIC**

A pesar del respaldo de algunas personas al aparente escenario positivo del ADPIC, este ha sido a expensas de la perpetuación de esquemas económicos desiguales entre el Norte y el Sur Global. Esto se refleja tanto en la asimetría en el poder de negociación entre países desarrollados y en vías de desarrollo, como en la imposición exitosa de sanciones unilaterales que socavan la resistencia presentada por países en desarrollo, así como en el debilitamiento de las normas sobre competencia mediante la expansión de las protecciones conferidas por la propiedad intelectual

(Abdelgawad, 2015). Ante este escenario, resulta pertinente preguntarse si la OMC avanza en las discusiones sobre la protección de la propiedad intelectual de comunidades indígenas. Desde la entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech el 1 de enero de 1995, el ADPIC designó al Consejo del ADPIC como el órgano encargado de discutir cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

Uno de los temas específicos discutidos corresponde a la biotecnología, biodiversidad y conocimientos tradicionales, en particular, el contenido del párrafo 3. b) del artículo 27, que prevé un examen para determinar la patentabilidad o no de las invenciones relacionadas con plantas y animales, y la protección de las obtenciones vegetales. Este debate se amplió mediante el párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001, que encarga al Consejo del ADPIC examinar la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, para proteger los conocimientos tradicionales y el folclore (OMC, 2006b).

Según la nota de la Secretaría del Consejo del ADPIC, se identificaron varias cuestiones que surgieron en 2002, que no tienen actividad relevante desde 2011. En el marco de esta discusión participaron Estados del Norte y del Sur Global. Hasta 2006, fecha del último informe secretarial, se plantearon discusiones clasificables de la siguiente manera: 1) Cuestiones generales relativas a la protección de los conocimientos tradicionales; 2) La concesión de patentes sobre conocimientos tradicionales, y 3) El consentimiento y la participación de los beneficios (OMC, 2006b).

### **5. 3. Evidencia sobre la resistencia de los países del Norte Global de incluir protección a los conocimientos tradicionales en el ADPIC**

Varios puntos revelan cómo este panel parece tener la intención de reconocer los derechos de propiedad intelectual a las comunidades indígenas y similares en el contexto del comercio internacional. Sin embargo, se evidencia que la resistencia mayoritaria proviene de los países del Norte Global dentro de la OMC.

En primer lugar, las discusiones se han centrado principalmente en los conocimientos tradicionales, con escasa referencia al folclore, como señala la Secretaría. Aunque el título del documento abarca ambos, gran parte de las conversaciones en el Consejo del ADPIC se enfocaron únicamente en los conocimientos tradicionales (OMC, 2006b). Es esencial destacar que algunos países latinoamericanos del Sur Global, como Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú, mencionaron expresiones culturales (OMC, 2006b). Esto sugiere que los países del Norte Global mostraron interés en mantener una estructura que no permita interferencias en el régimen de patentes y áreas relacionadas, para dejar de lado otras consideraciones. En segundo lugar, la situación actual surge por la preocupación de varios países

sobre la falta de protección de los conocimientos tradicionales y el folclore. Estos países han exigido abordar esta preocupación mediante medidas internacionales que prevengan la concesión de patentes u otros derechos de propiedad intelectual a entidades ajenas a las comunidades indígenas que originaron esos conocimientos. Además, busca evitar la utilización de dichos conocimientos sin autorización, sin participación adecuada de las comunidades y sin compartir los beneficios derivados (OMC, 2006b).

El grupo que respalda estas medidas está compuesto principalmente por Bolivia, Brasil, Indonesia, Kenia, Perú, Suiza, Venezuela, India, Ecuador, Colombia, Nicaragua, Cuba, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Tailandia, el Grupo Africano, Pakistán y China, y aboga por ocho motivos para la regulación internacional: interés económico común, equidad, seguridad alimentaria, cultura, medio ambiente, desarrollo, coherencia entre la legislación internacional y nacional, y uso transformativo de los conocimientos tradicionales (OMC, 2006b).

#### **5. 4. Posibles fundamentos de los países del Sur Global que apoyan la existencia de una protección de los conocimientos tradicionales en el ADPIC**

De los puntos identificados anteriormente, cuatro justifican la creación de un sistema *sui generis* como la propiedad intelectual colectiva, a partir de la desconstrucción de la propiedad intelectual económica, adoptando una postura humanista. Estos fundamentos son equidad, enfoque cultural, coherencia entre legislación internacional y nacional, y uso transfronterizo de conocimientos tradicionales.

1. Equidad: Intención de la comunidad internacional de establecer un sistema equitativo para la disposición, adquisición, mantenimiento y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. Implica no excluir *a priori* a ningún sector de la sociedad (OMC, 1999a; 1999b; 2000).
2. Enfoque cultural: Los conocimientos tradicionales de las comunidades se aplican en su vida cotidiana y, por lo tanto, forman parte de su cultura. La adopción de medidas internacionales para proteger estos conocimientos contribuiría a preservarlas (OMC, 2000).
3. Coherencia entre legislación internacional y nacional: La falta de un mecanismo internacional podría menoscabar la aplicación de las legislaciones nacionales y regionales que reconocen los derechos colectivos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales y folclore (OMC, 2001; 2003b; 2003a, par. 120; 2003c; 2005a; 2005b). La protección jurídica de estos

conocimientos mejora la confianza en el sistema internacional de propiedad intelectual (OMC, 2002).

4. Uso transfronterizo de los conocimientos tradicionales: Busca transparencia y previsibilidad en el sistema de protección mediante la adopción de medidas internacionales que regulen las relaciones entre entidades, personas y actividades situadas en diversos países (OMC, 2005c).

En tercer lugar, la mayoría de los países del Norte Global insisten en priorizar foros internacionales como la OMPI. Una vez que estos foros presenten soluciones, la OMC procedería a ocuparse del tema (OMC, 2006b). En contraste, los países del Sur Global consideran que la OMC debe seguir un trabajo en paralelo a los demás foros (OMC, 2006b). Destaca cómo el Norte Global, liderado por Estados Unidos y Australia, opta por postergar la discusión en el foro que regula en mayor medida las relaciones comerciales; prefiere delegar esta función a foros de carácter más político y menos económico. Por último, a lo largo de las discusiones se abordó el consentimiento y participación en los beneficios. A nivel mundial se presentan escenarios en los que se utiliza el conocimiento tradicional sin la autorización de las poblaciones o comunidades indígenas que los han originado y sin su participación adecuada en los beneficios correspondientes a dicha utilización (OMC, 2006b).

## **5. 5. Propuestas de protección de los conocimientos tradicionales en el marco del ADPIC**

Para abordar este problema, se recopilaron cuatro propuestas: 1) La utilización del sistema de derechos de propiedad intelectual en vigor; 2) Una regulación de los modelos contractuales; 3) El establecimiento de prescripciones relativas a la divulgación de información, y 4) La creación de un sistema de protección *sui generis* (OMC, 2006b). Con relación al primero y al cuarto, ambos consisten en posturas opuestas, por ello se expondrán las posiciones y las delegaciones encargadas de presentar las propuestas. Adicionalmente, el informe secretarial menciona que las sugerencias relativas a los puntos 2 y 3 fueron abordadas en la nota recapitulativa revisada de la Secretaría sobre la relación entre el ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (IP/C/W/368/Rev.1) (OMC, 2006b), motivo por el cual solo se hará alusión a los puntos 1 y 4.

En cuanto a la utilización del sistema de propiedad intelectual vigente, las delegaciones de los Estados Unidos y Australia defendieron las virtudes del sistema de protección de propiedad intelectual imperante para proteger los conocimientos y expresiones artísticas de las comunidades indígenas, resaltando la exclusión de la

utilización de sus obras por terceros y la obtención de beneficios económicos derivados de su esfuerzo, incluso en el mercado internacional (OMC, 2006b). Para esto, presentaron ejemplos relacionados con los derechos de autor y conexos; patentes; protección de las obtenciones vegetales y modelos de utilidad; competencia desleal y secretos comerciales; diseños industriales; marcas de fábrica o de comercios y marcas de certificación, e indicaciones geográficas (OMC, 2006b).

A pesar de ser expuestas como avances, países como Brasil, Venezuela e India las consideran insuficientes para proteger los conocimientos tradicionales, por cinco razones: 1) Los derechos de propiedad intelectual protegen derechos individuales y los conocimientos tradicionales protegen derechos colectivos; 2) Los conocimientos tradicionales son intergeneracionales y se desarrollan a lo largo del tiempo, por lo que no cumplen con los requisitos de novedad, originalidad e innovación requeridos para ser protegidos por los derechos de propiedad intelectual; 3) Los conocimientos tradicionales se poseen colectivamente, por lo que se dificulta determinar quiénes son los titulares del derecho; 4) Las comunidades carecen de educación, conciencia y recursos suficientes para sacar partido de los derechos de propiedad intelectual, y 5) Las comunidades no recurren a métodos científicos, sino que proceden por tanteo a lo largo del tiempo (OMC, 2006b).

En lo que respecta a la protección de los conocimientos tradicionales mediante un sistema *sui generis*, los países que apoyan esta posición consideran:

solo un sistema de protección de los conocimientos tradicionales mediante derechos exclusivos puede garantizar que las fuerzas del mercado intervengan para generar justicia y equidad. Un planteamiento de derechos exclusivos podría proporcionar una protección *erga omnes*, en el sentido de que, si de algún modo los conocimientos se divulgan públicamente, se dispondrá de mecanismos para impedir su utilización por terceros (OMC, 2006b).

De hecho, las sugerencias propuestas por Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Tailandia, Indonesia y Brasil implican tres puntos. El primero es definir los conocimientos tradicionales, constituidos por

innovaciones, creaciones y expresiones culturales generadas o conservadas por sus actuales poseedores, que pueden ser definidos e identificados como individuos o comunidades enteras, personas naturales o jurídicas, que son sujetos de derecho. La protección de los conocimientos tradicionales debería abarcar tanto productos como servicios (OMC, 2006b).

El segundo busca compatibilizar los derechos previstos con el artículo 28 del ADPIC, es decir, conceder derechos exclusivos que impidan que terceros, sin consentimiento del titular, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto o proceso protegido (OMC, 2006b). Por último, estos países consideran necesaria la creación de un registro de innovaciones y reconocer al titular registrado el derecho a impugnar cualquier utilización de la innovación sin su permiso previo que para innovaciones originales y útiles podría crearse algún tipo de patente provisional (OMC, 2006b).

Adicional a la propuesta latinoamericana, el Grupo Africano propuso incluir en la creación de un sistema *sui generis* los siguientes cinco puntos: 1) Ampliación del concepto de conocimiento tradicional, el cual incluye sistemas de conocimientos, innovaciones y adaptaciones, e información y prácticas de las comunidades locales o indígenas en relación con todo tipo de medicamento o tratamiento, la agricultura, el uso y conservación del material biológico y la diversidad biológica, y cualquier otro elemento que tenga un valor económico, social, cultural, estético o de otra índole; 2) Los derechos implican respetar la voluntad y decisión de las comunidades de comercializar o no sus conocimientos; respetar y honrar cualquier carácter sagrado que atribuyan a sus conocimientos; obtener su consentimiento previo fundamentado para todo acceso a sus conocimientos y para cualquier utilización de estos que se proyecte; remunerar plenamente sus conocimientos; impedir que terceros utilicen, ofrezcan para la venta, vendan, exporten o importen sus conocimientos o todo artículo o producto en el que sus conocimientos sean un insumo, salvo que se cumplan todos los requisitos previstos en la decisión; 3) Prevaler los conocimientos sobre cualquier requisito de novedad y actividad inventiva a los efectos de las patentes y sobre el requisito de originalidad a los efectos del derecho de autor —se enfatizó en no conceder derechos de propiedad intelectual a inventores o creadores cuando utilicen los conocimientos tradicionales sin el reconocimiento debido o sin que se hayan cumplido plenamente las prescripciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica—; 4) Exhortar a la OMC a la adopción de un programa y el establecimiento de un comité para el desarrollo y el examen de la protección de los conocimientos tradicionales, y 5) Los países deben documentar los conocimientos tradicionales en sus territorios y designar una autoridad competente que se encargue de esta actividad (OMC, 2006b).

Ahora bien, al contrastar el carácter general y particular de la propiedad intelectual contenida en el ADPIC y los paneles de discusión dentro de la OMC, con la propiedad intelectual colectiva de las comunidades indígenas americanas, se evidencia que no existe ningún tipo de noción respecto a lo que implica la propiedad intelectual

colectiva en el marco de la OMC. Los países del Norte y Sur Global que han discutido sobre la existencia de un sistema *sui generis* no hicieron referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH. De igual forma, se evidencia que el ADPIC y las discusiones que culminaron en el 2006 no obtuvieron resultados significantes. No hubo mayor desarrollado en la posteridad, dejaron en evidencia que el debate en torno a la propiedad intelectual con un enfoque indigenista en el marco de la OMC no contó con la participación de comunidades indígenas que planteen sus posturas al respecto, lo que impidió la construcción de un concepto que se ajuste a sus cosmovisiones.

Tanto el Norte como el Sur Global no abrieron espacios de discusión a las comunidades afectadas en estos foros. Aunque varios países del Sur Global insisten en hacer del ADPIC un punto de partida para establecer un régimen de propiedad intelectual indigenista, es evidente la resistencia del Norte Global, que pretende mantener el *statu quo*, postergando la discusión a través de distintas medidas, como remitir la discusión a la OMPI. Esto puede indicar la no convergencia de los intereses de las comunidades indígenas y del Norte Global.

Asimismo, es claro que el enfoque economicista del Norte Global, basado en principios de la filosofía liberal, dista del enfoque humanista del Sur Global. No obstante, esta postura humanista no ha acudido a los derechos humanos. Como ya se mencionó, la Corte IDH, mediante sus fallos, consolidó a la propiedad colectiva como una figura jurídica de relevancia internacional que puede brindar elementos complementarios para extenderlo al campo de la propiedad intelectual. Además, el contenido del ADPIC no concibe un régimen de propiedad intelectual favorable a las comunidades indígenas ni un sistema colectivo de la propiedad intelectual; este último resulta disruptivo para los intereses economicistas de los países y académicos que apoyan el ADPIC.

## Conclusiones

La relación Norte-Sur Global, como continuación del colonialismo, se vale de herramientas como la racialización de la sociedad americana para construir figuras jurídicas que desconocen e imponen visiones del mundo beneficiosas para el Norte Global, establecidas en el derecho internacional. Al emplear un análisis interrelacionado entre la TCR y las TWAIL, se ha evidenciado cómo el racismo y el neocolonialismo van de la mano, y desempeñan un papel crucial en la perpetuación del poder del Norte Global en el ámbito de la propiedad intelectual.

Esta consolidación ha implicado el desconocimiento de la concepción colectiva de la propiedad indígena americana, que fue establecida en la jurisprudencia de la Corte IDH y tangencialmente discutida en paneles de la OMC. Su existencia se

presenta como un potencial punto de partida para proponer una narrativa que se oponga a la postura hegemónica del Norte Global, al replantear los parámetros del comercio internacional de bienes regidos por la propiedad intelectual en el ADPIC. Esto se lograría mediante la redefinición de instituciones jurídicas que beneficien los intereses de las poblaciones indígenas racializadas del Sur Global.

## Referencias

- Abdelgawad, W. (2015). *TRIPS agreement: From minimum standards to double standards of intellectual property rights protection in north-south relations*. <https://hal.science/hal-01131407>
- Achiume, E. T., & Carbado, D. W. (2020). Critical race theory meets third world approaches to international law. *UCLA Law Review*, 67(6), 1462-1503.
- Andrews, P. E. (2000). Making room for critical race theory in international law: Some practical pointers. *Villanova Law Review*, 45, 855. [https://digitalcommons.nyls.edu/fac\\_articles\\_chapters/1300](https://digitalcommons.nyls.edu/fac_articles_chapters/1300)
- Arbona, J. M. (2008). Eso es ser pobre e indio en este país. Repercusiones urbanas e implicaciones sociales de la discriminación y la exclusión: Lecciones de El Alto, Bolivia. En M. del C. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 349-372). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Barreto, J. M. (2018). *El proyecto de investigación*. [https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2018/06/Barreto\\_Proyecto\\_TWAIL.pdf](https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2018/06/Barreto_Proyecto_TWAIL.pdf)
- Bell, D. A. (1980). Brown v. Board of Education and the interest-convergence dilemma. *Harvard Law Review*, 93(3), 518-533. <https://doi.org/10.2307/1340546>
- Bell, D. A. (1995). Who's afraid of critical race theory. *University of Illinois Law Review*, (4), 893-910.
- Bourdieu, P., García Inda, A., & Bernuz Beneitez, M. J. (2001). *Poder, derecho y clases sociales (Vol. 2)*. Desclée de Brouwer Bilbao.
- Bown, C. P. (2010). *Self-enforcing trade: Developing countries and wto dispute settlement*. Rowman & Littlefield.
- Catelli, L. (2014). La ciudad letrada y los estudios coloniales: Perspectivas descoloniales desde la “ciudad real”. *Vanderbilt E-Journal of Luso-Hispanic Studies*, 9. <https://doi.org/10.15695/vejlhs.v9i0.3935>

- Chakravartty, P., & Ferreira da Silva, D. (2012). Accumulation, dispossession, and debt: The racial logic of global capitalism—An introduction. *American Quarterly*, 64(3), 361-385. <https://www.jstor.org/stable/23273527>
- Chimni. (2006). Third world approaches to international law: A manifesto. *International Community Law Review*, 8(1), 3-27. <https://doi.org/10.1163/187197306779173220>
- Colombia, Congreso de la República. Ley 89 de 1890 por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que se reduzcan a la vida civilizada (1890, noviembre 25). *Diario Oficial N° 8263*. <https://intranet.secretariajuridica.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/ley-89-1890>
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-477-12 (2012, junio 25). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-477-12.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), 139-167. <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Damman, S. (2008). La pobreza indígena en América Latina y el primer Objetivo de Desarrollo del Milenio. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 449-474). Siglo del Hombre Editores – Clacso.

- Delgado, R. (1989). Storytelling for oppositionists and others: A plea for narrative. *Michigan Law Review*, 87(8), 2411-2441. <https://doi.org/10.2307/1289308>
- Delgado, R., & Stefancic, J. (2017). *Critical race theory, fourth edition: An introduction*. NYU Press.
- Dewey, J. (2005). *Art as experience*. Penguin.
- Dewey, J. (2018). *Democracy and education an introduction to the philosophy of education*. CreateSpace Independent Publishing Platform.
- Dudziak, M. L. (2000). *Cold War civil rights: Race and the image of American democracy* (REV-Revised, Vol. 75). Princeton University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt7sn72>
- Dyson, M. E. (2016). *The black presidency: Barack Obama and the politics of race in America*. Houghton Mifflin Harcourt.
- Gathii, J. T. (2020). Writing race and identity in a global context: What CRT and TWAIL can learn from each other. *UCLA Law Review*, 67(6), 1610-1651.
- Gordon, R. (2000). Critical race theory and international law: Convergence and divergence. *Villanova Law Review*, 45, 827. <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol45/iss5/1>
- Gotanda, N. (1991). A critique of "Our constitution is color-blind". *Stanford Law Review*, 44, 1-68. <https://doi.org/10.2307/1228940>
- Graeber, D. (2011). *Debt: The first 5,000 years*. Melville House.
- Harris, A. P. (1990). Race and essentialism in feminist legal theory. *Stanford Law Review*, 42(3), 581-616. <https://doi.org/10.2307/1228886>
- Horbath, J. (2008). La discriminación laboral de los indígenas en los mercados urbanos de trabajo en México: Revisión y balance de un fenómeno persistente. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 25-52). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Jakobsson, A., & Segerstrom, P. S. (2012). In support of the TRIPS agreement. *Research Collection School of Economics*, 1-57. [https://ink.library.smu.edu.sg/soe\\_research/1573](https://ink.library.smu.edu.sg/soe_research/1573)

- Japan Patent Office. (2008). *Introduction to TRIPS agreement*. [https://www.jpo.go.jp/e/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/TRIPS\\_Agreement.pdf](https://www.jpo.go.jp/e/news/kokusai/developing/training/textbook/document/index/TRIPS_Agreement.pdf)
- Kendi, I. X. (2016). *Stamped from the beginning: The definitive history of racist ideas in America*. Hachette UK.
- Knox, R. (2023). International law, race, and capitalism: A Marxist perspective. *AJIL Unbound*, 117, 55-60. <https://doi.org/10.1017/aju.2023.5>
- Knox, R., & Kumar, A. (2023). Reexamining race and capitalism in the Marxist tradition – Editorial introduction. *Historical Materialism*, 31(2), 25-48. <https://doi.org/10.1163/1569206x-bja10012>
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas. (2022, enero 17). [D.O.F.]. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPCPCIA.pdf>
- López Escarcena, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(1), 133-189. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371052293005>
- Menell, P. S. (1999). Intellectual property: General theories. *Encyclopedia of Law and Economics*.
- Mickelson, K. (1997). Rhetoric and rage: Third world voices in international legal discourse. *Wisconsin International Law Journal*, 16(2), 353-420.
- Mildre, G. (2008). La conciencia crítica y los pobres. Líderes indígenas hablan sobre las causas de la pobreza en Guatemala. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 53-82). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Mutua, M. (2000). What is TWAIL? *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 31-38. <https://doi.org/10.1017/S0272503700054896>
- OMC. (1999a). *Comunicación de Bolivia, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Perú, IP/C/W/165*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filaname=Q:/IP/C/W165.pdf&Open=True>

- Organización Mundial del Comercio (OMC). (1999b). *Comunicación de Cuba, Honduras, Paraguay y Venezuela* IP/C/W/166. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71998,48668,29551&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71998,48668,29551&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2000). *IP/C/M/28*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S/IP/C/M28.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2001). *IP/C/M/30*. <https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=v%3A%2Fip%2Fc%2Fm30.doc&>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2002). *IP/C/M/35*. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/IP/C/M35.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003a). *China* IP/C/M/40. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/IP/C/M40.pdf&Open=True>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003b). *Comunicación de Bolivia, el Brasil, Cuba, Ecuador, la India, el Perú, la República Dominicana, Tailandia y Venezuela* IP/C/W/403. a. <https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=v%3A%2Fip%2Fc%2Fw403.doc&>
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2003c). *Comunicación del Grupo Africano*, IP/C/W/404. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=77585,77859,102965,66392,47775,77543,80155,60575,57396,10009&CurrentCatalogueIdIndex=9&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=77585,77859,102965,66392,47775,77543,80155,60575,57396,10009&CurrentCatalogueIdIndex=9&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005a). *Comunicación de Perú*, IP/C/W/447. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,66392,71013,62129,56741,75819,47775,77543,71998&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,66392,71013,62129,56741,75819,47775,77543,71998&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005b). *IP/C/M/48, párrafo 81*.

- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2005c). *Presentación de Brasil e India*, IP/C/W/443. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,75819,71998,59833,71995,86747,53409,53931,70734&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=74743,70854,75819,71998,59833,71995,86747,53409,53931,70734&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True)
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2006a). *Consejo ADPIC. Nota Secretarial Documento IP/C/W/369/Rev.1, revisión de 9 de marzo de 2006*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ipcw369r1.doc](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ipcw369r1.doc)
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2006b). *Consejo ADPIC. Nota Secretarial IP/C/W/370/Rev.1 del 9 de marzo de 2006 “Protección de los conocimientos tradicionales y el folclore resumen de las cuestiones planteadas y de las observaciones formuladas”*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/ipcw369r1.doc](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/ipcw369r1.doc)
- Omi, M., & Winant, H. (2014). *Racial formation in the United States*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203076804>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s. f.). *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. OHCHR. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (2009, agosto 1). *Convención Interamericana Contra El Racismo, La Discriminación Racial Y Formas Conexas De Intolerancia (A-68)*. [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-68\\_racismo.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (Ed.). (2019). *Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169: Towards an inclusive, sustainable and just future*. International Labour Organization.
- Ortiz Quiroga, J. A. (2013). La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (30), 217-249. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3524>
- Panamá, Presidencia de la República. (2000, junio 26). Ley No. 20. *Gaceta Oficial No.24,083*. <https://mici.gob.pa/wp-content/uploads/2022/12/ley-20-2000.pdf>

- Peller, G. (2011). *Critical race consciousness: Reconsidering American ideologies of racial justice*. Routledge.
- Corrales Carvajal, M. E. (2005). Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas. *Revista Colombiana de Educación*, 48, 204-213.
- Rangel, M. (2008). Discriminación étnico-racial, género e informalidad en Ecuador. En M. Zabala Arguelles (Ed.), *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe* (pp. 53-82). Siglo del Hombre Editores – Clacso.
- Schmitz Vaccaro, C. (2013). Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 17, 63-92. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3580>
- Tzouvala, N. (2020). Settler colonialism, race, and the law: Why structural racism persists. *Melbourne Journal of International Law*, 21, 469.
- Willis, B. (2013). The arguments for and against the TRIPS agreement. *E-International Relations*. <https://www.e-ir.info/pdf/43793>
- Zinn, H. (1995). *A People's History of the United States, 1492-Present*. Harper Perennial.



# Comisión de actuaciones militares para garantizar el *space domain awareness* en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario

Commission on Military Actions to Ensure Space Domain Awareness in Outer Space: A New Risk in the Framework of International Humanitarian Law

Comissão sobre ações militares para garantir a *space domain awareness* no espaço sideral: novo perigo associado no âmbito do direito internacional humanitário

Laura Ximena Hernández Velandia\*

Fecha de recepción: 06 de enero de 2024

Fecha de aprobación: 27 de agosto de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14556>

Para citar este artículo: Hernández Velandia, L. X. (2024). Comisión de actuaciones militares para garantizar el *space domain awareness* en el espacio ultraterrestre: nuevo peligro asociado en el marco del derecho internacional humanitario. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14556>

## Resumen

El espacio exterior es el entorno al que se le ha brindado más importancia en las operaciones militares, con lo que aumentaron los riesgos de seguridad y las hostilidades que podrían afectar a personas civiles tanto en el espacio exterior como en la Tierra. Ante esas nuevas amenazas, surge la necesidad de garantizar un

\* Abogada egresada de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá – 2021), con un *minor* en estudios filosóficos realizado en la misma universidad (2020). Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Bogotá – 2024), publicada en 2020 la *Revista Asociación Cavalier del Derecho*, artículo denominado: Régimen Legal de las Políticas de Privacidad en Colombia, creación y cambios. Mención de Honor obtenida por el mismo artículo de investigación. Actualmente hace parte del equipo de trabajo del Ministerio de Defensa de Colombia – Fuerzas Militares – Ejército Nacional.

acceso continuado a capacidades imprescindibles para la conducción de operaciones mientras se preserva el bienestar de la sociedad. Una de ellas es el *space domain awareness*, traducido como la concientización del dominio espacial, que permite protegerse de todos los riesgos y amenazas presentes y garantizar el éxito de las operaciones, misiones y actividades militares. Las formas y medios militares empleados por las naciones para garantizar el acceso y conocimiento pleno de lo que sucede en el espacio (que generan o no una ventaja competitiva frente a otras naciones) incluyen: amenazas híbridas, sistemas antisatélite, perturbadores de señales o armamento de energía dirigida, que podrían desembocar en escenarios hostiles; incluso existe la posibilidad de que culminen en un conflicto armado en el nuevo dominio operacional, panorama que el derecho internacional humanitario (DIH) no ha previsto de manera integral. A partir de esta perspectiva, es pertinente realizar un análisis crítico que evidencie los vacíos jurídicos en el DIH frente a la posibilidad de un conflicto armado en espacio ultraterrestre a causa actuaciones militares para garantizar un acceso continuado al conocimiento pleno de lo que sucede en este nuevo dominio operacional.

**Palabras clave:** actuaciones militares; *space domain awareness*; concientización del dominio espacial; espacio ultraterrestre; conflicto armado; derecho internacional humanitario (DIH).

## Abstract

Outer space is currently an environment that has been given greater importance in military operations, thereby increasing the security risks and hostilities that could affect or have consequences for civilians both in outer space and on Earth. In the face of these new threats, there is a need to guarantee continued access to essential capabilities to preserve the well-being of society and to conduct operations. One of them is 'space domain awareness,' translated as knowledge of what is happening in outer space or maintaining situational awareness, which allows protection from all risks and threats existing there and, at the same time, guarantees the success of military operations, missions and activities. The ways and means that nations use militarily to guarantee full access and knowledge of what is happening in space (which may or may not generate a competitive advantage over other nations) such as, for example: hybrid threats, anti-satellite systems, signal jammers or directed energy weapons, could lead to hostile scenarios due to military actions; even if there is the possibility of culminating in an armed conflict in the new operational domain, a scenario that international humanitarian law has not comprehensively foreseen. From this perspective, it is necessary to carry out a critical analysis that reveals the

legal gaps that exist in international humanitarian law in the face of the possibility of an armed conflict in outer space, given military actions to guarantee continued access to full knowledge of what is happening in this new operational domain.

**Keywords:** Military actions; space domain awareness; outer space; armed conflict; international humanitarian law.

## Resumo

O espaço sideral é atualmente um ambiente que tem recebido maior importância nas operações militares, aumentando assim os riscos de segurança e as hostilidades que podem afetar ou impactar civis no espaço sideral, bem como na Terra. Em face dessas novas ameaças, é necessário garantir o acesso contínuo aos recursos essenciais para preservar o bem-estar da sociedade e conduzir as operações. Uma delas é a “*space domain awareness*”, traduzida como a consciência do que está acontecendo no espaço sideral ou a manutenção da consciência situacional, o que possibilita a proteção contra todos os riscos e ameaças no espaço sideral e a garantia do sucesso das operações, missões e atividades militares. As formas e os meios utilizados militarmente pelas nações para garantir o acesso e o pleno conhecimento do que acontece no espaço (que podem ou não gerar uma vantagem competitiva em relação a outras nações), como ameaças híbridas, sistemas antissatélites, bloqueadores de sinais ou armamentos de energia dirigida, podem levar a cenários hostis resultantes de ações militares; existe até mesmo a possibilidade de culminar em um conflito armado no novo domínio operacional, cenário que o direito internacional humanitário não previu de forma abrangente. Nessa perspectiva, é necessário realizar uma análise crítica que evidencie as lacunas jurídicas existentes no direito internacional humanitário diante da possibilidade de um conflito armado no espaço sideral, dado por ações militares, a fim de garantir o acesso contínuo ao pleno conhecimento do que está acontecendo nesse novo domínio operacional.

**Palavras-chave:** ações militares; consciência do domínio espacial; espaço sideral; conflito armado; direito internacional humanitário.

## Introducción

El espacio ultraterrestre actualmente es el entorno donde se desarrollan actividades para preservar el bienestar de la sociedad. Este ha cobrado más importancia en las operaciones militares, aumentando los riesgos de seguridad y hostilidades, en el marco de posibles conflictos armados que podrían afectar a civiles en el espacio exterior y en la Tierra. Por esta razón se ha llegado a considerar que, ante esas

nuevas amenazas y riesgos, es necesario garantizar un acceso continuado a capacidades imprescindibles<sup>1</sup> para la conducción de las operaciones mientras se preserva el bienestar de la sociedad. Una de ellas es el *space domain awareness*, traducido como la concientización del dominio espacial para protegerse de todos los riesgos y las amenazas existentes y garantizar el éxito de las operaciones, misiones y actividades militares (García Servert & Rubio Bravo, 2022).

A raíz de esto, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), dentro del marco de sus tres principales funciones: defensa colectiva, gestión de crisis y seguridad cooperativa, en 2019 declaró el espacio ultraterrestre como un dominio operacional. A través de dicha declaración, la OTAN buscaba y busca tener la capacidad plena de conocimiento necesaria para mitigar riesgos y amenazas (García Servert & Rubio Bravo, 2022). Sin embargo, ante esta situación, surge la inquietud frente a posibles escenarios hostiles por la obtención de dicha información, pues es evidente que esta adquisición de capacidad (concientización del dominio espacial) no solo es de interés exclusivo de la OTAN, sino que esta es y será de interés de diversos actores internacionales como, por ejemplo, la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva (OTSC), así como de naciones como China y Rusia, entre otras. Adicionalmente, el acceso y conocimiento pleno de lo que sucede en el espacio podría llegar a ser una amenaza para aquellas naciones que tratan de mantener ciertos movimientos militares en secreto (Márquez, 2022).

La problemática subyace en las formas y medios que generan ventaja competitiva y las naciones u organizaciones usan a través de sus fuerzas militares para garantizar la capacidad imprescindible de dicho conocimiento, y en su uso ante el conocimiento de posibles amenazas; por ejemplo, en los últimos años se ha evidenciado el desarrollo de sistemas antisatélite<sup>2</sup>, perturbadores de señales, armamento de energía dirigida o sistemas de destrucción cinética. Dichas formas, que no están prohibidas ni por el derecho espacial ni por el derecho internacional, podrían causar proliferación si se usan desmedidamente; esto generaría grandes riesgos y amenazas en el espacio exterior y en la Tierra.

Así mismo, debido a la facilidad que brindan las nuevas tecnologías, el uso de amenazas híbridas se ha convertido en una nueva técnica militar por su eficacia y simplicidad; por ejemplo, los ciberataques en pro de la obtención de información

1 La EUSPA (EU Agency for the Space Programme, 2023) ha mencionado algunas otras: “space situational awareness (SSA), que desempeña un papel clave para garantizar la seguridad de las economías, las sociedades y los ciudadanos europeos que dependen de capacidades y aplicaciones espaciales, como las aplicaciones de comunicación, navegación y observación” (p.10). Esta se divide en 3 segmentos: Space Weather (SW), Near Earth Object (NEO) y Space Surveillance and Tracking (SST).

2 Herramienta de estrategia militar que se despliega a través de armamentos diseñados para destruir o incapacitar satélites artificiales.

(Cuevas, 2019). Estas amenazas, que no se consideran ataques armados pero que logran permear la esfera de civiles y bienes civiles, pueden tener consecuencias humanitarias significativas para millones de personas en la Tierra.

Es pertinente preguntarse si este tipo de actuaciones militares en pro de la obtención de conocimiento, la conciencia del espacio e intrínsecamente de ventaja militar, que no son necesariamente en todas las ocasiones ataques armados, podrían desembocar en un conflicto armado entre grandes potencias militares, que no se lleve a cabo exclusivamente en la Tierra, sino en el espacio ultraterrestre, dado el carácter civil y militar de los usuarios de muchos servicios basados en el espacio (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2023), que encajarían *per se* en el marco del derecho internacional humanitario (DIH).

A raíz de esta problemática se presenta como hipótesis de este trabajo la posibilidad de un conflicto armado en espacio ultraterrestre ocasionado por las tensiones de poder entre diversos actores de derecho internacional en pro de la obtención de la concientización del dominio espacial y la aplicación del DIH en ese escenario. Lo anterior pretende demostrarse a partir de una metodología dogmática, en la cual se realiza una revisión crítica y evaluativa con propuesta de soluciones, desarrollado de la siguiente manera: 1) la conceptualización de las nociones básicas que atañen la temática puesta en cuestión; 2) los efectos jurídicos de estas, y 3) las limitaciones en el marco del DIH frente al nuevo dominio operacional (espacio ultraterrestre) de un conflicto armado, de carácter internacional y ultraterrestre. Por último, se presentarán algunas reflexiones finales para afirmar o negar la hipótesis propuesta.

## **1. El espacio ultraterrestre como dominio operacional**

La OTAN, desde el 20 de noviembre de 2019, declaró que el espacio ultraterrestre es un dominio operativo igual a los escenarios terrestre, marítimo, aéreo y cibernético. Pero ¿qué es un dominio? En la doctrina se reconocen dos definiciones: 1) esfera del conocimiento, influencia o actividad, y 2) territorio sobre el cual se ejerce el dominio. El propósito de un dominio es proporcionar construcciones útiles para la descripción de áreas generales de conocimiento y la visualización y caracterización del ambiente en que se conducen operaciones (Ejército Nacional de Colombia, 2017). Así, las comunidades militares, como las de inteligencia, están teniendo una percepción del espacio ultraterrestre como una herramienta para obtener información. Al ver el espacio como un dominio (potencialmente un dominio de guerra), es evidente la necesidad de una mayor inteligencia al respecto.

## 2. Concientización del dominio espacial (*Space domain awareness*)

Ante la necesidad de identificar riesgos y amenazas que afectan o podrían afectar el espacio ultraterrestre surgió este concepto, entendido como la capacidad para detectar, rastrear, identificar y caracterizar objetos y el entorno espacial, para garantizar la seguridad y sostenibilidad de las actividades espaciales (Ortega & Samson, 2023). Su finalidad es adquirir conocimiento previo de determinadas situaciones para tomar las contramedidas apropiadas de protección.

La concientización del dominio espacial puede catalogarse como un conjunto de capacidades mediante el cual se detectan objetos espaciales, que se catalogan y determinan y cuyas órbitas se predicen. A su vez, la inteligencia espacial en apoyo de la inteligencia y capacidad militar en todo el mundo juega un papel determinante al recopilar datos e información para identificar satélites desconocidos; cuerpos extraños; actividad espacial; actividad realizada en tierra, que se logra ver desde el espacio ultraterrestre, y comprender las capacidades y finalidades de cada una de ellas (Di Mare, 2021).

Sandra Erwin (2022), editora de la revista *National Defense Magazine* de la NDIA, afirma que la concientización del dominio espacial que se lleva a cabo en el Centro Nacional de Defensa Espacial (NSDC) del Comando Espacial de EE.UU. se centra exclusivamente en las amenazas militares, “lo llamamos indicaciones y advertencias”, sostiene Rian Young, ex Oficial de Control Espacial en el Comando Espacial de la Fuerza Aérea de EE. UU., a raíz de lo que surgió la necesidad de mejorar la comprensión del congestionado y complejo entorno operativo espacial.

Es menester mencionar que actualmente el principal actor espacial, en lo que respecta a la concientización del dominio espacial, es EE.UU., pues es el que opera la mayor flota de satélites. Muchos países pueden presumir que cuentan con esta capacidad, aparte de EE. UU., pero es complicado que una sola nación logre una capacidad completa, efectiva y autónoma. Esta capacidad de conocimiento requiere la cooperación de los actores internacionales y el intercambio de información constante. En ello, los gobiernos y organizaciones militares juegan un papel determinante. Sin embargo, hablar de cooperación internacional en muchos casos puede resultar utópico. El solo hecho de que exista más de una potencia mundial implica *per se* que en todas las naciones hay diferentes intereses, regímenes políticos y relaciones de poder (Berenice, 2022).

Todas las naciones, de una forma u otra, están engarzadas en la competencia y la rivalidad. Por ejemplo, existe una competencia de carácter militar para mantenerse en la avanzada en investigación y conocimiento previo de creación de armas y

actividad espacial (Bonilla Sánchez, 1999). En la actualidad, hay una constante entre el poder y la capacidad de las naciones en amplio sentido, quizá porque hasta el momento no se han presentado muchas tensiones ni disputas de poder respecto a la capacidad imprescindible de la concientización del dominio espacial, debido a que es un campo de dominio que apenas se empieza a explorar y conocer, pero nada asegura que en un futuro, no muy lejano, haya reacciones adversas por parte de actores internacionales debido a aquellas actuaciones de los cuerpos militares en el marco de la concientización del dominio espacial.

### **3. Actuaciones militares que generan riesgos y amenazas: producción de tensiones o disputas entre diversos actores internacionales**

Uno de los principales riesgos para la seguridad del espacio ultraterrestre es que su dominio pueda pasar a ser un ámbito de enfrentamiento militar. Este riesgo se ve agravado por la necesidad de los actores internacionales de adquirir la capacidad para conocer sobre el espacio ultraterrestre; cada vez surgirán más actores interesados e intervinientes y, por lo tanto, proliferarán los objetos espaciales. Así mismo, cada vez será mayor la dependencia en los sistemas espaciales por parte de los ejércitos militares para garantizar seguridad (ONU, 2023).

Garantizar la obtención de capacidad para conocer sobre el espacio ultraterrestre tiene ventajas y desventajas. Las fuerzas militares, al estar encargadas de brindar el apoyo necesario a los gobiernos para la comisión y real ejecución de dicho cometido, podrían llegar a sobrepasar límites que desencadenen tensiones entre los diversos actores internacionales.

Hasta el momento, en el panorama de la concientización del dominio espacial no se ha desencadenado ninguna tensión, pero se debe estar preparado para ello. Una analogía cercana podrían ser los satélites espías. Un caso ilustrativo es el de Corea del Norte, que ha anunciado el lanzamiento de un satélite militar espía para junio del 2024; esto ha disparado las alertas en varios países y generado tensión. El satélite será lanzado para “enfrentar las acciones militares peligrosas de Estados Unidos y sus vasallos”, aseguró Ri Pyong Chol, vicepresidente de la Comisión Militar Central del Partido Gobernante (Fernandez, 2023). La actividad militar secreta de EE. UU. será afectada por la efectiva plenitud de conocimiento que sobrepasa una esfera de esta nación. Entonces, cabe preguntarse: ¿qué pasaría en el escenario donde, en virtud de la adquisición de conocimiento imprescindible del espacio ultraterrestre, se activara la posibilidad de sistemas satelitales de brindar

información amplia y detallada? Una posible respuesta sería la de Rusia a través de la creación del proyecto Kalina, un sistema láser que puede cegar permanentemente a los satélites adversarios, por medio de pulsos láser tan brillantes como para dañar los sensores ópticos, pues los satélites adversarios podrían usarse para atentar contra su seguridad nacional (Hernández, 2022).

Por otro lado, surge el desarrollo de sistemas antisatélite y perturbadores de señales como respuesta de actores internacionales al percibir como amenaza la adquisición de capacidad plena e imprescindible de conocimiento del espacio ultraterrestre. Se pueden señalar, a modo de analogía para estos casos, las pruebas de armamento antisatélite (ASAT) que llevaron a cabo India en el 2019 y Rusia en el 2020. Por el momento, no hay evidencia de ataques a medios espaciales, pero la problemática radicaría en las consecuencias humanitarias que podría causar la degradación o destrucción de capacidades espaciales. La evolución de las tecnologías ha llevado a que incluso circunstancias del espacio ultraterrestre lleguen a perjudicar la esfera terrestre; por ejemplo, la interrupción de capacidades de comunicación, observación y navegación que generen múltiples riesgos y violaciones a derechos de los civiles en la Tierra o de la atención médica y otros servicios esenciales que dependen de servicios basados en el espacio (Idrovo Romo, 2020).

Así mismo, la comunidad militar global ha hablado de las llamadas acciones híbridas. Estas buscan obtener resultados sin recurrir a una guerra real, donde el objetivo militar pasa a un segundo plano. Las acciones llevadas a cabo se centran en el empleo de medios como los ciberataques y la desinformación, que abarcan la existencia de una amplia variedad de circunstancias y reacciones adversas, como el terrorismo y la migración, entre otras (Guindo & Martínez, 2015).

En la actualidad, estas conductas o acciones se llevan a cabo en el marco de conflictos existentes, como la meticulosa y sigilosa campaña de jaqueo de SolarWinds, atribuida a agentes de inteligencia rusos contra EE.UU., que afectó a diversas agencias federales (Bajak, 2023). Su ejecución, por parte de algunos Estados, es delegando su actuación a agentes domésticos, guerrillas, terroristas o mercenarios para que los ejércitos militares no intervengan directamente. Al ser así, no hay que descartar la posibilidad de que este tipo de acciones híbridas empiecen a ser llevadas a cabo por los ejércitos militares o delegadas, en el marco de la carrera que empieza por adquirir la plena capacidad imprescindible de conocimiento del espacio ultraterrestre, que puede desencadenar reacciones adversas tendientes a causar un escenario de conflicto armado.

## **4. Comisión de actuaciones militares para garantizar la concientización del dominio espacial como posible causante de un conflicto armado en espacio ultraterrestre**

La dinámica planteada a lo largo de este trabajo pretende evidenciar la garantía y el acceso total a la concientización del dominio espacial, a través de actuaciones militares que podrían causar amenazas y riesgos de seguridad debido a la “carrera” entre diversos actores internacionales, donde la lucha de poder juega un papel determinante; esta podría ser la principal causa del surgimiento de un conflicto armado en el espacio ultraterrestre.

Las diversas actividades espaciales que surgirán desde este momento hacia el futuro estarán relacionadas con el uso potencial de armas en el espacio exterior, la participación humana directa o física en operaciones militares en el espacio ultraterrestre y la instalación de infraestructuras en cuerpos celestes próximos, entre otras, que hacen de este plano el lugar ideal para el surgimiento de un conflicto armado.

Antes de esbozar los supuestos necesarios sobre la aplicabilidad o no del DIH en el marco de un conflicto armado ultraterrestre por las actuaciones militares en pro de garantizar la concientización del dominio espacial, es necesario traer a colación el marco legal actual que la atañe. Este marco, mejor conocido como *Corpus Iuris Spatialis*, no viene dado exclusivamente por leyes específicas, sino por un conjunto de políticas, acuerdos y directrices que discuten aspectos asociados a la seguridad del espacio y, por lo tanto, despiertan la concientización del dominio espacial:

1. Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre (1967). De este tratado se puede deducir lo siguiente: exploración y utilización del espacio ultraterrestre, estipulación de libre acceso a todas las zonas de cuerpos celestes, renuncia de la apropiación del espacio ultraterrestre, confirmación de la aplicabilidad del derecho internacional, principio de responsabilidad internacional de los Estados con respecto a las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, limitación de las actividades militares en el espacio ultraterrestre, donde queda eximida la realización de aquellas que sean con fines pacíficos del personal militar o de cualquier equipo de estos; la no utilización de armas nucleares, el lanzamiento de objetos al espacio y el ejercicio de jurisdicción donde incluso se puede inferir analogía respecto del derecho aéreo y marítimo. Sin embargo, no se evidencia

- disposición alguna que regule: 1) los métodos de solución de controversias, 2) los límites a lo que hoy llamamos la concientización del dominio espacial y 3) la aplicabilidad del DIH en caso de conflicto armado (Kopal, 2009).
2. Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1968). Este acuerdo es un reflejo del deseo de las naciones de solidarizarse y cooperar internacional. Establece distintas responsabilidades, de las que sobresalen: 1) la cooperación internacional para asistir a astronautas que se encuentren en peligro y 2) la cooperación internacional para hacer las respectivas devoluciones de objetos lanzados al espacio, en caso de que pierdan el control o lleguen a representar un peligro. Sin embargo, de nuevo, no se ve evidencia de una voluntad conjunta para estipular parámetros en caso de que haya un posible escenario que desencadene en un conflicto armado.
  3. Convención sobre Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales (1972). Esta convención busca garantizar el cumplimiento de la responsabilidad y compensación de los Estados Parte cuando algún elemento enviado desde la Tierra al espacio ultraterrestre genere daño en la tierra o en el espacio ultraterrestre. De nuevo, no se evidencia regulación de la responsabilidad, por ejemplo, de sobre pasar los límites permitidos para garantizar la capacidad imprescindible de conciencia del espacio ultraterrestre.

De la misma forma, se podría llegar a establecer que el Acuerdo sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1976)<sup>3</sup>, el Acuerdo sobre las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979)<sup>4</sup> y la Convención sobre el Registro Internacional de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1974)<sup>5</sup> son insuficientes en sus parámetros si de un escenario de conflicto armado en el espacio ultraterrestre se trata.

Por otro lado, la ONU —a través de su oficina de asuntos del espacio ultraterrestre— ha desarrollado unas directrices para promover la transparencia de las actividades que se realizan en este espacio, incluidas las actividades militares. Un ejemplo de

3 Este acuerdo establece que la transparencia y la cooperación internacional en el espacio ultraterrestre son necesarias, y se requiere que los Estados compartan información sobre sus actividades espaciales y objetos lanzados al espacio.

4 El Acuerdo sobre las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes establece los principios legales que regulan las actividades de los Estados en dichos espacios, con el objetivo de promover la exploración y explotación pacífica del espacio exterior.

5 La Convención sobre el Registro Internacional de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre tiene como objetivo establecer un sistema de registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre para facilitar la identificación y seguimiento de dichos objetos y promover la transparencia y la responsabilidad en las actividades espaciales.

estas se encuentra en la Resolución 76/55 del 6 de diciembre de 2021, mediante la cual se dan medidas para prevenir la carrera armamentista en el espacio ultraterrestre, seguir examinando y aplicando las medidas unilaterales, bilaterales, regionales y multilaterales de transparencia y fomentar la confianza en las actividades relativas al espacio ultraterrestre, pero más allá de la cooperación internacional y confianza no se evidencia desarrollo en lo que respecta a un marco normativo en caso de conflicto armado.

Así mismo, el Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR] (2022), en los últimos años, se ha encargado de realizar una actualización a los comentarios de los Convenios de Ginebra, donde ha ampliado su aplicabilidad, teniendo en cuenta los constantes cambios que puede presentar el derecho internacional debido a factores como la tecnología. A través de estos se busca que los comandantes, oficiales y abogados militares puedan garantizar la protección de las víctimas durante los conflictos armados, así como instruir a los miembros de las fuerzas armadas, preparar instrucciones para estas y asegurar que las órdenes militares sean respetuosas de la ley. Sin embargo, no se evidencia explícitamente la aplicabilidad de estos en el espacio ultraterrestre.

Algunas agencias militares contemplan interpretaciones de normas de derecho espacial en sus propios manuales que proporcionan una guía exhaustiva sobre cómo las fuerzas militares deben operar; por ejemplo, el Departamento de Defensa de los EE.UU., en su manual de derecho de guerra, menciona en la aplicación del derecho de internación en actividades espaciales la no utilización o colocación de ciertas armas en órbita. Así mismo, se manifiesta que los tratados sobre el derecho de la guerra y el derecho consuetudinario de la guerra regulan la conducción de las hostilidades, independientemente de dónde se lleven a cabo, lo que incluiría el espacio ultraterrestre. De esta manera, considera que la aplicación del derecho de la guerra a las actividades en el espacio ultraterrestre es la misma que su aplicación a actividades en otros entornos como la tierra, el mar, el aire o el ciberespacio (United States Department of Defense, 2015). Vale la pena mencionar que estos manuales pueden estar sujetos a actualizaciones periódicas que reflejen los desarrollos del derecho internacional y la política militar.

Así mismo, las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia tienen un manual de CICR para los miembros que participan en operaciones de combate, aprobado por el Ministerio de Defensa de la Federación Rusa (2001). En este se reglamenta la aplicación del DIH en el marco de conflictos armados; sin embargo, no se evidencia la aplicabilidad de este en el espacio ultraterrestre. Al respecto, la Federación Rusa (2021) rechaza la idea de la aplicación del DIH en el espacio, toda vez que

reconocer la admisibilidad de un conflicto armado allí va en contra de los principios básicos de la exploración espacial y del uso del espacio ultraterrestre.

De igual modo, tras una exhaustiva búsqueda en bases de datos de jurisprudencia de altas cortes como la Corte Penal Internacional (CPI), la ICRC (Case Law Database of the International Committee of the Red Cross) y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario (IIHL, por sus siglas en inglés) no se evidenció ninguna jurisprudencia específica sobre el DIH aplicado al espacio ultraterrestre. Sin embargo, la Dra. Lian Jie (2019), coronel Superior de la Academia de Ciencias Políticas de la Universidad de Defensa Nacionales, sostiene que este es un escenario contemplado, pues es posible que surjan casos o situaciones que planteen cuestiones relacionadas con el DIH en este contexto.

Tras recopilar una serie de políticas, acuerdos y directrices alineados con garantizar la seguridad en el espacio, se puede establecer que no hay en el marco del derecho internacional una reglamentación o marco legal claro que indique cómo actuar o qué lineamiento seguir si las actuaciones militares en espacio ultraterrestre sobrepasan ciertos límites que pudieran desencadenar un conflicto armado ni cómo se abriría una ventana a la aplicabilidad del DIH.

Una vez esbozado esto, es menester mencionar qué se entiende por conflicto armado y si de cumplirse aquellos requisitos que se exigen para que el mismo se configure, se estaría dentro del marco de aplicación del DIH.

## 5. Conflicto armado

El DIH ha hecho una distinción entre dos tipos de conflictos armados: los internacionales, donde se enfrentan dos o más Estados, y los no internacionales, entre fuerzas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales. De acuerdo con esta clasificación, para este caso se estaría abordando el conflicto armado internacional.

En los comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949 se estableció:

qualquier diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado, incluso si una de las partes niega la existencia de un estado de guerra. No influye en nada la duración del conflicto ni la mortandad que tenga lugar.

Según esta disposición, un conflicto armado internacional es aquel en que se enfrentan dos o más Estados por medio de sus fuerzas armadas, sin tener en cuenta las razones o la intensidad del enfrentamiento. Resulta esencial destacar que la calificación jurídica de conflicto armado internacional (CAI) no radica en el reconocimiento o la atribución que las partes involucradas hacen a este (CICR, 2008).

A partir de la conceptualización se puede afirmar que las tensiones y diferencias por la comisión de acciones militares en pro de la adquisición de la capacidad imprescindible de conocimiento del espacio ultraterrestre, que conducen a la intervención de las fuerzas armadas para proteger y brindar seguridad a los Estados, efectivamente podrían desembocar en un CAI. Las dificultades surgen a partir del momento en que dicho CAI no tendría lugar en la Tierra sino en el espacio ultraterrestre; es aquí donde se debe determinar si el campo normativo existente es suficiente, necesita ampliarse o debe crearse uno nuevo.

El DIH es el campo normativo mediante el cual se pretende proteger a las personas y los bienes afectados por un conflicto armado; así como limitar, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios para la guerra. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), mediante Opinión Consultiva de 1996 relativa a la legalidad de la guerra o uso de armas nucleares, expresó implícitamente estar a favor de la aplicabilidad del DIH en el espacio ultraterrestre. Para ello se realizó una interpretación del artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949<sup>6</sup>: “Los Estados Partes en estos tratados se comprometen a respetar y hacer respetar las obligaciones humanitarias en todas las circunstancias”. La CIJ señaló que la frase “todas las circunstancias” incluye el ámbito territorial o físico de la aplicación del DIH, donde no se incluye, pero tampoco se excluye el espacio ultraterrestre.

## **6. Aplicación del DIH ante un conflicto armado en espacio ultraterrestre**

La comunidad internacional ha estado muy atenta a las cuestiones relativas a la aplicabilidad del DIH a las actividades espaciales militares. En el 2015, el CICR presentó un comunicado ante la Primera Comisión de la Asamblea General de la ONU en el que expresó:

todo uso hostil del espacio ultraterrestre en un conflicto armado —es decir, todo uso de medios y métodos de guerra en, desde, hacia o a través del espacio ultraterrestre— debe cumplir con el DIH, en particular con sus reglas de distinción, proporcionalidad y precauciones en ataque.

Afirmar que el DIH es aplicable en el espacio ultraterrestre no significa que este pueda ser utilizado legalmente para fines hostiles, porque eso implicaría una

6 Conjunto de cuatro convenios internacionales que regulan el derecho internacional, cuyo propósito es proteger a las víctimas de los conflictos armados.

violación del derecho internacional del espacio. El DIH presenta nuevos retos al aplicarse en el espacio exterior, por ejemplo, frente a las amenazas o acciones híbridas, ya que la finalidad de estas es no recurrir a la utilización de fuerzas armadas, sino hacer uso de otros mecanismos como los ciberataques. Estos mecanismos podrían hacer entrar en duda si realmente se trata o no de un levantamiento de fuerzas armadas y la consideración de estos como un conflicto armado. No obstante, es importante tener en cuenta las definiciones que ya se han dado, donde no existe una limitación de interpretación y se puede considerar su aplicación incluso para estos casos.

Así mismo, otro gran reto del DIH son los ataques a bienes de carácter militar, pero que resultan siendo bienes civiles. Por ejemplo, muchas actividades humanas dependen de satélites que no son estrictamente militares, sino que cumplen con funciones civiles para funcionar correctamente, por lo que su destrucción podría afectar gravemente cuestiones de índole humanitaria (Idrovo Romo, 2020).

En lo que respecta a la utilización y creación de nuevas armas en el espacio, el DIH tiene grandes retos. Una amplia gama de nuevas tecnologías ha llegado y está por llegar, es muy probable que la regulación sobre armas permitidas y no permitidas no de abasto. Las consecuencias humanitarias relacionadas con el uso potencial de armas en el espacio podría traer consecuencias devastadoras, pues estaría en riesgo la destrucción de sistemas de comunicación, daños a los sistemas de salud en el planeta, pérdidas de vidas civiles y lesiones a civiles, entre otras (Idrovo Romo, 2020).

Otro aspecto determinante son los prisioneros de guerra. La posibilidad de participación humana directa en operaciones militares en el espacio ultraterrestre y el escenario de un conflicto armado suponen un desafío al DIH pues el cumplimiento de obligaciones que tienen las partes, como mantener a los prisioneros lejos de zonas expuestas al combate militar, asegurar necesidades básicas, recoger restos de los muertos, tendría un grado de complejidad elevado teniendo en cuenta que no se está en tierra por lo que sería prácticamente imposible: 1) mantener a los prisioneros lejos de zonas de combates y 2) recoger caídos en combate teniendo en cuenta las altas posibilidades de pérdida de los cuerpos en el espacio.

Ante las insuficiencias existentes en el marco legal de un conflicto armado en el espacio ultraterrestre causado por actuaciones militares de cada nación que buscan garantizar su propia concientización del dominio espacial, mediante la recopilación de los más relevantes o llamativos puntos de los Convenios de Ginebra, se ha analizado y propuesto cómo podría aplicarse el marco legal del DIH.

Bien sabido es que dicho marco legal se compone de distintos instrumentos legales; no obstante, los más integrales y relevantes son los Convenios de Ginebra —cuatro convenios que buscan garantizar la protección de personas en el marco de un conflicto armado—. Para el caso concreto se analizará de qué manera podrían llegar a ser o no aplicables en el espacio ultraterrestre.

### **6.1. Aplicabilidad del Convenio de Ginebra I – Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (1864 aprobado en 1949)**

Este convenio establece un marco legal para la protección de militares heridos y enfermos; personal, equipos y centros médicos; personal de apoyo civil de enfermos y heridos que acompañan a las fuerzas armadas; capellanes militares, y civiles que toman armas para repeler una invasión en tiempos de guerra. Atañe obligaciones para las partes en conflicto donde debe garantizarse el trato humano a las personas protegidas sin distinción de raza, religión ni opinión política. Pese a que no se menciona una limitación de aplicación para territorio terrestre, se abre la posibilidad de cuestionar si realmente estas disposiciones pueden tener aplicabilidad en el espacio ultraterrestre.

Hasta el momento, teniendo en cuenta sus primeros artículos, se podría afirmar que no hay impedimento alguno para aplicarlo por analogía; sin embargo, una vez analizados, por ejemplo, los artículos 15 y 16, se encuentra que estos establecen: “*en todo tiempo y especialmente después de un combate las partes en conflicto deberán buscar y recoger a los heridos y a los enfermos*”. Cabe preguntarse: ¿cómo se daría aplicabilidad a esto? ¿Cómo se llevaría a cabo la búsqueda y recolección de militares heridos, muertos o enfermos en el espacio ultraterrestre? ¿Existe alguna posibilidad de lograr esto de manera íntegra, teniendo en cuenta que no se está en un campo gravitatorio? En la actualidad aún existen desafíos y limitaciones tecnológicos que no permitirían cumplir este cometido a cabalidad; no obstante, se podrían plantear posibilidades que vengan dadas con el mismo desarrollo tecnológico como el uso de robótica para misiones de búsqueda y rescate o el uso de drones espaciales o transportes robótico-médico-militares como vías de solución para la atención médica en gravedad cero, teniendo en cuenta los efectos de ingravidez, radiación y variaciones extremas de temperatura que son ajenos a la fisiología humana (National Aeronautics and Space Administration, 2021).

Para nadie es un secreto que la robótica militar en la actualidad es un hecho, lo que quiere decir que su uso para la protección de heridos y enfermos en el espacio ultraterrestre podría ser viable. Sin embargo, esto transformaría el panorama militar, pues esto plantea desafíos significativos que deben ser abordados cuidadosamente.

Al respecto, vale la pena mencionar el comentario actualizado de este convenio del CICR, donde se ahonda en una problemática que vale la pena traer a colación pues, para el caso concreto, podría ser aplicable o tenerse en cuenta a la hora de hablar de utilización de robótica en el marco de la protección a heridos y enfermos en el espacio ultraterrestre. El artículo 22 de esta convención menciona: “el hecho de que el personal de la unidad o del establecimiento este armado y utilice sus armas para la propia defensa o la de sus heridos y enfermos” no puede considerarse una condición para privar de protección a esa unidad o establecimiento. Ahora bien, respecto a esto, la convención no establece si se pueden montar armas o no sobre esas unidades o qué tipo de armas se pueden tener. Surge la misma situación cuando se examinan las disposiciones relativas a los medios de transporte médico-militares, incluidas las aeronaves médicas. Así mismo, en la disposición citada se reconoce el principio de que el personal médico militar puede estar armado; sin embargo, no establece orientación alguna en cuanto a los límites aplicables, respecto al tipo de armas que se puedan utilizar o las circunstancias en las cuales se pueden emplear (Demeyere et al., 2016).

Por esto puede concluirse que, pese a que existe un marco normativo para la protección de militares heridos y enfermos, este aún no permea ciertas áreas que en la actualidad es necesario tener en cuenta. El uso de la robótica para lograr dicho cometido es algo que el DIH debe empezar a tener en cuenta para definir los límites aplicables para su utilización en el marco del Convenio de Ginebra I.

## **6. 2. Aplicabilidad del Convenio de Ginebra II – *Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (1949)***

Las disposiciones de este convenio enfocan su aplicación en espacio terrestre y marítimo. Al ahondar en conceptos como “naufragio” y “embarcaciones” se evidencia que la finalidad era desarrollar la normatividad específica para el escenario de conflictos armados en el mar. Al igual que el primer convenio buscaba aliviar el sufrimiento de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas militares. Algunos de sus artículos llaman la atención, como el 21 que establece:

Las Partes en conflicto podrán hacer un llamamiento a la caridad de los capitanes de los barcos mercantes, de los yates o de las embarcaciones neutrales, para que tomen a bordo y asistan a heridos, enfermos o náufragos. En ningún caso serán capturados por brindar ayuda mientras se mantengan neutrales.

Este deja en evidencia cómo, a pesar de que el mismo fue escrito teniendo en cuenta las circunstancias de aquellos tiempos, no llega a ser impedimento para considerarlo como punto de referencia o norma válida para aplicarlo por analogía en caso de un conflicto armado en el espacio ultraterrestre. Sin embargo, otros factores son los que podrían llegar a confluír y generar incertidumbre, pues, a modo de supuesto: ¿cómo se podría saber si alguna de las partes en conflicto se está manteniendo neutral, teniendo en cuenta que existen múltiples posibilidades con el apoyo de tecnología, satélites y sistemas de comunicación, entre otros? ¿Cómo se podría tener certeza de cuáles acciones son neutrales y cuáles no?

Tener certeza de la neutralidad de otras flotas o naves que puedan llegar a brindar asistencia humanitaria o de la no participación de estas en actividades militares ni proporción de apoyo logístico o estratégico a las partes beligerantes en el espacio ultraterrestre resulta un reto para el marco existente del DIH. Teniendo en cuenta el uso de tecnologías avanzadas, se deben proponer mecanismos o prácticas que ayuden a verificar la neutralidad de esas flotas o naves en el espacio ultraterrestre. Un sistema que puede considerarse como analogía, es el Sistema de Seguimiento de Ruta por Satélite para Buques de Cabotaje y Pesqueros usado a nivel internacional. La Armada Nacional de Colombia lo define como un sistema que permite realizar el monitoreo de una embarcación en tiempo y espacio real, al transmitir información, sin intervención de terceros, en forma codificada o encriptada, sobre la identificación de la embarcación, con la posición, hora, velocidad y rumbo, a través de satélites a una estación de control terrestre (Armada Nacional de Colombia, 2019). Este, aplicado al ámbito espacial, podría permitir que las flotas o naves neutrales demuestren que en efecto no están proporcionando apoyo a ninguna de las partes.

Ahora bien, con un mecanismo como el anterior surge la inquietud frente a la información que se transmita de forma codificada vía satelital. Al respecto este convenio tiene una parte relativa a los barcos hospitales que, a forma de analogía, podría aplicarse a flotas o naves que se encarguen de fines médicos u hospitalarios. El artículo 34 menciona una exigencia: “los barcos hospitales no podrán tener ni utilizar ningún código secreto para su radio o para cualquier otro medio de comunicación”. Por ende, en principio, las comunicaciones que emiten o reciben las flotas o naves no pueden estar encriptadas y deben enviarse por aire. No obstante, ¿cómo podrían ser enviadas en el espacio ultraterrestre si no es por otro medio que alguno que implique encriptación? Al respecto, el CICR, en su comentario actualizado del Convenio de Ginebra II, menciona que debido a los avances en la tecnología de las comunicaciones, y en especial al uso de satélites, la encriptación está tan difundida en la actualidad que no existen tecnologías que no la utilicen, lo que ha

llevado a que en muchos manuales militares esta exigencia sea cuestionada. De este comentario se puede concluir que hay una tendencia en la práctica internacional por la cual el uso de comunicaciones satelitales no constituye una violación del párrafo 2, incluso si los mensajes y los datos que se transmiten están encriptados (Henckaerts et al., 2016).

El análisis de este apartado sobre la aplicabilidad del Convenio de Ginebra II revela dos puntos significativos. En primer lugar, se identifica la aparición de interrogantes que requieren una atención inmediata para desarrollar protocolos o directrices específicas. Estos pueden considerarse potenciales amenazas, particularmente en un contexto donde la tecnología bélica está en constante evolución. En segundo lugar, se evidencia cómo, a pesar de las exigencias establecidas por el convenio, el avance tecnológico continuo plantea la posibilidad de que ciertas acciones, como el uso de comunicaciones satelitales, no sean consideradas una violación del DIH. Este análisis subraya la necesidad de adaptar y actualizar las normativas existentes para abordar los desafíos emergentes en el campo de los conflictos armados y garantizar la protección de los derechos humanos en un entorno cambiante y complejo (Friedman, 2010).

### **6. 3. Aplicabilidad del Convenio de Ginebra III – *Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949)***

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, tras las múltiples y atroces violaciones a los derechos humanos y la comisión de crímenes de guerra, fue necesario que la comunidad internacional estableciera normas para garantizar la protección y el trato humanitario a prisioneros de guerra. Con este convenio se rigen las formas de trato para personas capturadas en el marco de un conflicto armado, ya sean miembros de fuerzas armadas (militares) o civiles que participen directamente en las hostilidades: se prohíbe cualquier forma de violencia, intimidación, humillación o trato denigrante. Así mismo, establece parámetros para el trabajo, disciplina y recreación, limpieza, alimentación y condiciones de salud de los prisioneros de guerra.

En términos generales, este convenio tiene un campo de aplicación muy amplio, por lo tanto, podría afirmarse que quizá sea uno de los más integrales para aplicarse en el escenario de un conflicto armado en el espacio ultraterrestre. Sin embargo, hay fragmentos de ciertos artículos que dejan en evidencia cómo estos convenios fueron creados realmente para conflictos en la Tierra; por ejemplo, el artículo 20 sostiene que la potencia detenedora debe proporcionar “*agua potable y alimentos en cantidad necesaria a los prisioneros de guerra*”. Es claro que las condiciones

extremas del entorno espacial traen consigo una serie de retos y desafíos en la dispensa de estos recursos. Actualmente, las estaciones espaciales, como la Estación Espacial Internacional (EEI), utilizan sistemas de reciclaje de agua que permite purificar el agua residual para producir agua potable para consumo humano (Reaves, 2024). Sin embargo, esto solo es posible en la actualidad porque el espacio ultraterrestre aún no es un dominio que cuente con extensa presencia humana. Ahora bien, en relación con la concientización del dominio espacial, una vez las naciones y las fuerzas militares de cada una de estas tengan acceso a este dominio, se incrementará la presencia humana y con ello, cuando se cree un escenario de conflicto armado o guerra a causa de ello y las partes empiecen a tener prisioneros de guerra, es probable que no se tengan disponibles todos estos recursos, ya que al no contar a la mano con las condiciones físicas y ambientales para esto, se requerirán labores de exploración y explotación en el espacio ultraterrestre para encontrarlos. Estas cuestiones podrían considerarse como secundarias frente a un conflicto armado, pues los recursos y esfuerzos requeridos serán para la supervivencia y ventaja militar.<sup>7</sup>

Así mismo, un punto clave son los actos de violencia, intimidación o tratos humillantes que pudieren llegar a presentarse. Al respecto los artículos 3, 13 y 17 hacen hincapié en el trato humano que siempre debe primar. Sin embargo, en el marco de un conflicto armado en espacio ultraterrestre, teniendo en cuenta el avance de las tecnologías donde todo puede llegar incluso, remoto y automatizado, la definición y cumplimiento de “trato humano” podrían verse desafiados. Tengase en cuenta que, como ya se ha afirmado, las tácticas militares podrían incluir el uso de robots e inteligencia artificial con cierta autonomía, lo que podría poner en tela de juicio el trato humano que se le esté brindado a los prisioneros de guerra (Amnistía Internacional, 2022).

#### **6. 4. Aplicabilidad del Convenio de Ginebra IV – *Relativo a la protección a las personas civiles en tiempos de guerra (1949)***

El cuarto convenio tiene 159 artículos mediante los cuales se brinda protección a los civiles en zonas de conflicto y se garantiza la seguridad y dignidad de las personas al imponer prohibiciones como la toma de rehenes, la mutilación, la tortura y los castigos corporales. Así mismo, establece lineamientos sobre el abastecimiento

7 Se realizó un sondeo a 50 integrantes de las Fuerzas Militares colombianas para llegar a dicha afirmación. Todas las personas encuestadas estuvieron de acuerdo: *La doctrina militar da los lineamientos para saber cómo debo invertir mis esfuerzos en medio de un conflicto armado o guerra*. Enrique Silvela Díaz Criado (2020), del Mando de Artillería Antiaérea de España sostiene: “se convierte en un instrumento didáctico que sirve para enseñar a las generaciones de militares, previamente a su participación en combate, cómo prepararse y cómo actuar con una gramática común”.

a la población, higiene, sanidad pública y los socorros colectivos en caso de insuficiencia de abastecimiento. Con relación a su aplicación en caso de los conflictos ultraterrestres, el capítulo XI habla de los fallecimientos; el artículo 130, sobre la inhumación – incineración, afirma:

Las autoridades detenedoras velarán por que los fallecidos en cautiverio sean enterrados honrosamente, si es posible según los ritos de la religión a que pertenecían, y por que sus tumbas sean respetadas, convenientemente conservadas y marcadas de modo que siempre se las pueda localizar.

Al ser así, frente a las condiciones del espacio ultraterrestre, se puede afirmar que la aplicación de este capítulo es extremadamente desafiante. En primer lugar, como ya se ha esbozado, la búsqueda de cuerpos es compleja debido al campo gravitacional cero y a la inmensidad del espacio ultraterrestre. En un contexto de conflicto armado en el espacio ultraterrestre, se abren mil escenarios y uno de ellos podría ser este: los restos humanos quedarían flotando en órbita. ¿Cómo podría aplicarse realmente el artículo 130 de esta convención teniendo en cuenta los límites que aún existen en esta materia? Tendrían que desarrollarse sistemas de localización para cada persona, así, en caso de fallecer, se podrá dar con sus paraderos. Así mismo, deben crearse sistemas adecuados para el manejo de los cuerpos que se encuentren y recolecten, teniendo en cuenta las normas del *Corpus Iuris Spatialis*, en lo que respecta a la no contaminación del espacio ultraterrestre (Flores, 2022).

Al respecto, para el 2003, el Comité Interinstitucional de Coordinación en Materia de Desechos Espaciales elaboró las “Directrices para la gestión de restos espaciales”,<sup>8</sup> donde presenta lineamientos para la disposición de los restos humanos en el espacio. De igual manera, la NASA (2021) publicó el artículo “Death in Space: Protocol Considerations”, donde analiza los desafíos y las opciones para la gestión de la muerte en el espacio en el contexto de futuras misiones espaciales. No obstante, estos lineamientos han sido creados en un contexto de misiones espaciales con distintas finalidades, que no contemplan la guerra o un conflicto armado (Fernández, 2024). Aun así, estos pueden ser tenidos en cuenta y aplicados por analogía en escenarios como esos.

8 El Comité Interinstitucional de Coordinación en materia de Desechos Espaciales ha elaborado un conjunto de directrices para la reducción de los desechos espaciales que refleja los elementos fundamentales de un conjunto de prácticas y normas sobre la materia elaborados por varias organizaciones nacionales e internacionales.

## **6. 5. Aplicabilidad de los protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra (1977)**

Si bien es determinante tener en cuenta que los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra surgieron para garantizar la actualización y ampliación de las protecciones establecidas, no se puede afirmar que son lo suficientemente flexibles y adaptativos para una plena implementación en el espacio ultraterrestre, ya que este trae consigo desafíos únicos que en última instancia demandan nuevas regulaciones que deberán ir de la mano con las nuevas tecnologías. Téngase en cuenta que entre más concientización tengan las naciones del espacio ultraterrestre habrá más riesgos y amenazas que controlar o regular.

Es claro que el DIH tendría aplicabilidad en el escenario de un conflicto armado ultraterrestre; sin embargo, las regulaciones actuales en la materia podrían no ser suficientes para abordar los múltiples escenarios producto de la complejidad del espacio y de los avances tecnológicos.

### **Reflexiones finales**

Las causas de un conflicto armado espacial no solo pueden darse por motivos de poder político, sino por motivos de poder y adquisición de conocimiento. La concientización sobre el espacio ultraterrestre, pese a tener múltiples ventajas también presenta desventajas. Entre estas últimas, un escenario que quizá no se planteó, la generación de tensiones y disputas entre actores internacionales podría desembocar en un conflicto armado, debido a aquellas actuaciones de los cuerpos militares en el marco de la concientización sobre el espacio ultraterrestre. La misma necesidad de información, conocimiento y conciencia del espacio para mitigar amenazas y riesgos podría generar conflictos. Estos, al cumplir con los requisitos para catalogarse como un conflicto armado, darían pie a la aplicabilidad de normas de DIH, sin que ello implique la legitimidad de la guerra en el espacio ultraterrestre.

Para afirmar que hay lugar a la aplicabilidad del DIH es necesario conocer de antemano las disposiciones legales vigentes y su interpretación actual. Se debe tener conciencia de los desafíos para esta rama del derecho internacional público, pues, debido a la generación de nuevos escenarios por el avance constante en la tecnología, la concientización sobre el espacio y las múltiples actividades que se empiezan a dar en él, las regulaciones actuales en la materia, llegado el caso de un conflicto armado, no permitirían la protección eficaz de personas y bienes civiles, que causaría graves afectaciones de índole humanitaria.

## Referencias

- Amnistía Internacional. (15 de febrero de 2022). *Robots asesinos: Perder el control sobre la tecnología*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/robots-asesinos-perder-el-control-sobre-la-tecnologia/>
- Armada Nacional de Colombia. (13 de diciembre de 2019). *Sistema de seguimiento de ruta por satélite para buques de cabotaje y pesqueros*. <https://www.armada.mil.co/es/content/sistema-de-seguimiento-de-ruta-por-satelite-para-buques-de-cabotaje-y-pesqueros>
- Bajak, F. (15 de junio de 2023). Agencias federales de EE. UU. son afectadas por ciberataque ruso. *The Associated Press*. <https://apnews.com/technology/agencias-federales-de-eeuu-son-afectadas-por-ciberataque-ruso-66b9149f770352eaa1fb4b104f971516>
- Berenice, S. (Marzo de 2022). El planeta tierra y el Orden Internacional al borde del colapso ¿Y la cooperación internacional? Una utopía del siglo XXI. *Geopol21*. <https://geopol21.com/el-planeta-tierra-y-el-orden-internacional-al-borde-del-colapso-y-la-cooperacion-internacional-una-utopia-del-siglo-xxi/>
- Bonilla Sánchez, A. (1999). La lucha por el poder mundial y el armamentismo. *Quipukamayoc*, 6(12), 115-137. <https://doi.org/10.15381/quipu.v6i12.5930>
- Erwin, S. (14 de abril de 2022). Space domain awareness: A secret weapon against shadowy threats in orbit. *SpaceNews. Business, Politics, Perspective*. <https://spacenews.com/space-domain-awareness-a-secret-weapon-against-shadowy-threats-in-orbit/>
- Comite Interinstitucional de Coordinación en Materia de Desechos Espaciales. (2003). *Directrices para la reducción de los desechos espaciales*. UNOOSA. <https://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/sd/COPUOS-GuidelinesS.pdf>
- Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (9 de marzo de 2008). Comite Internacional de la Cruz Roja. ¿Cuál es la definición de conflicto armado según el Derecho Internacional Humanitario? <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>
- Comite Internacional de la Cruz Roja [CICR]. (25 de Mayo de 2022). *Comentarios a los Convenios de Ginebra en español facilitan enseñanza e investigación del DIH en las Américas*. <https://www.icrc.org/es/document/comentarios-los-convenios-de-ginebra-en-espanol-facilitan-ensenanza-e-investigacion-del-dih>

- Díaz-Criado, E. S. (2020). La doctrina Militar: del pensamiento estratégico a las operaciones militares. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 22. <https://www.redalyc.org/journal/282/28268069025/28268069025.pdf>
- Cuevas, A. S. (2019). *La amenaza Híbrida: La guerra Imprevisible. Ensayos de seguridad y defensa*. Universidad de Navarra.
- Demeyere, B., Henckaerts, J. M., Hiemstra, H., & Nohle, E. (2016). Updated commentary on the First Geneva Convention: A new tool to promote respect for international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 97(900). [https://international-review.icrc.org/sites/default/files/comentario\\_convenios\\_final.pdf](https://international-review.icrc.org/sites/default/files/comentario_convenios_final.pdf)
- Di Mare, A. (Mayo de 2021). *The role of space domain awareness*. Joint Air Power Competence Center [JAPCC]. <https://www.japcc.org/essays/the-role-of-space-domain-awareness/>
- Ejército Nacional de Colombia. (Septiembre de 2017). Manual fundamental del ejército. Ejército Nacional de Colombia. [https://www.cedoe.mil.co/enio-recurso\\_user/doc\\_contenido\\_pagina\\_web/800130633\\_4/458750/mfe\\_1\\_01\\_doctrina.pdf](https://www.cedoe.mil.co/enio-recurso_user/doc_contenido_pagina_web/800130633_4/458750/mfe_1_01_doctrina.pdf)
- Erwin, S. (14 de 04 de 2022). Space domain awareness: A secret weapon against shadowy threats in orbit. *Space News*. <https://spacenews.com/space-domain-awareness-a-secret-weapon-against-shadowy-threats-in-orbit/>
- Fernandez, A. (30 de 05 de 2023). Corea del Norte lanzará en junio un satélite militar espía. *La Razón*. [https://www.larazon.es/internacional/corea-norte-lanzara-junio-satelite-militar-espia\\_20230530647544223d230000013aafe9.html](https://www.larazon.es/internacional/corea-norte-lanzara-junio-satelite-militar-espia_20230530647544223d230000013aafe9.html)
- Fernández, C. (2024). Si alguien muere en el espacio ¿ qué pasa con el cuerpo? *Servicio Meteorológico Nacional de Argentina*. <https://www.tiempo.com/noticias/ciencia/si-alguien-muere-en-el-espacio-que-pasa-con-el-cuerpo-esto-dice-el-protocolo-de-la-nasa.html>
- Flores, M. d. (2022). Los desechos espaciales: Un desafío pendiente. *Revista de Jurídicos*, (22). <https://doi.org/10.17561/rej.n21.7526>
- Friedman, G. (2010). *The next 100 year - A forecast for the 21st century*. Knopf Doubleday Publishing Group.
- García Servert, R., & Rubio Bravo, F. (2022). *El espacio como dominio operacional en la OTAN*. Academia de las Ciencias y las Artes Militares.

- Hernández, G. (8 de Julio de 2022) Rusia está construyendo un láser antisatélites para dejarlos “ciegos” permanentemente al disparar contra sus sensores, según reporte. *Xataka México*. <https://www.xataka.com.mx/espacio/rusia-esta-construyendo-laser-antisatelites-para-dejarlos-ciegos-permanentemente-al-disparar-sus-sensores-reporte>
- Guindo, M. G., & Martínez, G. (2015). *La guerra híbrida: Nociones preliminares y su repercusión en el planteamiento de los países y organizaciones occidentales*. Instituto Español de Estudios Estratégicos [IEEE]. [https://www.researchgate.net/publication/273996952\\_La\\_Guerra\\_Hibrida\\_Nociones\\_preliminares\\_y\\_su\\_repercusion\\_en\\_el\\_planeamiento\\_de\\_los\\_paises\\_y\\_organizaciones\\_occidentales](https://www.researchgate.net/publication/273996952_La_Guerra_Hibrida_Nociones_preliminares_y_su_repercusion_en_el_planeamiento_de_los_paises_y_organizaciones_occidentales)
- Henckaerts, J. M., Demeyere, B., Hiemstra, H., & Nohle, E. (Agosto de 2016). *Comentario del CICR actualizado del convenio de Ginebra II: desentrañar el derecho de los conflictos armados en el mar*. International Review of the Red Cross. <https://international-review.icrc.org/es/articulos/comentario-del-cicr-actualizado-del-convenio-de-ginebra-ii-desentrañar-el-derecho-de-los>
- Idrovo Romo, J. F. (2020). Armed conflicts in outer space, applicability and challenges of International Humanitarian Law. *USFQ Law Review*, 7(1), 335-357. <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1737>
- Jie, L. (Octubre de 2019). *How does IHL apply in outer space and which challenges come*. International Institute of Humanitarian Law.
- Kopal, V. (2009). *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes*. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/tos/tos\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/tos/tos_s.pdf)
- Márquez, J. (18 de Julio de 2022). Rusia no quiere que el enemigo espíe su territorio. La solución es Kalina, un arma láser para cegar satélites. *Xataka México*. <https://www.xataka.com/otros/rusia-no-quiere-que-enemigo-espíe-su-territorio-solucion-kalina-arma-laser-para-cegar-satelites>
- García Guindo, Martínez-Valera González, G. (Febrero de 2015). *La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales. Documento de Trabajo*. Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_trabajo/2015/DIEEET02-2015\\_La\\_Guerra\\_Hibrida\\_GUindo\\_Mtz\\_Glez.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET02-2015_La_Guerra_Hibrida_GUindo_Mtz_Glez.pdf)

- Ministry of Defense of the Russian Federation. (2022). Manual on International Humanitarian Law for the armed forces of the Russian Federation. *International Law Studies*, 99(773), 773-846. <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3029&context=ils>
- National Aeronautic and Space Administration [NASA]. (2021). *Death in Space. Protocol Considerations*. NASA.
- National Aeronautics and Space Administration [NASA]. (6 de Agosto de 2021). *Informe de evidencia – Medicina Aero Espacial: Los desafíos Médicos que se esperan en una misión humana en Marte*. NASA. <https://www.unicauca.edu.co/versionP/sites/default/files/files/NP-2021-08-006-JSCNASA.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (06 de diciembre de 2021). *Resolución 76/55*. [https://digitallibrary.un.org/record/3951446/files/A\\_RES\\_76\\_55-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/3951446/files/A_RES_76_55-ES.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2023). *Informe de políticas de Nuestra Agenda Común 7 para toda la humanidad. El futuro de la gobernanza del espacio ultraterrestre*. ONU.
- Ortega, A. A., & Samson, V. (2023). *Un léxico para la seguridad en el espacio ultraterrestre*. UNIDIR.
- Reaves, A. M. (2024). *Wastewater recycling on the iss and in Singapore*. Space4water. <https://www.space4water.org/news/wastewater-recycling-iss-and-singapore>
- Russian Federation. (2021). *Working paper submitted by China to the third session of the UN open-ended working group on reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours*. [https://docs-library.unoda.org/Open-Ended\\_Working\\_Group\\_on\\_Reducing\\_Space\\_Threats\\_\(2022\)/202301~1.PDF](https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Reducing_Space_Threats_(2022)/202301~1.PDF)
- United States Department of Defense [U. S. DOD]. (2015). *Law of War Manual - Manual del Derecho de Guerra*. DOD.

# Ecología de justicias en Colombia: justicia transicional, justicias comunitarias y diálogos interjurisdiccionales

Ecology of Justice in Colombia: Transitional Justice, Community Justice and Inter-Jurisdictional Dialogues

Ecologia da justiça na Colômbia: justiça de transição, justíças comunitárias e diálogos interjurisdicionais

Esneider René Mateus Forero\*

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2024

Fecha de aprobación: 05 de agosto de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14530>

Para citar este artículo: Mateus Forero, E. R. (2024). Ecología de justicias en Colombia: justicia transicional, justicias comunitarias y diálogos interjurisdiccionales. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14530>

## Resumen

Este artículo explora los escenarios emergentes en el campo de la administración de justicia, producto de los diálogos interjurisdiccionales entre la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y las justicias comunitarias indígenas, afrodescendientes y campesinas, en el marco de la implementación de los Acuerdos de Paz de 2016 en Colombia. Una mirada general muestra posibles salidas a los limitantes estructurales de la justicia transicional y a las necesidades de justicia de las comunidades más afectadas por el conflicto armado. El estudio de esta sugerente *ecología de justicias* desarrollada en los *macrocasos* abiertos con relación a las labores de investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes cometidos durante el conflicto armado nos permite aproximarnos a las contradicciones constitutivas de la justicia

\* Abogado, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia, y Especialista en Epistemologías del Sur de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso).

transicional, a las particularidades de las justicias comunitarias y a las colaboraciones interjusticias durante los primeros años de posacuerdo.

**Palabras Clave:** justicia comunitaria; justicia transicional; ecología de justicias; diálogos interjurisdiccionales; paz.

### **Abstract**

This article explores the emerging scenarios in the field of justice administration resulting from the interjurisdictional dialogues between the Special Jurisdiction for Peace (JEP) and Indigenous, afro-descendant and peasant community justice in the framework of the implementation of the 2016 Peace Accords in Colombia. An overview shows possible ways out of the structural limitations of transitional justice and the justice needs of the communities most affected by the armed conflict. The study of this suggestive ecology of justice developed in the open macro-cases regarding the investigation, prosecution and punishment of crimes committed during the armed conflict allows us to approach the constitutive contradictions of transitional justice, the particularities of community justice and inter-justice collaborations during the first years of post-agreement.

**Key words:** Community justice; transitional justice; ecology of justice; inter-jurisdictional dialogues; peace.

### **Resumo**

Este ensaio explora os cenários emergentes no campo da administração da justiça resultantes dos diálogos interjurisdiccionais entre a Jurisdição Especial para a Paz (JEP) e a justiça comunitária indígena, afrodescendente e camponesa no âmbito da implementação dos Acordos de Paz de 2016 na Colômbia. Uma visão geral mostra possíveis soluções para as limitações estruturais da justiça de transição e as necessidades de justiça das comunidades mais afetadas pelo conflito armado. O estudo dessa sugestiva ecologia da justiça desenvolvida nos macrocasos abertos com relação à investigação, ao processo e à punição de crimes cometidos durante o conflito armado nos permite abordar as contradições que constituem a justiça de transição, as particularidades da justiça comunitária e as colaborações interjustiças durante os primeiros anos do período pós-acordo.

**Palavras-chave:** justiça comunitária; justiça de transição; ecologia da justiça; diálogos interjurisdiccionais; paz.

## Introducción

Tras varias décadas de conflicto sociopolítico armado, el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP) firmaron un acuerdo de paz. Este incluyó un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición (SIVJRNR), integrado por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV). El objetivo de este artículo es develar los pormenores, los límites y las posibilidades de la relación justicia transicional – justicias comunitarias sobre el espacio-tiempo transicional específico del Acuerdo de Paz de 2016, a través del marco metodológico de la *ecología de justicias*, propuesto por Sara Araújo, como una dimensión concreta de las epistemologías del sur en el campo de la justicia. El punto de partida es determinante: todo modelo de justicia transicional lleva consigo una contradicción constitutiva, procura satisfacer las necesidades de justicia de una población afectada por un conflicto sociopolítico armado y contribuir a la superación de la violencia, sin entrar a dirimir los conflictos directos vivenciados por las mismas comunidades, bien porque su atención está centrada en el juzgamiento de los delitos más graves ocurridos con ocasión del conflicto armado interno o por falta de competencias normativas. Sin embargo, sobre el mismo territorio donde pretende habitar la justicia transicional se desenvuelven múltiples escenarios de resistencia contrahegemónica en oposición a ese orden violento y atroz preexistente, algunos denominados justicias comunitarias. Entonces, ¿pueden las justicias comunitarias y la justicia transicional converger hacia formas colaborativas de administración de justicia? Para intentar responder a este interrogante, primero entretremos los elementos de una escenografía que posibilita la cooperación entre diversos campos de justicia —ecología de justicias en clave de construcción de paz—. Luego, analizamos experiencias de justicia comunitaria involucradas en procesos transicionales de justicia, incluyendo la experiencia colombiana, para concluir con algunas ideas al respecto.

### 1. Aproximaciones teóricas

La justicia transicional abarca expresiones de justicia asociadas con periodos de cambio o transición política durante los cuales se implementan respuestas jurídicas a los crímenes cometidos por regímenes represores, grupos armados o formas de violencia generalizada; son todos los procesos y mecanismos diseñados para asegurar responsabilidad, rendir justicia y lograr reconciliación en una sociedad atravesada por un conflicto sociopolítico (Ambos et al., 2009, p. 26). El concepto puede ser

abordado desde dos dimensiones: una noción fuerte, que hace referencia al uso de mecanismos excepcionales para dar respuesta a violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el pasado, que obligatoriamente supone una profunda reforma social y política, y otra reducida en la que la atención se concentra en mecanismos excepcionales de verdad, justicia, reparación y no repetición, que permiten poner en el centro las reclamaciones de las víctimas, aunque no genere una transición política (Uprimny et al., 2006).

Aun si el significado no es unívoco, basta con afirmar que existe un consenso sobre lo que la justicia transicional comprende como paradigma jurídico. Dicho paradigma consta de cuatro componentes esenciales: acciones judiciales para establecer la responsabilidad individual por los crímenes cometidos; iniciativas de búsqueda de la verdad y construcción de la memoria histórica; reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos, y transformación de instituciones para lograr la gobernabilidad democrática (Duggan, 2005); estos se adecúan a los contextos específicos de cada país o región. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estableció unos estándares mínimos en contextos transicionales: prohibición de la amnistía; prescripción o indulto como excusa para dejar de investigar, juzgar y sancionar; participación de víctimas y familiares; búsqueda de personas desaparecidas; iniciativas de memoria histórica; reparación estatal de las violaciones de derechos humanos, y garantías de no repetición (CIDH, 2021).

En lo que va del siglo XXI, en el país hemos intentado dos procesos transicionales: Justicia y Paz – Ley 975 de 2005 (LJP) y el Acuerdo Final de Paz de 2016. La LJP consagró una política criminal de justicia restaurativa para la transición hacia la paz que incluía esfuerzos de desmovilización masiva, condenas reducidas, búsqueda de la verdad y reparación a las víctimas (Marín, 2009, p. 7). Este mecanismo, por el cual los grupos paramilitares al margen de ley reingresaron a la vida civil, fue el primero en incluir de manera combinada estrategias de desarme, desmovilización y reintegración (DDR), y de sanción por crímenes cometidos y de reparación, aunque posibilitó el no juzgamiento de paramilitares desmovilizados por la comisión de crímenes graves en el marco del derecho internacional (Valdivieso, 2012). Las principales críticas a la LJP señalan que este modelo optó por sacrificar tanto la justicia compensatoria al no destinar todo el patrimonio de los victimarios a la reparación de las víctimas como la justicia distributiva al socializar los costos de los delitos de los victimarios hacia toda la población colombiana; por renunciar a la soberanía del Estado al transformar la ley penal imperativa en ley dispositiva, y por sacrificar un mínimo de justicia retributiva, pues no condenó a los desmovilizados por el delito de concierto para delinquir, estableció plazos para investigar excesivamente reducidos y otorgó el

carácter de delincuentes políticos a los desmovilizados y estableció como optativa la restitución de tierras (Arango, 2008, pp. 82-87).

El Acuerdo de Paz de 2016, por su parte, centra su atención en la transformación estructural de las causas profundas del conflicto armado en el país. Pretende una solución a la inequitativa distribución de la tierra, la superación de la brecha de desigualdad entre campo y ciudad, la ampliación de la participación política, la sustitución de cultivos ilícitos y el fortalecimiento de las instituciones del Estado en las regiones periféricas del territorio nacional. Además, procura solucionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el conflicto armado interno, a través del SIVJRGNR, el cual tiene como objetivos la satisfacción de los derechos de las víctimas del conflicto armado, el asegurar el esclarecimiento de la verdad, el reconocimiento de responsabilidades de los participantes directos e indirectos en el conflicto, el garantizar la justicia frente a graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y contribuir a la promoción de la convivencia pacífica, la reconciliación y la no repetición (Acuerdos de La Habana, 2016).

La categoría de justicia comunitaria, por su parte, abarca viejas y nuevas formas de decir y hacer el derecho y la justicia. Estas formas se ubican en los márgenes del campo jurídico dominado por el Estado-Nación; son lugares-otros de realización contrahegemónica de lo *justo*. Para desarmar los lugares privilegiados productores del derecho y la justicia, es menester adoptar metodologías postcoloniales. Lo que no equivale a aceptar, sin ningún tipo de cuestionamientos, como mejores aquellos lugares-otros frente a los demás escenarios que componen el espectro de la administración de justicia. Exige, sí, que su lugar sea reconocido. Por ello, en lo que sigue, planteamos las líneas primordiales que definen el espacio de la justicia comunitaria en el campo jurídico colombiano.

En primer lugar, el elemento más representativo de un escenario de justicia comunitaria es su actuación territorial. Toda justicia comunitaria refiere un conjunto de instancias y procedimientos mediante los que se gestionan los conflictos a partir de normas propias de una comunidad o contexto cultural específico (Ardila, 2010). El territorio es el escenario de las relaciones sociales, donde concurren y se superponen diversas territorialidades, identidades y formas de poder, con intereses, percepciones, valoraciones y actitudes territoriales propias, y donde se generan dramaturgias sociales de complementación, cooperación y conflicto entre individuos y grupos sociales (Montáñez & Delgado, 1998). En consecuencia, las aptitudes comunitarias en la justicia solo son posibles si la estrategia de gestión de conflictos opera

a partir de los mismos intereses, percepciones, valores y dramaturgias. Dentro del género se comprenden las experiencias comunitarias de gestión de conflictos de los pueblos y comunidades indígenas, consejos comunitarios afro, juntas de acción comunal, conciliación en equidad y, entre otros, de los terminales rurales de justicia.

En segundo lugar, la justicia comunitaria se desenvuelve más allá del litigio. Los escenarios comunitarios de justicia pueden operar a partir de tres momentos: “nombrar (reconocer la existencia del daño), culpar (reconocer que hay un responsable del daño) y reclamar (comunicar a la persona o entidad imputable a la culpa y exigir una solución)” (Araújo, 2014, p. 73),<sup>1</sup> tal como acontece en el proceso judicial. Sin embargo, en los arreglos comunitarios no se abandonan los factores individuales, interpersonales ni sociales del conflicto al momento de gestionarlo. El arreglo comunitario es construido principalmente desde el entendimiento de estas relaciones, no desde su exclusión. Por ello, rehúye las fórmulas retributivas-adversariales y prefiere escenarios restaurativos-dialogales de resolución de los conflictos.

En tercer lugar, los arreglos comunitarios se tejen con las normas sociales legitimadas por la propia comunidad. Como forma de administración de justicia, la justicia comunitaria “surge de la profunda convicción y exigente reivindicación mediante las cuales todo grupo social decide tramitar sus conflictos de manera acorde con su propia identidad, cualquiera que fuera el sistema jurídico que el Estado imponga” (Tomás & Tío, citados en Proner & Back, 2019, p. 159). En este ejercicio, el Estado se reduce a su círculo burocrático, mientras se consolidan “modelos de autogestión a través del consenso y el diálogo, y se mantiene la más alta consideración y respeto a lo resuelto, en cuanto asumido por haber surgido de su propia convicción” (Tomás & Tío, citados en Proner & Back, 2019, p. 160).

En cuarto lugar, los arreglos comunitarios propenden por la reconciliación y no por el castigo. «Se espera que la justicia comunitaria restablezca la convivencia entre los actores de cara a la comunidad en su conjunto. Es la comunidad misma la que “hace justicia”, en aras de la reconciliación» (Fariñas, citado en Proner & Back, 2019, p. 67). Así, los criterios constitutivos de un sistema comunitario de justicia suelen ser su perspectiva local, el énfasis en el conflicto, las normas sociales propias y la tendencia a la reconciliación. Esto brinda a las justicias comunitarias una flexibilidad de fronteras que tiene como objetivo promover un acercamiento a escenarios libres de prejuicios e integrar instancias desconocidas e imprevistas de gestión pacífica de los conflictos. (Araújo, 2014, p. 111). Esta flexibilidad de fronteras se contrapone a la postura de frontera excluyente y totalizante de la justicia

---

1 Traducción propia.

estatal. Señal de ello es la habitual subversión en estas prácticas de la supremacía de la figura del “abogado rey”. Como señala Aragón (2018), la construcción de prácticas jurídicas y de justicia que vayan más allá del derecho estatal implica “el desafío de dialogar y sumar conocimientos, concepciones y prácticas que en no pocas ocasiones guardan una distancia grande a las que dominan en el campo jurídico estatal” (p. 374).

El diálogo interjurisdiccional entre la justicia transicional y las justicias comunitarias se enmarca como un uso contrahegemónico del derecho, basado en dinámicas de lo común y en prácticas de traducción intercultural. En escenarios comunitarios rurales, las múltiples formas de gestionar los conflictos locales despliegan líneas de ruptura con las formas liberales de representación, aplicación y producción de las normas, y administración de la justicia. Estas formas comunitarias de reproducción de lo justo se caracterizan por enarbolar una dinámica que va más allá del Estado: comprenden que el derecho al acceso efectivo a la justicia no se realiza llevando los conflictos ante tribunales y juzgados estatales ni ejercitando normas ajenas sin arraigo local, como la extensa normatividad de los códigos penales y de policía, ni mucho menos practicando las viejas modalidades de la sanción penal. Las justicias comunitarias responden a “coaliciones y asociaciones centradas en el cuidado, celebración y producción de la vida, heterogéneas y diversas” (Gutiérrez, 2017, p. 120). Por ello, comités de conciliación y convivencia, conciliadores en equidad o tribunales indígenas (algunas de las formas de justicia comunitaria presentes en el territorio colombiano) pueden entenderse como prácticas de producción y reproducción de lo común.

Las autoridades comunitarias de justicia, aquellas encargadas por la misma comunidad de la gestión de sus conflictos, ocupan un lugar preponderante en el mismo y tienen un peso funcional superior sobre las dinámicas del campo. El peso funcional de la comunidad también es primordial, en tanto legitima el poder de los primeros (Dussel, 2006). Los agentes estatales ocupan una posición tangencial y su peso está determinado por las circunstancias, aunque tiende a ser menor. Estos últimos arrastran las barreras del acceso a la justicia que históricamente han afectado a la administración de justicia del Estado colombiano: centralismo, por ubicarse en los espacios urbanos y desdeñar los espacios rurales; lenguaje oscuro, por manejar normas lingüísticas propias del derecho, pero ajenas a las comunidades; lógica oferta-demanda, por concebir que la comunidad debe dirigirse hacia los tribunales para la gestión de sus conflictos, en lugar de que estos se pongan al servicio de las comunidades.

Los escenarios de colaboración o coordinación que se exponen a continuación pueden ser vistos en su potencialidad a través de un marco comprensivo que Sara Araujo ha llamado *ecología de justicias*. Así como la ecología de saberes expande el horizonte reconocido de formas de conocimiento, la ecología de justicias lo expande en lo concerniente a las formas de decir y hacer la justicia, con ella se busca proponer un escenario donde converjan formas de la justicia, más allá de los lugares hegemónicos. Esta propuesta nos permite “estudiar, analizar, comparar e imaginar diálogos entre distintas instancias de resolución de conflictos, subvirtiendo la jerarquía impuesta por el derecho moderno” (Araújo, 2014, p. 25), que ubica a la justicia estatal como hegemónica. Así, puede explorarse la pluralidad interna del derecho, identificar divergencias, establecer interacciones y diálogos horizontales entre formas jurídicas estatales, comunitarias e híbridas, y espectros jurídicos transicionales. Esto nos llevaría a una expansión simbólica y material del acceso a la justicia al poder subvertir la hegemónica tradición jerarquizada del derecho estatal (Araújo, 2014, p. 88).

## **2. Experiencias de coordinación entre modelos de justicia transicional y formas de justicias comunitarias**

La eficacia de un sistema transicional de justicia depende de si logra contribuir a la reconciliación y la paz, sin descuidar la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas. Eso no se logra solamente con la implementación de un tribunal de justicia que juzga los crímenes más graves cometidos durante el conflicto, demanda esfuerzos complementarios entre instancias judiciales, comisiones de verdad, programas de reparación a víctimas y mecanismos alternativos de justicia. Un claro ejemplo de ello fue la implementación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en Bosnia y Herzegovina. Para Stahn (2005), las limitadas capacidades del tribunal para contribuir al proceso de reconciliación local hicieron necesaria la apuesta por una comisión de la verdad con roles complementarios y diferentes, que aportara a la construcción de paz a través del esclarecimiento de los hechos constitutivos del conflicto (p. 118). La solución puede estar en nuevas formas de convergencia, sin perjuicio de las tensiones existentes, entre los modelos rurales o comunales, la oferta estatal y las estrategias articuladas de la justicia transicional. En lo que sigue, se detallan algunas experiencias locales de justicia y resaltan sus potencialidades, carencias y convergencias o áreas de contacto con los marcos transicionales.

## 2.1. Tribunales Gacaca

A finales del siglo xx se implementó un modelo complejo de justicia transicional para investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos con ocasión del genocidio ruandés. Dicho modelo estaba compuesto por tres capas integradas. En primer lugar, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tendría competencia para juzgar a los principales responsables del genocidio. En segundo lugar, juzgados convencionales nacionales investigarían y juzgarían a quienes lideraron el genocidio, cometieron actos de tortura y actos de violencia sexual. En último lugar, los tribunales *Gacaca* juzgarían a los responsables de homicidios, daños corporales serios y crímenes contra la propiedad, que constituían la mayoría de los enjuiciados (Stahn, 2005, pp. 120-121).

El atasco judicial posterior al genocidio fue lo que motivó la creación de los Tribunales *Gacaca* [*justicia sobre la hierba*]. Aproximadamente 130000 personas se encontraban privadas de la libertad, acusadas de participar en el genocidio y esperaban ser juzgadas en cárceles diseñadas para albergar tan solo a 12000 reclusos. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, instituido para juzgar a los principales responsables de los crímenes cometidos con ocasión del genocidio, no contaba con la capacidad para atender tal número de casos. Por ello, se optó por la formalización de los Tribunales *Gacaca*, integrándolos al proceso transicional de justicia. Estos estaban conformados por dos niveles jurisdiccionales, denominados célula y sector. Cada uno de estos estaba compuesto por una asamblea general, nueve jueces elegidos conforme a su integridad y un comité de coordinación. En concreto, fueron formas de justicia vecinal que pasaron de “solucionar problemas relativos a la buena vecindad a conocer las cuestiones relacionadas con el genocidio” (Iglesias, 2020, p. 171).

Sin embargo, estos tribunales no están libres de cuestionamientos. Human Rights Watch (HRW), en su informe anual de 2002 (citado en Coello, 2002), afirmó: “[el] innovador sistema ofrece la única esperanza de juicio en un futuro inmediato para las decenas de miles de personas que en la actualidad viven en condiciones inhumanas en prisiones y calabozos locales”, y concluyó que tales tribunales permitieron graves violaciones al debido proceso y a un juicio justo por restricciones a los derechos del acusado(a) a una defensa eficaz, a la contradicción y a ser juzgado(a) por jueces imparciales. Sin embargo, HRW (2011) también destaca como logros del sistema los juicios rápidos con participación popular, la reducción del hacinamiento carcelario, el aporte a la verdad sobre los hechos y la búsqueda de los desaparecidos a partir de la información suministrada por los acusados.

## **2.2. Tribunales de paz comunitarios en Guatemala**

Otro escenario de convergencia han sido los tribunales comunitarios en Guatemala. Estos formaron parte del proceso de implementación del Estado de Derecho en dicho país, producto del Acuerdo de Paz de 1996. Durante el conflicto armado guatemalteco (1960-1996), los pueblos indígenas sufrieron la agresión cultural y la intromisión militar que menoscabó sus formas de organización interna y sistemas de resolución de conflictos. En atención a ello, el Acuerdo de Paz suscitó reformas legislativas para reconocer el derecho maya y consuetudinario para la resolución de conflictos jurídicos. En el marco de estas iniciativas legislativas, se crean los tribunales o juzgados de paz comunitarios (Decreto 79 de 1997, Congreso de la República de Guatemala). A estos se les atribuyó competencia penal sobre un conjunto de delitos de acción privada y de acción pública dependiente de instancia particular, y los candidatos a fungir como jueces debían ser personas de reconocida honorabilidad, arraigo y poder comunitarios, que dominaran la lengua predominante en la región y el español (Ramírez et al., 2000, pp. 88-89). Su implementación contribuyó a fortalecer el Estado de Derecho y el acceso a la justicia en las regiones rurales de Guatemala; tales tribunales desempeñaron funciones de policía, fiscalía, ministerio público y juzgado. Sin embargo, terminaron menoscabando la identidad social y cultural de los pueblos indígenas de los municipios donde se instauraron, pues dieron preponderancia a la aplicación de la legislación nacional para la resolución de conflictos por sobre las normas, instituciones y autoridades indígenas y comunitarias. Esto terminó atentando contra, y no salvaguardando, las culturas indígenas (Ramírez et al., 2000, pp. 97-100).

## **2.3. Antecedentes de diálogos interjurisdiccionales en Colombia**

Los procesos transicionales, al centrarse en el juzgamiento de aquellas conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado que se busca superar, descuidan o se encuentran imposibilitados categóricamente para gestionar los delitos comunes y la conflictividad social. Paradójicamente, la gestión de estos últimos tiene la potencialidad de boicotear los objetivos de reconciliación planteados por la justicia transicional. Esta hipótesis la refrendan las lecciones guatemaltecas, vistas desde la perspectiva “invertida” de Angelina Snodgrass Godoy (2005), y las propias experiencias colombianas de justicia transicional. Es decir, así como es importante investigar, juzgar y sancionar a los responsables de ordenar, llevar a cabo u ocultar los peores delitos contra los derechos humanos en el marco del conflicto armado, es fundamental que las experiencias de violencia común y política, los contextos socioculturales donde surgen los delitos,

y las percepciones y expectativas que la ciudadanía pueda tener sobre ella sean tenidas en cuenta por los sistemas de justicia transicional (Snodgrass, 2005).

Las experiencias ruandesa y guatemalteca guardan similitudes con el conflicto armado colombiano y algunos elementos de sus respectivos procesos transicionales pueden extrapolarse al nuestro. En su trabajo sobre posibles mecanismos de justicia transicional a escala local para el caso colombiano, Felipe Campo (2016) intuía posibilidades de configuración transicional desde lo local, a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales, basados en prácticas, tradiciones y normas locales, que impartieran sanciones a excombatientes y estuvieran dirigidos a edificar escenarios de reconciliación y reintegración (p. 21). Sin embargo, el derrotero seguido por el SIVJRNR, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2017 y la Ley 1957 de 2019, Estatutaria de la JEP, es distinto. Por un lado, como ya se señaló, la JEP tiene unas competencias material, temporal y personal determinadas; por otro, el andamiaje normativo que sostiene el proceso transicional con las FARC-EP no contempla la creación de tribunales comunitarios para el juzgamiento de excombatientes. En lo que sigue, se esbozarán los pormenores que permiten demostrar que las contradicciones expuestas en la parte inicial de este capítulo tienen salidas plausibles y oportunas.

Aun cuando los objetivos expuestos por Campo (2016) en su trabajo sobre los tribunales comunitarios en el postconflicto colombiano se asemejan a los aquí defendidos, su hipótesis dista de la nuestra. Su planteamiento alude a involucrar a la población en los procesos y mecanismos de justicia transicional y a su apropiación por la comunidad. Por otro lado, nuestra hipótesis sostiene que la ecología entre la justicia transicional y las expresiones de justicias comunitarias, en escenarios locales, regionales y nacionales, posibilita la satisfacción de las necesidades de justicia de las víctimas, la construcción de relatos profundos y la implementación de espacios de reconciliación que vayan más allá de los mandatos legales establecidos para los componentes transicionales logrados en los Acuerdos de La Habana. Se plantea así con la intención explícita de subvertir las lógicas de poder, siguiendo lo planteado por Sara Araujo (2014) en *ecologías de las justicias*.

Lo común, aunque suene a perogrullada, es que las justicias comunitarias surjan dentro de una comunidad ante la necesidad de tramitar sus conflictos vecinales y familiares. Lo que no es habitual es que las justicias comunitarias respondan a procesos transicionales de paz. Aquellas suelen precederlos, existen fuera de los marcos de estos últimos, habitan los espacios en donde se desarrollan los conflictos armados y surgen como respuesta a necesidades concretas constituidas por los conflictos directos. Sin embargo, las líneas centrales de este escrito sostienen que es

plausible que converjan, se atraviesen e interactúen positivamente en lo micro (la conflictividad comunitaria, los conflictos directos) y en lo macro (el juzgamiento de los crímenes atroces en el marco de un conflicto armado).

No es la primera vez que en el país se intentan estrategias territoriales de acceso a la justicia. Las Jornadas Móviles de Justicia, los Sistemas Locales de Justicia o los Modelos de Justicia Local y Rural son estrategias de articulación y coordinación entre formas estatales y comunitarias de justicia. Sin embargo, estas solo han mejorado la comunicación entre autoridades sociales y legales, pero no han resuelto el asunto de las competencias jurídicas excluyentes que impone la supremacía de lo estatal sobre lo comunitario. Quizá la Jurisdicción Especial Indígena y la conciliación en equidad son las únicas formas de justicia comunitaria con competencias jurídicas autónomas en el campo de la administración de justicia en Colombia.

### **3. Diálogos y complementariedades entre la JEP y las justicias comunitarias**

Expuestas las categorías anteriores, es menester retomar las contradicciones —en el mejor de los casos— o imposibilidades —en el peor de ellos— inmersas en la justicia transicional colombiana. La JEP integra el SIVJRNR y es la entidad encargada de administrar justicia de forma exclusiva sobre aquellas conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, especialmente aquellas consideradas como graves infracciones al derecho internacional humanitario o graves violaciones de derechos humanos, ocurridas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016 (Acto Legislativo 01 de 2017). La Ley Estatutaria de Administración de Justicia de la JEP, Ley 1957 de 2019, establece en su artículo 2 los objetivos de esta:

satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno.

Para el logro de sus objetivos, y en el marco de su competencia, la JEP investiga a partir de una estrategia de *macrocasos* e impone sanciones a los máximos responsables de la comisión de los crímenes más graves y representativos del conflicto armado en tres modalidades: propias, alternativas y ordinarias, y reserva un espacio de participación a las comunidades en su rol de víctimas.

A pesar de los límites propios de la JEP debido a su competencia material (conductas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno), temporal (antes del 1° de diciembre de 2016) y personal (exmiembros de las FARC-EP, la Fuerza Pública y, de manera voluntaria, civiles no integrantes de la Fuerza Pública), existen escenarios para la coordinación entre esta y las justicias comunitarias. Algunos de estos escenarios son las sanciones propias, el diálogo intercultural y la participación de autoridades comunitarias de justicia en algunos de los macrocasos, como se verá más adelante. Por ahora, es oportuno señalar que las *sanciones propias* incluyen un conjunto de trabajos, obras y actividades con contenido restaurador-reparador (TOAR) delineados en la Ley Estatutaria de la JEP: programas de reparación efectiva para los campesinos desplazados, protección medioambiental de zonas de reserva, construcción y reparación de infraestructuras, eliminación de residuos, mejora de la electrificación y conectividad en comunicaciones de las zonas agrícolas, sustitución de cultivos de uso lícito, recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos de uso ilícito, construcción y mejora de las infraestructuras viales y alfabetización y capacitación en diferentes temas escolares, entre otros (artículo 141 de la Ley 1957 de 2019). La determinación de sanciones propias representa un espacio vital para la coordinación entre la JEP y las autoridades comunitarias de justicia de diferentes territorios, en tanto estas últimas conocen de mejor manera las problemáticas vividas por las comunidades en las regiones más afectadas por el conflicto.

La adopción de la territorialidad como anclaje de la paz en el Acuerdo de Paz, asevera Espinosa (2016), conlleva un conjunto de transiciones territoriales desde formas armadas de *control del territorio* hacia escenarios de *autonomías territoriales*, donde las justicias comunitarias desempeñen un rol esencial. El modelo transicional del Acuerdo de Paz incorporó la *territorialidad* en la definición de los *macrocasos* y en los protocolos de colaboración y coordinación interjurisdiccional con formas de justicia comunitaria. Ejemplo de ello es el *caso 02*, que prioriza la grave situación de violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al DIH que afectan principalmente a pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianos, campesinos, mujeres y personas LGBTI de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño), asociadas a conductas cometidas por miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública, entre 1990 y 2016 (JEP, 2018a). Este *macrocaso* abarca, al menos, 3000 hechos victimizantes ocurridos en un territorio de 527743 hectáreas, perteneciente en su mayoría (78 %) a pueblos indígenas y afrodescendientes, ubicado al suroccidente del país.

Fruto del diálogo intercultural entre la JEP y las autoridades de pueblos indígenas, afrocolombianos y comunidades campesinas, se ha transformado la dimensión jurídica de víctima e interviniente en el proceso transicional. En 2019, la Unidad del Pueblo Awá – Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá (UNIPA) solicitó a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) la acreditación del *Katsa Su* —gran territorio awá— y los 32 cabildos indígenas como víctimas del conflicto armado interno (SRVR-079, 2019). Su acreditación como víctimas y consecuente participación como intervinientes especiales les otorga los derechos a participar activamente en el proceso, aportar pruebas, participar en las versiones voluntarias y audiencias públicas de reconocimiento, recibir asesoría, orientación y representación judicial, y presentar observaciones sobre los proyectos restaurativos presentados por el/la compareciente (SRVR-079, 2019). Lo mismo sucede con la asimilación por parte de la SRVR de la concepción territorial del pueblo indígena siapidaara según la cual el territorio y las comunidades que lo habitan son inescindibles; en consecuencia, el reconocimiento como víctima del EPERARA EUJA territorio-mundo del pueblo eperara siapidaara, y de los resguardos asociados, debe ser integral (SRVR-094, 2020).

Tal acreditación como víctima colectiva también fue otorgada a la *Organización I\** (información reservada en el Auto SRVBIT-158/2020), en representación de un pueblo afrocolombiano y su territorio colectivo, y asociaciones de campesinos y campesinas de Tumaco y Ricaurte, para quienes la SRVR sostiene que su acreditación como víctimas colectivas:

responde a la necesidad de avanzar en la contribución práctica del enfoque territorial; en la singularidad de las afectaciones del campesinado en este territorio; en la integridad, especificidad y unidad de la población campesina como individuo y colectividad victimizada en el marco del conflicto armado, y en el reconocimiento de la misma trayectoria de relación con el territorio, de trabajo organizativo y político (SRVR-067, 2019, p. 4).

En el *macrocaso 05* (Auto 078/2018), que prioriza la situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca, los diálogos interjurisdiccionales permitieron la acreditación como intervinientes especiales en calidad de víctimas de cabildos y resguardos representados por el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca Cxhab Wala Kiwe (ACIN), la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (ACIN),

la Asociación de Consejos Comunitarios del norte del Cauca (ACONC) y la Organización Regional Indígena Valle del Cauca (ORIVAC). Además, producto de la coordinación interjurisdiccional JEP-JEI se produjo la exclusión del señor Leyder Noscué Bototo, compareciente de las FARC-EP ante la JEP, del sistema transicional (Auto 264, 2019). Durante audiencia de coordinación interjurisdiccional en el municipio de Corinto, Cauca, las Autoridades Indígenas Tradicionales manifestaron que, en el ejercicio de su sistema normativo:

han iniciado procesos y ordenado la captura en contra del señor NOSCUÉ BOTOTO por las desarmonías territoriales y comunitarias que su actuar delictivo ha provocado. Estas desarmonías se concretan en (a) comandar grupos armados de disidencias de las FARC, específicamente las columnas “Dagoberto Ramos” y “Jaime Martínez”, (b) ordenar amenazas, asesinatos y ataques contra miembros de la Guardia Indígena, Autoridades Tradicionales Indígenas y comuneros, y (c) entrar en combate con otros grupos armados dentro de los territorios ancestrales (SRVR, 2019).

La SRVR encontró probado que el incidentado incumplió gravemente los compromisos adquiridos en el marco del Acuerdo Final Paz: dejación de armas, no comisión de nuevos delitos y no repetición (SRVR-264, 2019). La exclusión de esta jurisdicción implicó la reactivación de las órdenes de captura emitidas en contra del señor Noscué Bototo y la pérdida de los beneficios y garantías otorgados en virtud del marco normativo del SIVJNR.

El *macrocaso 04*, que prioriza la situación territorial de la región de Urabá (Auto 040, 2018), nos permite ver que, gracias a la coordinación interjurisdiccional, se han acreditado como víctimas “20 Consejos Comunitarios, 3 organizaciones de comunidades negras, 1 sindicato, 3 organizaciones campesinas, 19 comunidades con pertenencia étnica negra y 71 comunidades indígenas comprendidas en 69 territorios ancestrales y 4 pueblos: embera (dobida, eyabida, katio), wounaan, sinú y guna dule” (JEP, 2018c). Aquí, el diálogo intercultural permitió la elaboración de rutas de coordinación interjurisdiccional para los departamentos de Antioquia y Chocó, y de diálogo intercultural y coordinación de la JEP con las autoridades étnico-territoriales del pueblo afrocolombiano del Urabá, el Bajo Atrato y el Darién. Tales rutas se activan en aquellos escenarios en que se identifique a un presunto(a) responsable o compareciente que pertenezca a los municipios ubicados dentro del marco territorial de este caso.

Para el caso específico de Antioquia, la instancia de representación de autoridades indígenas se conforma atendiendo a los municipios involucrados: el gobernador y el secretario de los cabildos mayores para los municipios de Turbo, Apartadó, Chigorodó y Mutatá; el gobernador y el secretario local para el municipio de Carepa; 5 integrantes del Cabildo Mayor para el municipio de Dabeiba. En aquellos casos donde se investigue violencia sexual contra mujeres, niñas o niños, la instancia estará conformada por las consejerías de Mujer, Género y Familia de la Organización Indígena de Antioquia y las mujeres, sabias, jaibanás y lideresas mayores que hagan parte de los cabildos mayores de los municipios donde haya víctimas (SRVR-04/00-151, 2020).

En caso de que los municipios involucrados correspondan a Chocó, la instancia de representación interjurisdiccional estará conformada por dos representantes de cada uno de los cabildos mayores de la zona del Bajo Atrato (CAMIZBA), de Urabá-Jiguamiandó (CAMERUJ), y del Darién chocono (CAMIDACH); el Saila Guna Dule y el gobernador(a) Senú; representantes de las Asociaciones Wounaán del Darién Chocoano (ASOWANDACH), Asocaidad y Asotecad de Carmen del Darién; representantes zonales de la Asociación Regional Asorewa y de las asociaciones Woundeco y Gobierno Ancestral, y representantes de la ONIC. Cuando se investiguen casos de violencia sexual contra mujeres, niños o niñas, la instancia estará conformada por las consejerías de mujeres de las organizaciones o asociaciones regionales, los gobernadores(as) mayores de las asociaciones zonales de los municipios involucrados y las coordinadoras de mujeres a nivel zonal (SRVR-04/00-151, 2020).

La coordinación interjurisdiccional ejemplificada en los apartados referidos a los casos 02, 04 y 05 es posible por la implementación de los enfoques étnico-racial y territorial incorporados en el Acuerdo Final de Paz, desarrollados en el Protocolo 001 de 2019, adoptado por la Comisión Étnica de la JEP, de Diálogo Intercultural y de Coordinación Interjurisdiccional entre la JEP y la JEI. La Comisión Étnica de la JEP adoptó este protocolo el 5 de junio de 2019 para promover la implementación efectiva de los enfoques étnico-racial, territorial y de género, y lograr un “ejercicio de diálogo horizontal entre autoridades judiciales, para generar el mutuo entendimiento y apoyo en lo que requiera la jurisdicción que corresponda, respetando la independencia y autonomía judicial” (JEP, 2019, p. 13). Las rutas construidas a partir del protocolo para la articulación y coordinación entre la JEP y las formas de justicia comunitaria propias de los pueblos indígenas, pueblos y comunidades negras y afrodescendientes, como demuestran los ejemplos anteriores, comprenden la comunicación intercultural e interjurisdiccional, mediada por intérpretes y traductores interculturales y desarrollada en los territorios étnicos; la concertación de

acciones entre jurisdicciones, el acompañamiento de las autoridades étnicas en los procesos en cada una de sus etapas, y el reconocimiento de los territorios étnicos y los pueblos y comunidades que lo habitan como víctimas en el marco del conflicto (Vargas & Galindo, 2020).

En el caso de las comunidades campesinas, establecer las formas de articulación y coordinación con la JEP requiere más prudencia pues los espacios de producción de derecho campesino, o las *territorialidades jurídicas*, concepto elaborado por Nicolás Espinosa (2006) para referirse a espacios de interrelación entre formas de justicia estatales, campesinas o étnicas, no constituyen instancias jurídicas de interlocución con la misma prevalencia y legitimidad ante el ordenamiento jurídico estatal, como la JEI y los consejos comunitarios afro. En principio, es menester que la participación de las víctimas campesinas se rija por los mismos principios —voluntariedad, gratuidad, participación colectiva y acción sin daño— y goce de las mismas garantías que gozan los pueblos étnicos: *garantías de acceso*, presentación de informes colectivos, participación en la priorización y selección de casos, y acreditación colectiva como víctimas; *garantías sustanciales*, mecanismos de representación judicial y medidas de asistencia, orientación, acompañamiento psicosocial, protección y seguridad; *garantías procesales*, interposición de recursos de reposición y apelación, notificación de las decisiones, participación en las audiencias, entre otras, y *garantías probatorias*, facultades para aportar elementos materiales probatorios y solicitud de práctica de pruebas (Vargas & Galindo, 2020). Por otro lado, es imperativo expandir la esfera de interlocución de las justicias comunitarias no étnicas en el campo del derecho estatal colombiano. Aunque esta discusión va más allá de las competencias legales y constitucionales de la JEP y de las pretensiones de este trabajo.

## Conclusiones

Diversas experiencias internacionales demuestran que en determinados espacio-tiempos transicionales es viable la coordinación de tribunales de justicia transicional con mecanismos de justicia comunitaria para lograr mejores resultados durante la investigación y sanción de los delitos y las violaciones de derechos humanos más graves ocurridas con ocasión de un conflicto armado. La JEP, desde su marco normativo, pretende implementar acciones judiciales para establecer la responsabilidad individual por los crímenes cometidos, iniciativas de búsqueda de la verdad y construcción de la memoria histórica y de reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos. Una de estas direcciones conduce a la coordinación con formas comunitarias de administración de justicia y gestión pacífica de conflictos.

Por ello se elaboró el *Lineamiento 02 de 2019 adoptado por la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz para implementar la coordinación, articulación y diálogo intercultural con el pueblo Rrom (gitano)*. Por ello se abrió el *macrocaso 09*, para investigar los *crímenes cometidos en contra de pueblos y territorios étnicos*, bien sea por las FARC-EP contra la autodeterminación y la existencia física, cultural y espiritual de los pueblos y territorios étnicos en ejercicio del control social y territorial, bien por integrantes de la Fuerza Pública u otros agentes del Estado, o en convivencia con terceros civiles o paramilitares, dirigidas a la privación de derechos fundamentales individuales, colectivos y territoriales de los pueblos y territorios étnicos en ejercicio del control territorial y la radicalización de la lucha contrainsurgente o bien por la Fuerza Pública y las FARC-EP contra la integridad física, cultural, espiritual y territorial de los pueblos y territorios étnicos en el marco de las hostilidades (Auto 105, 2022). Por ello, el *Protocolo para la coordinación, articulación interjurisdiccional y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz* incluye una ruta para resolver conflictos de competencias jurisdiccionales ante la Corte Constitucional.

El camino, sin embargo, no ha terminado de andarse. El involucramiento de la justicia comunitaria en la aplicación de sanciones propias, en el diálogo intercultural y en la coordinación interjurisdiccional para la participación de autoridades comunitarias de justicia en las etapas procesales de los macrocasos debe seguir produciéndose. El *Protocolo para el relacionamiento entre la Jurisdicción Especial para la Paz y los pueblos negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros* no incluye una ruta de resolución de conflictos de competencias porque la propia justicia afro no tiene el mismo estatus jurídico que la JEI, lo que representa un límite de subordinación entre estas dos formas de justicia.

En materia específica de sanciones propias y TOAR, es menester que la JEP protocolice rutas de participación vinculante de las víctimas, las comunidades y las autoridades étnicas de pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, Rrom y campesinas en la definición de los proyectos de sanciones. Hasta ahora, no se cuenta con una ruta determinada que garantice la participación efectiva de las víctimas.

Así mismo, el diálogo intercultural debe maximizar, dentro de los marcos constitucionales y legales, la participación de las autoridades étnicas y posibilitar escenarios viables para el involucramiento de autoridades de justicia no étnicas, como las campesinas. Aquí la ampliación de la participación de autoridades de justicia comunitaria debería estar dirigida a incluir la toma de decisiones a las autoridades de justicia comunal, bien sea como intervinientes colectivos en calidad

de víctimas o como representantes para la definición de proyectos con contenido reparador-restaurador. Esto permitirá que la ampliación contemplada por la SRVR del paradigma de ‘víctima’ hacia asociaciones campesinas no sea solo un reconocimiento formal.

Los límites estructurales y las fronteras excluyentes del campo jurídico estatal también atraviesan a la JEP. Su estructura burocrática, la tecnicidad del lenguaje jurídico, las formas, lugares y prácticas cotidianas de quienes integran el aparato judicial transicional es similar a las del aparato judicial ordinario. La distancia que separa a las comunidades de la “Justicia” sigue siendo abismal, a pesar de los esfuerzos de la JEP por entender otras cosmovisiones, epistemologías y formas de saber. El reto por construir una paz eficaz en los territorios pasa por continuar ampliando las estrategias de coordinación interjurisdiccional y rutas entre justicias —campesinas, étnicas, comunitarias y estatales— para la resolución de conflictos comunitarios al margen de los delitos atendidos por el sistema transicional. Estas formas de articulación entre justicias deben converger hacia modelos territoriales de atención pacífica de los conflictos comunitarios, cuyo devenir satisfaga las necesidades de justicia locales y excluya el uso de la violencia directa como forma de resolver los problemas entre vecinos y comunidades.

## Referencias

- Ambos, K., Ezequiel M., & Gisela E. (Eds.). (2009). *Justicia en transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Fundación Konrad-Adenauer.
- Aragón, O., (2018). Traducción intercultural y ecología de saberes jurídicos en la experiencia de Cherán, México. En M. P. Meneses, K. A. Bidaseca (Coords.), *Epistemologías del sur* (pp. 367-384). Clacso.
- Arango, R. (2008). *Derechos humanos como límite a la democracia: Análisis de la ley de justicia y paz*. Grupo Editorial Norma.
- Araújo, S. (2014). *Ecologia de justiça a Sul e a Norte. Cartografias comparadas das justiça comunitárias em Maputo e Lisboa*. (Tesis de doctorado, Universidade de Coimbra).
- Ardila, É. (2010). Justicia comunitaria y sociedad nacional. *Revista Cuarto Intermedio*, (93-94), 80-104.
- Coello, I. (2002). Justicia popular en Ruanda. *Papeles*, (80), 105-114. <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cd2/archives/cip0005.dir/cip0005.pdf>

- Duggan, C., (2005). *Prólogo*. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. vii-xii). Ediciones Uniandes – International Development Research Centre.
- Dussel, E., (2006). *20 tesis de política*. Siglo XXI Editores – Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe.
- Espinosa Menéndez, N. (2006). Violencia y vida campesina: reconstrucción etnográfica de la violencia de la vida diaria en zonas rurales de la Sierra de la Macarena. *Revista Colombiana de Sociología*, (27), 151-168. <https://www.redalyc.org/pdf/5515/551556292007.pdf>
- Espinosa Menéndez, N. (2016). Del control (los castigos insurgentes) a la autonomía (las sanciones comunitarias). Elementos para la transición de la Justicia Local en La Sierra de La Macarena. *El Ágora USB*, 16(2), 259-678. <https://doi.org/10.21500/16578031.2451>
- Gutiérrez, R. (2017). *Horizontes comunitario-populares. Producción de lo común más allá de las políticas estado-céntricas*. Traficantes de Sueños. [https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Horizontes%20comunitario-populares\\_Traficantes%20de%20Sue%C3%B1os.pdf](https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Horizontes%20comunitario-populares_Traficantes%20de%20Sue%C3%B1os.pdf)
- Iglesias Vásquez, M. (2020). África y la justicia internacional: una agitada relación. *Deusto Journal of Human Rights*, (6), 153-177. <https://doi.org/10.18543/djhr.1910>
- Marín Ortiz, I., (2009) *Los retos de la justicia transicional en Colombia. Percepciones, opiniones y experiencias 2008. Panorama cualitativo y cuantitativo nacional con énfasis en cuatro regiones: Antioquia, Valle del Cauca, Montes de María y Meta*. Fundación Social – Géminis.
- Montañez, G., & Delgado. O. (1998). Espacio, territorio y región: conceptos básicos para un proyecto nacional. *Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía*, 7(1-2), 120-134. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/rcg/article/view/70838/pdf>
- Proner, C., & Back, C., (2019). *Estudios sobre justicia comunitaria en América Latina: reflexiones críticas. Volumen 8*. Tirant lo Blanch. <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/attachments/article/214/Ebook%20Estudios%20sobre%20Justicia%20Comunitaria%20en%20America%20Latina.pdf>

- Ramírez, L., Solórzano, J., & Caxaj, M. (2000). Tribunales Comunitarios en Guatemala. *Pensamiento Jurídico*, (13). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39246>
- Snodgrass, A. (2005). Una perspectiva “invertida” de la justicia transicional: lecciones de Guatemala. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 283-313). Ediciones Uniandes – International Development Research Centre.
- Stahn, C., (2005). Geometría de la Justicia Transicional. En A. Rettberg (Ed.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional* (pp. 81-141). Ediciones Uniandes – International Development Research Centre.
- Uprimny, R., Saffón, M., Botero, C., & Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. Dejusticia.
- Valdivieso, A., (2012). La justicia transicional en Colombia. Los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política de Santos. *Revista Papel Político*, 17(2). [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-44092012000200009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-44092012000200009&script=sci_arttext)
- Vargas, J., & Galindo, J. (2020). *¿Cómo participan las víctimas ante la JEP?* Policy Brief 7-2020. Instituto Colombo-alemán para la Paz [Capaz]– Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano [CEDPAL]. <https://www.instituto-capaz.org/wp-content/uploads/2021/01/Policy-Brief-Azul-7-2020-Vargas-y-Galindo-Web.pdf>

## **Jurisprudencia nacional**

- Colombia, Congreso de la República. Acto Legislativo 01 (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 y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 50196. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30030428>
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1957 (2019). *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Diario Oficial No. 50.976. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1957\\_2019.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html)

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas. SRVR-067 (2019). *Auto SRVBIT-067 del 21 de octubre de 2019*. <https://www.jep.gov.co/Notificaciones/Estado%20No.%20045%20SRVR%20Auto%20SRVBIT-067%20de%2021%20de%20octubre%20de%202019.pdf>

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas. SRVR-079 (2019). *Auto SRVBIT – 079*. [https://www.coljuristas.org/observatorio\\_jep/documentos/sala\\_de\\_reconocimiento/20191112-Auto\\_SRVR-079\\_12-noviembre-2019.pdf](https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/sala_de_reconocimiento/20191112-Auto_SRVR-079_12-noviembre-2019.pdf)

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas. SRVR-264 (2019). *Auto No. 264 de 18 de diciembre de 2019*. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2307298/32376701/Auto+264.pdf/a1f3685b-f9eb-41e9-b111-9aa00a6a7760>

Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y las Conductas. SRVR-094 (2020). *Auto No. SRVBIT-094 del 10 de junio de 2020. Acreditar como víctimas en su calidad de sujeto colectivo de derechos al EPERARA EUJA territorio-mundo del Pueblo Eperara Siapidaara y a los resguardos representados por la Organización 7, en el marco del Caso 02*.

### **Documentos estatales e internacionales técnicos**

Acuerdos de La Habana (12 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. Versión final del Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Colombiano y la Guerrilla de las FARC-EP. [https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa\\_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0](https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2021). Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 121, 12 abril 2021 [Original: español]. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/compendiojusticiatransicional-es.pdf>

Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (2018a). *Caso 02: prioriza la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño)*. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP. <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/02.html>

Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (2018b). *Caso 05: prioriza situación territorial en la región del Norte de Cauca y el sur del Valle del Cauca*. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP. <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/05.html>

Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (2018c). *Caso 04: prioriza situación territorial de la región de Urabá*. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP. <https://www.jep.gov.co/especiales1/macrocasos/04.html>

Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (2019). *Protocolo 001 de 2019 adoptado por la Comisión Étnica de la Jurisdicción Especial para la Paz para la coordinación, articulación interjurisdiccional y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Especial para la Paz*. Comisión Étnica, JEP. <https://www.asocapitales.co/nueva/wp-content/uploads/2020/06/Protocolo-Coordinacion-Articulacion-Diologo-JEP-JEI-Para-Imprimir-1.pdf>

SRVR (2018). *Criterios y Metodología de priorización de casos y situaciones*. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, JEP. <https://www.jep.gov.co/Documents/CriteriosY-MetodologiaDePriorizacion.pdf>

UARIV (s.a). *Guía para conformación y funcionamiento de Comités Territoriales de Justicia Transicional. Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas*. Disponible en [https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/guia\\_para\\_conformacion\\_y\\_funcionamiento\\_de\\_comites.pdf](https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/guia_para_conformacion_y_funcionamiento_de_comites.pdf)

## Informes

CIDOP (s.a.). *Procesos de paz anteriores (FARC-EP y ELN)*. Barcelona Centre for International Affairs. [https://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier\\_proceso\\_de\\_paz\\_en\\_colombia/dossier\\_proceso\\_de\\_paz\\_en\\_colombia/procesos\\_de\\_paz\\_anteriores\\_farc\\_ep\\_y\\_eln](https://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier_proceso_de_paz_en_colombia/dossier_proceso_de_paz_en_colombia/procesos_de_paz_anteriores_farc_ep_y_eln)

- Centro de Investigación y Educación Popular / Programa para la Paz [CINEP/PPP] – Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos [CERAC]. (2022). *Sexto informe de verificación de la implementación del enfoque de género en el Acuerdo Final de Paz en Colombia*. Secretaría Técnica del Componente Internacional de Verificación CINEP/PPP-CERAC. <https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/932-sexto-informe-de-verificacion-de-la-implementacion-del-enfoque-de-genero-en-el-acuerdo-final-de-paz-en-colombia.html>
- Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación del Acuerdo Final, Centro de Pensamiento y Diálogo Político, y Gentes del Común, (2019). *La implementación del Acuerdo de Paz durante el gobierno de Iván Duque. Tendencia a la perfidia y simulación*. <https://cepdipo.org/portfolio/paz-simulada/#/?playlistId=0&videoId=0>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia [CSJ]. (2017). *Justicia y pueblos indígenas. Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos*. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/i.pdf>
- Human Rights Watch [HRW]. (2011). *Justice Compromised: The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*. 2011. <https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>
- Human Rights Watch [HRW]. (2021). *Líderes desprotegidos y comunidades indefensas. Asesinatos de defensores de derechos humanos en zonas remotas de Colombia*. <https://www.hrw.org/es/report/2021/02/10/lideres-desprotegidos-y-comunidades-indefensas/asesinatos-de-defensores-de>
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [Indepaz]. (2020). *Registro de líderes y personas defensoras de DD. HH. asesinadas desde la firma del acuerdo de paz. Del 24/11/2016 al 15/07/2020*. 15 de julio de 2020. <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2020/07/3.-Informe-Especial-Asesinato-lideres-sociales-Nov2016-Jul2020-Indepaz-2.pdf>
- Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [Indepaz]. (2021). *Cifras de la violencia en las regiones 2021. Entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2021*. <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2022/01/INFORME-FINAL-2021.pdf>

Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz [Indepaz]. (2022). *Masacres en Colombia durante el 2020, 2021 y 2022*. Observatorio de DDHH – Conflictividades y Paz – Indepaz. <https://indepaz.org.co/informe-de-masacres-en-colombia-durante-el-2020-2021/>

Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, (2021). *Cinco años de implementación del Acuerdo Final en Colombia: Logros, desafíos, y oportunidades para aumentar los niveles de implementación, diciembre 2016 - octubre 2021*. Notre Dame, IN and Bogotá, Colombia: matriz de acuerdos de paz/Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz/Escuela Keough de Asuntos Globales, 2021. <https://curate.nd.edu/downloads/6108v982w96>

Misión de Verificación de la ONU en Colombia (2021). *Informe S/2021/298*. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia. 26 de marzo de 2021. [https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/n2107112\\_informe\\_del\\_sg\\_sobre\\_colombia\\_esp\\_publicado.pdf](https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/n2107112_informe_del_sg_sobre_colombia_esp_publicado.pdf)

# La dimensión espiritual en materia de reparación en el marco del conflicto armado interno colombiano

La dimensión espiritual en materia de reparación en el marco del conflicto armado interno colombiano

A dimensão espiritual das reparações no âmbito do conflito armado interno colombiano

Valeria Isabel Trujillo Ospina\*

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2024

Fecha de aprobación: 10 de agosto de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14549>

**Para citar este artículo:** Trujillo Ospina, V. I. (2024). La dimensión espiritual en materia de reparación en el marco del conflicto armado interno colombiano. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-26. Doi <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14549>

El solo hecho de lograr una tímida sonrisa en la cara de una víctima signada por el dolor es suficiente incentivo.  
(Rousset, 2011, p. 78)

## Resumen

El presente ensayo aborda una propuesta a partir de la hermenéutica jurídica para explorar la dimensión espiritual como un elemento determinante en el proceso de reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno colombiano. Se plantean cuatro puntos: 1) aproximación al concepto de reparación integral en el ámbito nacional e internacional, con especial énfasis en la reparación a través de la indemnidad de la víctima y los estándares de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de las cortes locales; 2) acercamiento al contexto colombiano con énfasis en el conflicto y la multiculturalidad; 3) explicación de la espiritualidad como dimensión fundamental de la reparación, aunado al hecho que las prácticas sociales y religiosas desempeñan un papel determinante en el manejo

\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de la Especialización en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Becaria de la Pontificia Universidad Javeriana en la Universidad Pontificia Comillas en Madrid durante un semestre. Participante del curso Maritime and Coastal Legal and Policy Issues In South Florida de la Universidad de Miami en 2018. Actualmente me desempeño como abogada de Derecho Público en la Secretaría de Paz Territorial de la Gobernación del Valle del Cauca (Cali, Colombia).

del duelo y del perdón como elemento liberador y restaurador de la víctima, y 4) se retoma lo analizado para determinar la importancia de la dimensión espiritual en materia de reparación integral dentro del conflicto interno armado en Colombia.

**Palabras clave:** reparación; cosmovisión; dimensión espiritual; conflicto interno; justicia reparativa.

## **Abstract**

This essay proposes using legal hermeneutics to examine the spiritual dimension as a crucial element in the comprehensive reparation process for victims of Colombia's internal armed conflict. The essay covers four main points: 1) An overview of the concept of comprehensive reparation on national and international levels, including victim indemnity and criteria established by the Inter-American Human Rights System and local courts; 2) An analysis of the Colombian context, including multiculturalism, the spiritual dimension of people and communities, the internal armed conflict, modern presidential discourses, and the pursuit of peace and justice; 3) An exploration of spirituality as a fundamental dimension of reparation, with a focus on beliefs, worldviews, foundational myths, rituals, social and religious practices, and their role in managing grief and forgiveness as liberating and restorative elements for victims, and 4) The analysis is then considered to determine the importance of the spiritual dimension in comprehensive reparation within the internal armed conflict in Colombia.

**Keywords:** Repair; worldview; spiritual dimension; internal conflict; restorative justice.

## **Resumo**

Este ensaio aborda uma proposta baseada na hermenêutica jurídica com o objetivo de explorar a dimensão espiritual como elemento determinante no processo de reparação integral das vítimas do conflito armado interno da Colômbia. Quatro pontos são levantados: 1) abordagem do conceito de reparação integral no âmbito nacional e internacional, com ênfase especial na reparação por meio da indenização da vítima e nas normas da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como nas dos tribunais locais; 2) abordagem do contexto colombiano, com ênfase no conflito e no multiculturalismo; 3) explicação da espiritualidade como uma dimensão fundamental da reparação, juntamente com o fato de que as práticas sociais e religiosas desempenham um papel decisivo na gestão do luto e do perdão como um elemento libertador e restaurador para a vítima. Por fim, a análise é retomada para determinar a importância da dimensão espiritual em termos de reparação integral no conflito armado interno na Colômbia.

**Palavras-chave:** reparação; cosmovisão; dimensão espiritual; conflito interno; justiça restaurativa.

## Introducción

Colombia, desde la década de 1920, en un escenario que se agudizó con el llamado *Bogotazo* (9 de abril de 1948), ha experimentado persistentes estados de violencia que han escalado a lo que hoy denominamos conflicto armado interno (Grupo de Memoria Histórica, 2023). En este participan diferentes actores estatales, políticos y sociales. Las cicatrices que ha dejado se manifiestan de diversas formas que complican la reparación de las víctimas, debido a la diversidad étnica, social, religiosa y cultural que caracteriza esta situación. Podrían plantearse consideraciones de ámbito legal y material, inclusive historiográficas en los procesos de reparación; sin embargo, corto ha sido el camino recorrido por los estamentos ejecutivo y judicial en el proceso de reparación integral a las víctimas. Por ello se pretende explorar un campo descuidado en materia de reparación, el de la espiritualidad, pues solo desde el respeto a la diversidad y la otredad podrá lograrse un auténtico y efectivo resarcimiento en lo personal y colectivo.

Con base en lo anterior, es vital reconocer la dimensión espiritual como aquella condición que, desde el factor social y religioso, dota al individuo de un propósito de vida crucial para permitir el pleno desarrollo de la persona y es un factor esencial en la reparación de las víctimas, ya que las creencias de cada persona y cada pueblo emergen como un elemento influyente en la percepción de justicia y la efectividad de los mecanismos de reparación.

De tal modo, el objetivo del presente texto es proporcionar una visión holística al proceso de reparación integral de las víctimas en el marco del conflicto armado interno colombiano. Se partirá de los estándares nacionales e internacionales de reparación y, en un ejercicio deductivo, se abordarán algunas particularidades (mitos fundacionales, rituales, cosmovisión) del contexto colombiano para ofrecer una estrecha relación entre lo espiritual de la multiculturalidad y los procesos de reparación del país. Se hará uso del enfoque cualitativo para explorar a fondo los aspectos sociales, culturales y espirituales vinculados al conflicto; además, se llevará a cabo una revisión de la literatura con base en el análisis documental.

La pregunta que guía esta investigación es la siguiente: ¿cómo contribuye la espiritualidad en la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en Colombia? Este cuestionamiento plantea la necesidad de reparar de forma integral a las víctimas del conflicto armado interno colombiano, priorizando su espiritualidad y respetando su multiculturalidad y su cosmovisión, solo así se logrará una reparación total dentro del postconflicto.

# 1. Aspectos de la reparación integral de las víctimas en la jurisdicción nacional e internacional

## 1.1. Conceptos: reparación y reparación integral

La reparación es el proceso o conjunto de acciones destinadas a corregir, remediar o compensar algún daño, defecto o injusticia sufrida por algo o alguien. Implica restituir, en la medida de lo posible, la situación previa al daño, así como prevenir o mitigar futuros perjuicios (Gherzi, 1992). En materia de daños, esta tiene como finalidad dejar indemne a la víctima, es decir, lo que se busca es dejar a la persona que sufrió el daño en el punto más cercano posible a las condiciones que tenía antes de lo sucedido. Dicha tarea se facilita cuando se habla de elementos objetivos: el incumplimiento de un contrato o afectaciones netamente materiales y económicas. Sin embargo, en torno a la individualidad de la persona es difícil, en cuanto requiere la evaluación de aquellos efectos subjetivos que ocasionó el hecho dañoso en la persona. Es precisamente allí donde el desarrollo del derecho de daños ha dejado atrás la teoría de indemnizar por las condiciones y acciones del victimario para centrarse en la víctima y sus afectaciones (Corte Suprema de Justicia & Sala de Casación Civil, 2009; Weingarten et al., 2011).

El derecho es un instrumento de “paz y seguridad social” que debe evolucionar conforme a la realidad para la búsqueda de la justicia social. Según Pantoja Bravo (2015), el estudio de los daños ha evolucionado y brinda a los ciudadanos “mecanismos idóneos para poder acceder a la justicia” y es una rama del derecho que goza de notable evolución para adaptar las “circunstancias fácticas que plantea la vida de relación y conteniendo apropiadamente con éxito las nuevas formas de dañar” (p. 38).

El criterio de justicia señala que la víctima siempre debe ser indemnizada: “un derecho injusto no es derecho, o lo es solo desde el punto de vista formal y no material; así como una sentencia injusta no es sentencia” (Pantoja Bravo, 2015, p. 44). El principio del *alterum non laedere* —no causar daño— se constituye a partir del contexto fundante de reparación, su idea central es que ninguna persona sufra perjuicio alguno por el actuar de otra. De acuerdo con Gherzi, citado por Pantoja Bravo (2015), “la obligación de no dañar es el fundamento de la convivencia (...) se manifiesta en la protección de la integralidad del ser humano y en toda su plenitud (como esencia del ser) y en la preservación de sus bienes y servicios como signo vital de su existencia” (p. 46). De lo contrario le corresponde a la justicia, desde el punto de vista material y no formal, actuar en defensa de los derechos de las víctimas, así lo menciona Aída Kemelmajer (2001):

La seguridad jurídica consiste en que un derecho existente puede ser amparado por el Estado; si no hay amparo, no hay seguridad. Por lo tanto, reparar los desafíos a la violación de los derechos constitucionalmente amparados, como son la propiedad, la salud, la vida de las personas, es realizar, dar eficacia a los valores de seguridad y justicia (p. 673).

El concepto de *reparación integral del daño* apunta a que el resarcimiento ubique a la víctima en la situación en que estaría si el hecho dañoso no hubiera ocurrido o no se hubiera cometido “para lo cual habrá de procurar que la reparación cubra todos los detrimentos y menoscabos que, como consecuencia de tal hecho, se hayan producido en el sujeto pasivo” (Solarte, 2016, p. 16).

## **1.2. Reparación integral en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos**

El principio de reparación integral no es un elemento doctrinal, legal o jurisprudencial aislado en el derecho civil del Estado. Por el contrario, las diferentes necesidades en el ámbito internacional y el desarrollo del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos traen consigo el estudio de tales categorías jurídicas en pro de la defensa y protección de los derechos humanos. Por ello las medidas nacionales e internacionales avanzan con la finalidad de prevenir y *reparar* las violaciones de los derechos humanos. Es preciso indicar que solo se abordará el contexto interamericano, por ser el que muestra un mayor desarrollo en materia de reparación inmaterial de las víctimas.

La Convención Americana de Derechos Humanos [CADH] (1969) en su artículo 63.1 desarrolla el principio de reparación en materia de justicia interamericana de derechos humanos:

**Artículo 63. 1.** Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Tal es la entidad del artículo transcrito que se constituye con base en la obligación de reparar en el marco de las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); su jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que

la reparaci3n se constituye en aquellas medidas con las cuales se busca la desaparici3n de los efectos de las violaciones cometidas. As3, en naturaleza y monto, se realizan en torno al daño ocasionado material o moral e incluyen todas aquellas medidas posibles, a trav3s de las cuales un Estado parte, puede reparar la responsabilidad internacional en que incurre, sea por acci3n u omisi3n moral (Corte IDH, 1997, 2006a).

La jurisprudencia internacional, tanto de la Corte IDH, como de la Corte Europea de Derechos Humanos entre otros tribunales internacionales que se han constituido a lo largo y ancho del mundo, ha sido t3mida en materia de reparaci3n y su evoluci3n ha venido de menos a m3s (Acevedo, 2007). De manera reciente, la Corte IDH ha precisado que “la infracci3n de una obligaci3n internacional requiere, siempre que sea posible, una plena restituci3n (restituci3n *in integrum*) [reparaci3n integral], la cual consiste en el restablecimiento de la situaci3n anterior” (Corte IDH, 1989, p. 9) y puede incluir “compensaci3n, satisfacci3n y garant3a de no repetici3n” (Corte IDH, 1998, p. 15), traducci3n a determinados idiomas oficiales y no oficiales (Corte IDH, 2010).

En la actualidad, la jurisprudencia de la Corte IDH decanta los daños materiales que se limitan a las afectaciones econ3micas. Por otra parte, el daño inmaterial incluye las alteraciones de car3cter no pecuniario en las condiciones de existencia de las v3ctimas, cuyas modalidades de reparaci3n —medidas de satisfacci3n y garant3as de no repetici3n— agrupan obligaciones de investigaci3n, identificaci3n, juzgamiento y sanci3n de los responsables (Corte IDH, 2006b), b3squeda y sepultura de las v3ctimas desaparecidas (Corte IDH, 2007), actos p3blicos de reconocimiento de responsabilidad (Corte IDH, 2004), garant3a de no repetici3n dotando recursos para la memoria colectiva (Corte IDH, 2003), tratamientos f3sicos y psicol3gicos para las v3ctimas (Corte IDH, 2005), educaci3n en derechos humanos, programas de vivienda (Corte IDH, 2006b), de desarrollo como salud, educaci3n, producci3n o infraestructura (Corte IDH, 2004) y construcci3n de monumentos recordatorios (Corte IDH, 2001).

Seg3n lo anterior, la finalidad de la reparaci3n, conforme lo plantea la Corte IDH, adem3s de los criterios econ3micos, busca la manera m3s adecuada para resarcir el sufrimiento y alivianar la carga moral de las v3ctimas —3rdenes de reparaci3n como buscar los cuerpos y darles una debida sepultura—. Fomentar los tratamientos psicol3gicos y la educaci3n diferencial constituye una oportunidad para promover el respeto por las creencias de cada una de las v3ctimas y un camino por la reconciliaci3n y el perd3n.

El acto de reconocer el cad3ver o los restos de las v3ctimas y permitirles dar un adi3s conforme a sus creencias genera una sensaci3n de certidumbre respecto a la

muerte y sus condiciones, además de una percepción de paz y tranquilidad en las víctimas en torno al perdón, procesos determinantes para lograr condiciones mentales de tranquilidad y la *reparatio* como un trabajo incansable para borrar los efectos del hecho dañoso.

Se precisa que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos hace parte del *corpus iuris* interno colombiano a través de la doctrina del *control de convencionalidad*, en cuanto reviste de valor la dimensión democrática de los jueces y de la función pública:

la existencia de un régimen democrático no garantiza *per se*, el permanente respeto del derecho internacional (...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de derechos humanos (... que] constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la espera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en la cual también debe primar un control de convencionalidad (Corte IDH, 2011, p. 69).

En otras palabras, lo que defiende la Corte IDH es que su jurisprudencia debe constituirse en un límite al principio de las mayorías cuando de acciones que puedan legitimar la violación de derechos humanos se trate, además del deber institucional de los Estados en todos sus órganos del poder de adoptar medidas de reparación en cuanto a las alteraciones no pecuniarias de las condiciones de existencia de la víctima, que en Colombia debe incluir la multiculturalidad, individualidad y espiritualidad de las personas y los pueblos.

### **1.3. Reparación integral en el ordenamiento jurídico colombiano**

En líneas anteriores se intentó un acercamiento al concepto de reparación integral y al desarrollo que ha tenido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la finalidad de identificar los criterios particulares y orientadores que hacen del contexto colombiano único para el desarrollo de una justicia restaurativa. Además, se tomó la dirección en la cual las autoridades nacionales deben, en su dimensión democrática y legítima, adoptar las decisiones que garanticen el cumplimiento del bloque de constitucionalidad a través de sus respectivos controles.

Desde la constitución de 1991, el esquema de Estado social y democrático dota de una esencia individualista a los ciudadanos para que cada sujeto sea estudiado en su esfera personal. Así, el ejercicio de dejar indemnes a las víctimas debe hacerse desde el aspecto social, el contexto que ofrecen sus particularidades y las constantes

limitantes y condicionantes de los derechos, libertades e intereses de las personas en el marco del conflicto armado interno (Santofimio Gamboa, 2018).

La reparaci3n integral garantiza la no repetici3n, que lleva a brindar un goce del derecho a la verdad. Respecto a la reparaci3n, el Estado establece:

Las personas que hayan sido vctimas por hechos ocurridos antes del 1º de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparaci3n simb3lica y a las garantías de no repetici3n previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas (Congreso de la Rep3blica, 2011, art. 3).

Los relatos nos permiten comprender la situaci3n y el conflicto que se vive en Colombia. El prop3sito de estos es recordar estas situaciones de violencia y plantear soluciones para evitar la repetici3n. Por esto, el 9 de abril se celebra el día nacional de las vctimas del conflicto armado. Esta conmemoraci3n busca sensibilizar a la sociedad mediante actos simb3licos y la resignificaci3n de espacios para generar reconciliaci3n y reflexi3n.

En el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparaci3n y No Repetici3n (SIVJRNR) todos quienes hayan causado daños con ocasi3n del conflicto deben contribuir a repararlos. Esa contribuci3n a la reparaci3n ser3 tenida en cuenta para recibir cualquier tratamiento especial en materia de justicia (Gobierno de la Rep3blica de Colombia & FARC-EP, 2016, p. 124).

Las vctimas son personas de especial protecci3n que tienen el pleno derecho a ser reparadas. Para lograr el cumplimiento de este objetivo se debe abrir un espacio donde las vctimas puedan contar sus experiencias. Así mismo, el Estado debe garantizar la no repetici3n: «se debe entender este componente integral de la reparaci3n como un complemento a las indemnizaciones econ3micas, en el entendido de que estas últimas “no son suficientes ni *per se* dignificantes” en virtud de los contextos de los crímenes perpetrados» (Tribunal Superior del Distrito Judicial SP2006-80008, 2014, citado en Torres Murcia, 2021, p. 38).

La violaci3n de los derechos humanos en Colombia no solo est3 en cabeza del Estado sino tambi3n de grupos al margen de la ley y dem3s actores del conflicto, que requiere un estudio especial del principio de reparaci3n integral. Respecto a las vctimas, la Corte Constitucional (2002) ha precisado que el ejercicio de reparaci3n debe garantizar la verdad, la justicia y la reparaci3n como pilares del resarcimiento integral. De igual forma, la Corte Constitucional (2010) ha realizado un desarrollo del contexto internacional moderno para concluir que este principio debe incluir un componente individual y otro colectivo. El primero de ellos,

contentivo de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición; el segundo o colectivo propende por medidas para restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o pueblos afectados. Sobre el tema se fijaron, entre otras, reglas jurisprudenciales en cuanto al derecho de reparación y de reparación integral de las víctimas: sobre su alcance, naturaleza, modalidades y beneficiarios; las obligaciones de reparar por parte del Estado que incluyen los estándares internacionales de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, indemnización de perjuicios causados, además de aquellas medidas inmateriales, tendientes a reivindicar la memoria histórica de los pueblos, las víctimas y su dignidad, como base de la verdad, la justicia y la reparación (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

En este punto se resalta que los estándares adoptados en la sentencia citada *ut supra* son similares a los desarrollados en casos emblemáticos de violaciones de derechos humanos. Se resaltan, especialmente, aquellos desarrollados por la justicia contencioso-administrativa cuya corte de cierre, dentro de las políticas de paz, compiló aquellos casos emblemáticos que han sido fallados y explica, uno a uno, los elementos de reparación y restauración tenidos en cuenta en la parte resolutive en cuanto al precedente constitucional de los exámenes de constitucionalidad, debido a que se transcribió según se desarrolla por la misma Corte Constitucional de Colombia (1996; 2001) y por los doctrinantes del sistema de precedentes (López Medina, 2006), con lo que se indica que es criterio obligatorio de interpretación en las decisiones judiciales. De esta forma, carece de efectos prácticos analizar el precedente de las demás cortes de cierre por ser el transcrito el que se fija como criterio orientador en las decisiones judiciales que traten sobre reparación integral o justicia restaurativa.

## **2. Marco contextual del origen y la evolución del conflicto en Colombia**

### **2.1. Colombia multicultural y multiespiritual**

El proceso de colonización en América Latina trajo consigo el mestizaje a raíz del que se presentó un sincretismo entre las culturas aborígenas, europea y africana. De ahí la existencia de diferentes grupos que se identifican como mestizos (amerindios y blancos), mulatos (negros y blancos) y zambos (amerindios y negros), sin contar con otros grupos que llegaron con posterioridad como los árabes, judíos y gitanos. Este proceso de mestizaje hace que la sociedad colombiana esté influenciada por la calidad de su gente, ritmos musicales, comida, cosmovisión religiosa

y espiritual, que trae consigo diferentes concepciones desde lo moral y lo ético que llevaron a la coexistencia de diversos tipos de justicia.

Desde un punto de vista teológico, la legitimación del poder y la visión de lo justo están determinadas por textos sagrados como el Popol Vuh para los mayas, Zend Avesta para los zoroastrianos e incluso el Corán para el islam. En un acercamiento a la realidad colombiana, Andrés Pérez Velasco (2022) analiza la soberanía, el ejercicio del poder y la visión de lo justo en el marco del cristianismo y hace hincapié en el evangelio de san Juan (1, 1-18) donde “en el principio era el verbo y el verbo estaba con Dios, y el verbo era Dios”, como ejemplo de que el verbo de Dios contenido en la biblia, legitima el poder junto con el sentido de lo justo.

Debido a la esclavitud, los textos sagrados de los pueblos indígenas y afros fueron censurados o adaptados a la religión cristiana. En consecuencia, desaparecieron parte de las costumbres ancestrales, de tal forma que su espiritualidad no está reunida en un libro fundacional, sino en otro tipo de expresiones culturales y conocimientos inmateriales.

No obstante, los sacerdotes rechazan las acciones del conflicto, porque estos grupos practican formas de violencia y concluyen que la vida es sagrada e inviolable y hacen un llamado a la comunidad a la reconciliación y la paz. Algunos de estos hechos ocurrieron en el Chocó en la parroquia San Pablo Apóstol donde la comunidad buscó protección de los enfrentamientos. La imagen que se percibe es que “La iglesia católica en Colombia conserva tres imágenes de ella misma en los territorios: la de acompañante de comunidades, la de defensora de la dignidad humana y, finalmente, una intermediaria en procesos de paz y reconciliación” (Jiménez González, 2021, párr. 17).

Testimonios como el de Jiménez González (2021) sirven de evidencia respecto a la importancia del papel de la iglesia dentro de estas dinámicas sociales:

Yo vivo en el sector de La Macarena en el Meta y aquí hay un problema grande con relación a los campesinos y las disidencias. Tanto los campesinos como el Estado generalmente llaman a la iglesia como mediadora e intermediaria en los diálogos.

En el informe final de La Comisión de la Verdad mencionan las iniciativas de comunidades de fe y se hace énfasis en el caminar como una práctica cultural y de resistencia.

Este especial multimedia explora las experiencias e historias de la Peregrinación a la Memoria de los Mártires del Alto Ariari 2020. En sus contenidos se exploran los momentos más difíciles del

conflicto armado en El Castillo (Meta), la reconstrucción de algunos de los lugares, reflexiones y sentires vividos durante la peregrinación y, por último, la situación actual del municipio, sus luchas sociales, así como las tensiones y persistencias del conflicto (Comisión de la Verdad, 2022, párr. 1).

Otro hecho que evidencia los aportes de la espiritualidad en la reconciliación es el de indígenas y ex FARC en Dabeiba donde se realizaron cuatro actos que simbolizaban la protección del territorio, el compromiso de que “no se vuelva a repetir” y una ruta hacia la verdad, la visión de un futuro lejos de la guerra y un canto de sanación (Yarce, 2020).

## **2.2. Fin del conflicto y logro de la paz y la justicia social**

El conflicto armado colombiano, el sometimiento de los pueblos y la segregación de diferentes actores sociales en el campo son condiciones que se vienen presentando desde tiempos coloniales, que se han transformado en otros modelos de colonización como las multinacionales, los monopolios y el fenómeno del narcotráfico. El conflicto armado colombiano encuentra su génesis en dos elementos: el primero, relacionado con la redistribución de la tierra o el problema de su inequitativa distribución; el segundo, el bipartidismo implementado con el denominado Frente Nacional en la década de 1950, cuyas prácticas dejaron en un renglón aparte y sin representación a otras formas de participación política ajenas al liberalismo o conservatismo, que negó cualquier viso de participación de las entonces emergentes organizaciones de izquierda.

Por hacer referencia a alguno de los momentos de estallido social entorno al fenómeno de desplazamiento y sometimiento en el campo colombiano y que, inclusive, a través de la historia y la literatura influyó en los planteamientos de la Constitución Política de Colombia de 1991 (Pérez Velasco, 2022) se cita la Masacre de las Bananeras descrita ampliamente en la obra Gabriel García Márquez, en aquella que le diera a la literatura colombiana un Premio Nobel de Literatura: *Cien años de soledad*, y que además dio vida al discurso de reivindicación social y política de una figura tan influyente en el contexto nacional como en su entonces lo fue Jorge Eliécer Gaitán.<sup>1</sup>

A mediados del siglo XX una corriente social, que más tarde se convertiría en un fenómeno político en diferentes grados y acepciones como el socialismo y el

1 Recuérdese que uno de los primeros éxitos discursivos y de control político de Jorge Eliécer Gaitán fue el debate sobre la Masacre de las Bananeras y la participación del aparato estatal (ver entre otros: Díaz Jaramillo, 2019).

comunismo, ingresó en Latinoamérica; en Colombia se sumó a las amplias inconformidades de los pueblos para dar inicio al conflicto armado más largo que se ha documentado. La fundación de diferentes grupos guerrilleros de ideologías socialistas como las FARC-EP, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el M-19, entre otros, cuyas principales demandas políticas siempre giraron en torno a la redistribución de la riqueza, la reforma agraria, educación y salud para todos, contribuyó en la agudización de la violencia en el campo. Además, se debe sumar el ingreso de un nuevo actor armado, los grupos paramilitares, quienes surgieron como un pretexto para combatir a las guerrillas y la delincuencia, al mismo tiempo que ingresaron a capturar las lucrativas rentas del negocio del narcotráfico. Esta situación llevó a un recrudecimiento del conflicto que se concretó en numerosas violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018), como las masacres de Honduras y la Negra (1988), la Chinita (1994), el Aracatazo (1995) y la de los Kunas y Bajo del Oso (1995) (Molano Camargo, 2010); otras de mayor renombre como las de Mapirrián y el Salado.

Como una fuente primigenia de la actual violencia que vive Colombia es la guerrilla, debe aclararse que en nada son comparables los inicios de estos grupos al margen de la ley, que finalizando la década de 1950 e iniciando la de 1960, tenían un alto componente y arraigo campesino con la ideología de la lucha de las tierras, con las guerrillas del siglo XXI cuya finalidad se perdió a través del tiempo y encontraron ahínco en el narcotráfico y disfrazan el dominio territorial con la rehibindicación social (Rúa Delgado, 2018).

Esta situación ha marcado el discurso político desde mediados del siglo XX en Colombia. Profundizando en el conflicto armado, la posibilidad de acordar el cese al fuego o condiciones de paz o de sometimiento a los grupos armados beligerantes, Cesar Gaviria Trujillo (presidente 1990-1994) tuvo a cargo el proceso de paz con el EPL, el Movimiento Armado Quintín Lame (MAQL) y otros; Ernesto Samper Pizano (presidente 1994-1998) tuvo un gobierno marcado por la sospecha de influencia del narcotráfico en su elección, y Andrés Pastrana Arango (presidente 1998-2002), bajo la idea de la paz, logró la presidencia e instaló los diálogos de paz con las FARC-EP y creó una zona de distensión.

Por su parte, las promesas de mano firme y sometimiento y políticas de seguridad democrática, entre otras, le dieron la presidencia a Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) en dos periodos. Continuando con esta línea, fue elegido Juan Manuel Santos Calderón (2010-2018), quién en su segundo mandato enfatizó sus esfuerzos por alcanzar la paz con las FARC-EP, que le valió el reconocimiento del Nobel de Paz (2016).

Dicho proceso polarizó al país e influyó en que la derecha volviera al gobierno con Iván Duque Márquez (presidente 2018-2022). Los casos de corrupción, la pandemia por la COVID-19 y la injusticia llevaron al estallido social de 2021, que catapultó a Gustavo Petro Urrego (ideología de izquierda y exguerrillero) a la presidencia de la república en 2022.

Retomando lo acordado en el tratado de paz con las FARC-EP de 2016, la idea y valor de la paz se entrelaza con el concepto material de justicia; dice el maestro Ferrajoli (2014) que las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera:

Es un tema de teoría general del derecho, y que en Colombia se manifiesta con evidente urgencia y actualidad, pero además, porque el proceso de paz colombiano brinda una extraordinaria oportunidad para ser establecido y abordado racionalmente desde la raíz como cuestión de carácter general (...) cualquier reflexión sobre la justicia transicional, como ha sido llamada la justicia requerida desde la transición hacia la paz, y más en general sobre las políticas necesarias para la consolidación de la paz, tiene que partir de una idea básica: la idea de que la paz es un valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político (p. 1).

Precisamente en ese marco de la búsqueda del valor de la paz y el costo que debe asumir la sociedad colombiana, dice Ferrajoli (2014) que es la renuncia al sometimiento de los combatientes a la justicia penal tradicional y la creación de un modelo diferente —justicia transicional— las que reúnen los criterios restaurativos de justicia desde la visión de las víctimas y penas alternativas para los victimarios. Ahora bien, lejos del enfoque y discusiones sobre las penas de los victimarios, se pretende profundizar en la situación de las víctimas, para reafirmar la idea planteada al inicio de estas líneas: el trasegar del tiempo ha ubicado a las víctimas como personajes principales de las modernas teorías de reparación.

Sobre la construcción de los derechos de las víctimas, en el proceso de paz con las FARC-EP, dijo el entonces Presidente de la República, Juan Manuel Santos (2019):

Tal vez el factor fundamental que permitió el acuerdo (...) fue que se trató de medidas que garantizaran sus derechos sin distinguir entre unas y otras por razón del victimario (...sobre la comisión de la verdad] se busca permitirles a las víctimas acceder a la verdad sobre lo que pasó en el conflicto (p. 469).

De esta forma, el fundamento más íntimo del proceso de paz fueron las víctimas por su capacidad de resiliencia, de sanar las heridas y su espiritualidad. En este punto se resalta, además de la mirada de las víctimas, su finalidad de adentrarse en el proceso de paz y hacer parte de las dinámicas de justicia a través de la historia, la sanación y los procesos de no repetición. Este hecho llenó vacíos relacionados con los estándares de la justicia sancionatoria penal o tradicional, siguiendo el común denominador de las víctimas del conflicto con el objetivo de encontrar la verdad, cambiar el dolor por la esperanza de la paz y encontrar un proceso desde una visión holística del ser. Reafirmando lo anterior, el Presidente Juan Manuel Santos (2019) mencionó:

Las víctimas me decían que para ellas, más importante que las penas para sus victimarios, era conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos, muchos de ellos desaparecidos o cuyos restos no se habían podido encontrar. Las víctimas quieren la verdad sobre todas las cosas, incluso sobre la reparación o la justicia (p. 464).

Precisamente en el marco no solo del proceso de paz con las FARC-EP, sino de las desmovilizaciones paramilitares y con las políticas sociales que desde lo legislativo y ejecutivo se han adoptado con miras a garantizar la reparación de las víctimas se expidió la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación íntegras a las víctimas del conflicto armado interno” (Congreso de la República, 2011, párr. 1), cuyo artículo 21 habla del principio de complementariedad y se enfoca en que “todas las medidas de atención, asistencia y reparación deben ser armónicas y propender con los derechos de las víctimas”(Congreso de la República, 2011), verbigracia, el enfoque diferencial y de complementariedad para alcanzar su integralidad.

De igual forma puede verse la articulación del sistema de víctimas a través del decreto 1084 de 2015, cuyas “medidas de satisfacción” implican la reparación simbólica a través de actos u obras de alcance y repercusión públicas para construir y recuperar la memoria histórica, la dignidad de las víctimas y el tejido social. Estas medidas deben realizarse “según el contexto y tradiciones de cada población” (Presidencia de la República de Colombia, 2015, art. 2.2.7.6.3).

El recorrido que contextualiza las líneas precedentes permite entender que el proceso de paz y, en general, la justicia restaurativa en Colombia se acogen a los estándares internacionales de justicia. Además, desde sus fundamentos más propios, está la víctima como eje estructurador, y es la visión holística de la restauración aquella que aspira a encontrar la reconciliación personal entre víctimas y victimarios y la que ayudará a la reestructuración del tejido social para la no repetición.

### 3. La espiritualidad: dimensión fundamental de la reparación

El enfoque diferencial de la reparación, visto desde las víctimas, cuenta con los conceptos de perdón y paz desde su propia óptica y, de manera transversal, aquellas condiciones que les permiten liberar sus cargas. Así lo afirmó Juan Manuel Santos (2019) en su libro *Una batalla por la paz*, en el cual expresa cómo el perdón libera a quien perdona del peso del rencor y la oscuridad del odio; de igual manera, le da a su discurso un sentido espiritual al señalar que el fin último de perseguir la verdad es lograr en las víctimas una “catarsis liberadora” pues la verdad os hará libres. Dicha catarsis debe ser analizada desde la espiritualidad de los pueblos con enfoque diferencial, tanto en las prácticas religiosas como en aquellas creencias que carecen de un libro rector. Entender las diferentes formas de liberar a las personas y a los pueblos desde sus características propias y espirituales es aplicar el concepto de otredad para permitir un resarcimiento pleno de las víctimas.

En este contexto resulta relevante analizar las prácticas religiosas o espirituales como instrumentos reparadores, así se expone en la literatura psicológica y sociológica, donde vinculan directamente las prácticas religiosas y culturales con el afrontamiento y superación del duelo (Yoffe, 2012). De esta forma, lo que para un cristiano podría ser asistir a una misa de réquiem o para un budista o un hinduista meditar, para las comunidades indígenas, sujetas a protección constitucional especial, podría manifestarse en ceremonias o rituales fúnebres en honor a la tierra, a sus ancestros o deidades.

La idea anterior está desarrollada en libros como el de Kalmanowitz y Lloyd (2005), en los cuales se analizan situaciones conflictivas en países como Estados Unidos, Kosovo, Países Bajos, Sri Lanka, Yugoslavia, Sudáfrica, Palestina y Sudán, entre otros. En este texto, con respecto al tratamiento de las víctimas, se identificaron las prácticas sociales, culturales e inmateriales potenciadas a través del arte, la poesía y las danzas para generar procesos de sanación donde se demostró que la fe tiene un poder curativo para las víctimas de violencia, quienes desarrollan niveles de resiliencia muy altos (Chiquillo, 2021).

Sobre este tema, teniendo como grupo focal a las víctimas del conflicto armado colombiano, se desarrolló una tesis doctoral titulada: *Reparando para reparar*, cuyo objeto fue el trabajo espiritual a través de diferentes métodos como el arte, las danzas, la poesía, la pintura y las prácticas alternativas como el reiki y el yoga, que permitió destacar la individualidad de las víctimas y las características propias de

los pueblos asediados por el conflicto para generar prácticas curativas y lograr una reparación integral (Chiquillo, 2021).

En Colombia se han desarrollado trabajos con víctimas desde el plano espiritual que han incluido acciones rituales como una manera de organización de símbolos y que, además, han sido dotados de un mensaje que adquiere sentido social de conformidad con la realidad percibida o, en este caso, vivida. En relación con lo anterior, Gómez (2002, p. 10 citado en Chiquillo, 2021, p. 148) precisa: “Así, la acción ritual hace presente lo oculto, visible lo invisible; materializa lo espiritual convirtiéndose en un sistema que es parte importante de la herencia social, transmitida mediante códigos no verbales, mediante imitación e identificación”. Esto demuestra que aquellas prácticas dotadas de un contenido social e histórico basado en las realidades y creencias se vuelven determinantes para la reparación de las víctimas, cuando ello tiene un efecto personal o social restablecedor.

Dicho esto, se entiende el concepto de justicia restaurativa como un mecanismo para solucionar conflictos y cumplir con la finalidad de lograr una paz que perdure:

Derechos humanos y justicia restaurativa este componente busca formar a los postulados en DD. HH., con énfasis en el papel que desempeñaron como excombatientes. Esto quiere decir que se trata de un enfoque que se concentra en la responsabilidad que tuvieron como actores en el conflicto, en su relación con las víctimas y en fortalecer las herramientas que faciliten e incentiven su participación y colaboración en procesos judiciales y en otros mecanismos de la justicia transicional (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, p. 84).

Ahora bien, en cuanto a la dimensión espiritual en la reparación de las víctimas, la investigación de Chiquillo (2021) apunta:

La dimensión espiritual se corresponde con diferentes niveles de vibración cada vez más elevados en los que la vibración, de cada uno, produce una ruptura de nivel y se traslada desde la dimensión física hacia la dimensión espiritual, donde vuelve a su origen de comunión y de conexión con el ser de cada uno o el yo superior y donde puede recuperar su capacidad original sanadora y hacer acopio de las energías originales de la propia naturaleza divina, que son: el amor, el altruismo, y la compasión, y que es necesario integrar para la sanación espiritual (pp. 179-180).

Esto cobra sentido cuando se extrapola con la finalidad del proceso de paz: se identifica el elemento restablecedor desde lo íntimo y espiritual de la víctima, como lo único capaz de lograr una sensación que conecte en comunión a la víctima con la sociedad e incluso le devuelva un aspecto tan propio como la conexión con un yo o con lo trascendente.

Esta visión espiritual ha sido difundida en diferentes procesos pacificadores alrededor del mundo; véase el caso del proceso de paz en Timor Oriental, en el que la dimensión espiritual fue reconocida en la comprensión del sufrimiento y la búsqueda de la reconciliación, tanto en el relato de las víctimas a través de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, como en las medidas restaurativas adoptadas, especialmente en el componente educativo, fijó como un fin esencial del Estado la construcción social, incluyendo comunidades rurales y étnicas bajo el equilibrio de las dimensiones económicas, sociales, culturales, morales, políticas y *espirituales* (Naciones Unidas, 2007).

Para el caso de Sierra Leona, la Comisión de la Verdad hizo énfasis en la reconstrucción del tejido social y la confianza de las víctimas del conflicto mediante rituales tradicionales y comunitarios que permitieran la reestructuración de los colectivos locales en el país (Villa et al., 2015). En Mozambique, aquellos procesos rituales de reparación se materializaron en ceremonias de *purificación de los espíritus Gamba* y el reconocimiento de responsabilidades por los perpetradores que posibilitaron escenarios de justicia y reparación comunitaria (Villa et al., 2015). El contexto de algunos procesos pacificadores internacionales ha tenido como eje, en materia de reparación, las condiciones sociales y las creencias de las víctimas para adoptar prácticas que les permitieran retornar a su equilibrio espiritual.

Es cierto que la justicia restaurativa colombiana ha sido pionera en la estructuración de reparación desde las víctimas y que para lograr una verdadera justicia transicional y restaurativa con miras a una paz duradera, el gobierno de Juan Manuel Santos nombró una comisión que revisaría los procesos pacificadores en el mundo para entender las fortalezas y evitar sus debilidades (Santos, 2019). Esto le permitió adoptar, entre otras, esa visión espiritual como forma de superar el dolor. Según lo anterior, en concordancia con lo expresado por el Centro Nacional de Memoria Histórica, uno de los métodos que se tiene para identificar y reparar lo que ha sucedido a las víctimas es, precisamente, identificar y poner en ejecución aquellas formas de espiritualidad personales y sociales como camino para afrontar y superar el dolor.

La religión apoya a las personas en condición de vulnerabilidad, en este caso concreto a las personas víctimas; así mismo hace énfasis en que el perdón es importante para liberar el odio y el resentimiento, aunque tampoco debe ser impuesto toda vez que no es fácil, más en el caso de personas que han perdido a su familia entera o a integrantes de ella por el conflicto armado, por ello no se habla desde la religión como una obligación de perdonar a los victimarios porque las víctimas recién entran en un proceso de aceptación puesto que todo es un proceso y a medida que van sanando las heridas y aprendiendo a vivir con ellas, van entendiendo la importancia de perdonar, hecho que tampoco supone olvidar o entrar en un escenario de reconciliación con el victimario, sino que es un ejercicio de liberación.

Las víctimas del conflicto armado tienen derecho a saber la verdad porque esto ayudará a liberar; por esto, la justicia transicional hace referencia a perdonar mas no a olvidar.

Las religiones tienen como fortaleza dotar de sentido a la vida humana; sin embargo, resulta más viable proponer una espiritualidad, independientemente de la religión, a la que los grupos de desplazados estén afiliados. Si bien es cierto que la espiritualidad no es la solución a los problemas de hambre, carencias, inseguridad, etc., esta provee las certezas y la fuerza necesarias para enfrentar dichas problemáticas. Se trata de que estos hombres y mujeres renazcan con esperanza y se proyecten hacia una nueva vida con determinación y empoderados de sus propias vidas (Solís Chin, 2017, p. 72).

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la religión como categoría espiritual sirve de elemento para llegar a un fin supremo que en este caso es la materialización de la justicia restaurativa desde el punto de vista cosmológico-espiritual y material; la religión funge el papel de creadora de escenarios donde los victimarios y víctimas lleguen a un escenario de perdón y no repetición. Este escenario genera una serie de dificultades o problemáticas respecto a la efectividad del cambio y es precisamente en este punto donde más se debe trabajar, específicamente en la concientización de los actores sobre la realidad que vive en este momento el país y la necesidad de avanzar como sociedad mediante la creación de lazos de colaboración recíproca, que permitan llegar a una verdad sobre los hechos; es así como se podrá hablar de perdón y no repetición.

### **3.1. Dimensión espiritual en la multiculturalidad colombiana**

Como último punto, se precisa que la dimensión espiritual del ser humano es aquella que le da un propósito de vida y “contribuye con la capacidad de trascender a circunstancias con base en los valores y creencias” (Tecnológico de Monterrey,

2021, párr. 1). De ahí que en el presente trabajo no se hubiere hecho énfasis en las prácticas espirituales que se ligan con una u otra religión, o con una u otra cultura. Como se dijo al inicio, la multiculturalidad colombiana tiene una diversidad única de costumbres, religiones, credos y rituales que se practican a lo largo y ancho de la geografía nacional.

Para el catolicismo, el ritual de despedida tiene lugar a través de un ejercicio eucarístico en la misa de réquiem, donde la familia y amigos dan el último adiós a una persona con la fe de que trascenderá al llamado “banquete celestial”, mientras que para algunas culturas indígenas colombianas en el paso al más allá se logra el perdón como elemento sanador, a través de actos rituales. Un ejemplo de ello está en la comunidad de Sibundoy donde se practica el *Bëtschnáté* o Carnaval del Perdón entre los pueblos indígenas inga y kamëntsá. Este ritual tiene como finalidad ratificar su cultura a través de la reconciliación, la limpieza y el reencuentro. Es un día para representar el final e inicio de un nuevo ciclo; la necesidad de conectar como parte de un todo y lograr la armonía solucionando conflictos internos y externos de la comunidad y sus integrantes (Ibercocinas, s/f).

Los inga y los kamsá desarrollan prácticas rituales como la danza del perdón, a través de la cual buscan la conexión con sus elementales, así como generar condiciones de paz y reconciliación. Los arahuacos, por su parte, en gran medida representados por los mamos de la Sierra Nevada, consideran en sus ceremonias las ofrendas de y para la *Pachamama* o madre tierra, en torno a un fin común. En este caso, sus ofrendas para restituir la paz en Colombia y en sus integrantes es una siembra de semillas para cosechar el pago por la paz y lograr que la Nación camine sin armas (González Posso, 2016).

En otras partes del mundo también se llevan a cabo ceremonias mortuorias con alta influencia de los rituales africanos, presentes en algunas comunidades afrocolombianas. “Los gualíes, alabaos y levantamientos de tumba son rituales mortuorios propios del pueblo afro de las comunidades del Pacífico colombiano” (Ministerio de Cultura, 2023, párr. 1), son una forma de acompañar al muerto y a sus allegados en el paso de su alma a la eternidad, cuyo principal objetivo es “aliviar y ayudar en el manejo del dolor relacionado a la muerte, a partir de unos actos de solidaridad” (Ministerio de Cultura, 2023, p. 1) que les permiten reafirmarse como comunidad y unirse entre familiares y amigos. En diferentes pueblos del Pacífico, influidos por los fenómenos violentos de las últimas seis décadas en el país, se ha logrado identificar la importancia del “cuerpo presente” del difunto en el ritual fúnebre, que en casos de desapariciones forzadas, debe hacerse con el “cuerpo ausente”.

En ese orden de ideas, la cosmovisión de la muerte o del duelo en los grupos colombianos es absolutamente diferente; la multiculturalidad aporta una riqueza no cuantificable de prácticas culturales y se constituye en un reto de las autoridades para generar procesos de entendimiento desde el concepto de otredad para lograr acciones tendientes a la reparación integral de las víctimas, no desde lo económico, sino desde un aspecto más profundo que se liga con el espíritu y proyecto de vida de una víctima, que le permitan equilibrar y cerrar ciclos para sanar su espíritu interior.

## Conclusiones

En el seno de la sociedad colombiana, acongojada por una incesante guerra, la memoria de las víctimas en el conflicto ha dejado dos grandes reconocimientos en torno al trabajo por su visibilización y el valor de la paz. Ambos premios Nobel con que cuenta el país tienen una visión del conflicto armado que se muestra desde la huella que ha dejado en la sociedad y sus pilares. La obra garciamarquiana se centró en describir la violencia en la primera mitad del siglo xx en Colombia, que se inmortalizó a través de la literatura. Por otro lado, el proceso de paz, liderado por el presidente Juan Manuel Santos, donde el eje de discusión fueron las víctimas, permitió desarrollar un sistema de reparación integral desde la justicia restaurativa, que tuvo presente la visión holística del ser en su individualidad.

La acepción del concepto de reparación, así como de reparación integral tienen como fin último dejar indemne o lo más lejano posible del hecho dañoso a la víctima. Los estándares nacionales e internacionales de reparación integral, en el marco del conflicto armado interno colombiano, se construyen alrededor de la adopción de medidas materiales e inmateriales tendientes a reparar a las víctimas desde un enfoque diferencial y multicultural.

Si se mira desde los estudios citados, la espiritualidad como búsqueda de un propósito del ser, acompañada con procesos culturales y religiosos, es un punto que debe ser tenido en cuenta desde el ámbito reparador a las víctimas pues, por mayor cuantificación económica o material de los daños que una persona haya sufrido, la máxima expresión de indemnidad que ella tiene es a través de la verdad y el perdón. La verdad puede lograrse a través de un proceso histórico o historicista de narración del conflicto; sin embargo, el perdón es un elemento que solo nace del interior de la persona como forma de liberación del rencor y superación de las oscuridades que en el alma hace albergar el odio, que se logra a través de diferentes prácticas sociales o religiosas, materiales e inmateriales que le permiten a la(s) víctima(s) retomar la percepción del sentido de su vida para, de esta manera, dejarle en el punto más próximo al momento anterior al hecho dañoso.

No hay espacio suficiente para destacar la importancia de la dimensión espiritual del ser en los procesos de sanación interior y de reparación integral cuando de conflicto armado interno se habla. Esta dimensión solo puede ser explorada y debidamente reparada si se miran la cosmovisión, las prácticas y las costumbres de la víctima o del pueblo afectado; cada rincón de la geografía colombiana alberga diversidad en las personas, en la cultura e inclusive en la visión de la muerte, de tal forma que siempre serán diferentes los ritos adoptados en torno a la liberación de las cargas personales como fin último de la reparación en el aspecto espiritual.

La iglesia ha sido un pilar en el conflicto en virtud de que ha realizado un acompañamiento a las víctimas desde la espiritualidad hasta los procesos de reclamación de sus derechos, incentivando la reflexión para hacer el bien y perdonar con el propósito de sanar y contribuir al crecimiento interior. Esto implica que el Estado debe garantizar una protección real y efectiva de aquellas personas que han sido víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales. Desde los escenarios espiritual y religioso se pretende fomentar los espacios en los que se les permita expresar sus vivencias y ampliar las actividades que se puedan desarrollar en pro de mejorar no solo desde un aspecto material, sino desde su interior. Por ello, es necesario seguir implementando los acuerdos de paz y realizar acompañamiento; las instituciones de fe han contribuido a cumplir este objetivo, mediante la exposición de las injusticias con el fin de buscar soluciones mediante la espiritualidad.

## Referencias

- Acevedo, J. P. (2007). Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. *American University International Law Review*, 23(1). <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/3>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2018). *Paramilitarismo: Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. CNMH. <https://centrode-memoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/01/PARAMILITARISMO.pdf>
- Chiquillo, B. E. (2021). *Reparando para reparar. Metodologías y terapias integrativas en víctimas del conflicto armado colombiano* (Tesis doctoral, Universitat Jaume). <https://doi.org/10.6035/14106.2021.632034>
- Comisión de la Verdad. (2022). Caminar: Una práctica cultural de resistencia. <https://www.comisiondelaverdad.co/caminar-una-practica-cultural-de-resistencia>

- Colombia, Congreso de la República. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (junio 10 de 2011). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43043>
- Colombia, Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-037-1996*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-836-2001*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-228-2002*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. (2010). *Sentencia T-458/2010*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-458-10.htm>
- Colombia, Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-099 2013*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-099-13.htm>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2009, febrero 27). *Sentencia del 27 de febrero de 2009. Ref 73319-3103-002-2001-00013-01* <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/27-02-09-7331931030022001-00013-01.pdf>
- Colombia, Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 1084 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación* (16 de mayo 2015). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77715>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Gaceta Oficial No. 9460*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Sentencia de 21 de julio de 1989*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_07\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Suárez Rosero c. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Castillo Páez c. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_43\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Barrios Altos c. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Bulacio c. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso De La “Masacre de Mapiripán” c. Colombia. Sentencia de 15 septiembre de 2005.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. (2006a). *Caso Vargas Areco c. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_155\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. (2006b). *Caso De La Masacre de Pueblo Bello c. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_140\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso La Cantuta c. Perúsegún. Sentencia de 30 de noviembre de 2007.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_173\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [IDH]. *Caso Gelman c. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)
- Díaz Jaramillo, J. A. (24 de septiembre, 2019). Jorge Eliécer Gaitán y el debate de las Bananeras (1929). *El Colectivo. Periodismo para la utopía.* <https://elcolectivo.comunicacion.com/2019/09/24/jorge-eliecer-gaitan-y-el-debate-de-bananeras-1929/>

- Ferrajoli, L. (2014). La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías de paz interna. En M. Martínez & L. Ferrajoli (Eds.), *Fundamentos de la justicia transicional para Colombia. Es tiempo de las víctimas y de la reconstrucción* (pp. 1-17). Ibañez – Universidad Nacional de Colombia.
- Ghersi, C. A. (1992). *Reparación de daños*. Universidad.
- Gobierno de la República de Colombia & FARC-EP. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Cancillería. [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11\\_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf)
- González Posso, C. (18 de septiembre, 2016). *Ceremonia arhuaca del fin de la guerra*. <https://indepaz.org.co/ceremonia-arhuaca-del-fin-de-la-guerra/>
- Grupo de Memoria Histórica. (2023). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad* [Informe General]. Centro Nacional de Memoria Histórica. <https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/basta-ya-colombia-memorias-de-guerra-y-dignidad-2016.pdf>
- Ibercocinas. (s. f.). *Bëtschnáté o Carnaval del Perdón*. <https://www.ibercocinas.org/historia/betschnate-o-carnaval-del-perdon/>
- Jiménez Gonzalez, D. (1 de abril, 2021). Iglesias locales, víctimas y mediadoras en el conflicto armado colombiano. <https://hacemosmemoria.org/2021/04/01/iglesias-locales-victimas-y-mediadoras-en-el-conflicto-armado-colombiano>
- Kalmanowitz, D., & Lloyd, B. (2005). *Art therapy and political violence: With art, without illusion*. Psychology Press.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). Los dilemas de la responsabilidad civil. *Revista Chilena de Derecho*, 28(4), 671-679.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura – Universidad Nacional de Colombia. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-16.pdf>
- Ministerio de Cultura. (2023). *Gualíes, alabaos y levantamientos de tumba, ritos mortuorios de las comunidades afro del Medio San Juan*. <https://patrimonio.mincultura.gov.co/legislacion/Paginas/Gual%C3%ADes,-alabaos-y-levantamientos-de-tumba,-ritos-mortuorios-de-las-comunidades-afro-del-Medio-San-Juan.aspx>

- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015). *La Ley de Justicia y Paz y el regreso a la vida civil: régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas* (Organización Internacional para las Migraciones USAID). <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/Cartilla%20Justicia%20y%20Paz.pdf>
- Molano Camargo, M. (2010). La memoria de las masacres como alternativa para construir cultura política en Colombia. *Tendencias y Retos*, 1(15), 193-209. <https://ciencia.lasalle.edu.co/te/vol1/iss15/13>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2007). *Documento básico que forma parte integrante de los informes de los estados partes* (HRI/CORE/TLS/2007). <https://digitallibrary.un.org/record/605417?v=pdf>
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de daños*. Leyer.
- Pérez Velasco, A. (2022). *La constitución tiene quien la escriba*. Ediar.
- Rousset, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1(1). <https://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2292>
- Rúa Delgado, C. F. (2018). El campo de la justicia transicional. *Universum (Talca)*, 33(1), 187-210. <https://doi.org/10.4067/S0718-23762018000100187>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2018). *Compendio de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Santos, J. M. (2019). *La batalla por la paz*. Planeta Colombia.
- Solarte, A. (2016). Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable. *Revista IARCE*, (37), 15-48.
- Solís Chin, N. (2017). *Espiritualidad del encuentro como un elemento integrante en la construcción de reconciliación hoy: Una propuesta para víctimas del desplazamiento forzado en Colombia* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/40299>
- Tecnológico de Monterrey. (2021). *Dimensión espiritual*. <https://tqueremos.tec.mx/es/recursos-del-bienestar/dimension-espiritual>
- Torres Murcia, N. (2021). *La justicia restaurativa en el marco de justicia y paz* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/57514>

- Villa, J. D., Díaz, D., & Barrera Machado, D. (2015). Reparación a las víctimas de dictaduras, conflictos armados y violencia política en sus componentes de compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición. *El Ágora USB*, 15(1), 217-240. <https://doi.org/10.21500/16578031.11>
- Weingarten, C., Gherzi, C. A., Lovece, G., & Argnani, P. I. (Eds.). (2011). *Tratado de accidentes y daños derivados de la circulación*. La Ley.
- Yarce, E. (2020, marzo 2). Indígenas y ex Farc, ejemplo de reconciliación en Dabeiba. <https://colombia.unmissions.org/ind%C3%ADgenas-y-ex-farc-ejemplo-de-reconciliaci%C3%B3n-en-dabeiba>
- Yoffe, L. (2012). *La influencia de las creencias y las prácticas religiosas/espirituales en el afrontamiento de pérdidas –por muerte de un ser querido* (Thesis, Universidad de Palermo). <http://hdl.handle.net/10226/1768>



# Hacia una crítica del progreso: derecho y desarrollo hegemónico en América Latina

Towards a Critique of Progress: Law and  
Hegemonic Development in Latin America

Rumo a uma crítica do progresso: direito  
e desenvolvimento hegemônico na  
América Latina

Daniel Felipe Briñez\*

Fecha de recepción: 01 de junio de 2024

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2024

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14528>

Para citar este artículo: Briñez, D. F. (2024). Hacia una crítica del progreso: derecho y desarrollo hegemónico en América Latina. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, 12, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.14528>

## Resumen

El paradigma del concepto hegemónico del desarrollo presente en América Latina destaca por tener un enfoque homogéneo, que obvia la diversidad política, cultural, social y jurídica de la región y perpetúa relaciones de dependencia histórica. El progreso, como noción complementaria, ha sido utilizado para justificar la preponderancia de un sistema económico, político y jurídico mediante concepciones evolucionistas y unidireccionales. En este contexto, las instituciones jurídicas juegan un papel clave en la planificación del futuro de la sociedad, la organización de las relaciones comunitarias y la delimitación del papel del Estado. Por ello, es necesario sentar las bases para realizar una crítica profunda a la influencia del concepto hegemónico del desarrollo en el derecho latinoamericano. Se parte de una evaluación de la configuración de las ideas preponderantes de progreso y desarrollo, en su vínculo con las instituciones jurídicas en la teología y la historia. Se aborda el derecho de

\* Estudiante de últimos semestres de los programas de Jurisprudencia & Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario de Colombia con doble énfasis en Desarrollo y Participación & Gobierno y Gerencia Pública.

propiedad como punto común de los ordenamientos de la región, así como un impacto preliminar del mismo en el derecho societario. Finalmente, se presentan las formas en que se han reivindicado sistemas legales contrarios al hegemónico y se explican los casos de daño colectivo como construcción jurisprudencial apartada de las nociones dominantes de desarrollo.

**Palabras clave:** fundamentación de derechos; Latinoamérica; desarrollo; progreso; propiedad.

### **Abstract**

The paradigm of the hegemonic concept of development present in Latin America is characterized by a homogeneous approach, disregarding the political, cultural, social, and legal diversity of the region, thereby perpetuating historical dependency relationships. Progress, as a complementary notion, has been used to justify the predominance of an economic, political, and legal system through evolutionist and unidirectional conceptions. In this context, legal institutions play a key role in planning the future of society, organizing community relations, and defining the role of the State. Therefore, it is necessary to lay the groundwork for a profound critique of the influence of the hegemonic concept of development on Latin American law. It begins with an assessment of the prevailing ideas of progress and development, identifying their connection with legal institutions in theology and history. The analysis addresses property law as a common point in the region's legal systems, as well as its preliminary impact on corporate law. Finally, the forms in which legal systems contrary to the hegemonic model have been asserted are exposed, and cases of collective harm are explained as a jurisprudential construction against the dominant notions of development.

**Palabras clave:** Foundation of rights; Latin America; development; progress; property law.

### **Resumo**

O paradigma do conceito hegemônico de desenvolvimento presente na América Latina destaca-se por ter uma abordagem homogênea, obliterando a diversidade política, cultural, social e jurídica da região, perpetuando relações de dependência histórica. O progresso, como noção complementar, tem sido utilizado para justificar a preponderância de um sistema econômico, político e jurídico por meio de concepções evolutivas e unidirecionais. Nesse contexto, as instituições jurídicas desempenham um papel fundamental no planejamento do futuro da sociedade, na organização das relações comunitárias e na delimitação do papel do Estado.

Portanto, é necessário estabelecer as bases para uma crítica minuciosa da influência do conceito hegemônico de desenvolvimento no direito latino-americano. Este trabalho começa com uma avaliação da configuração das ideias predominantes de progresso e desenvolvimento, encontrando seu vínculo com as instituições jurídicas na teologia e na história. O direito de propriedade é abordado como um ponto comum nos sistemas jurídicos da região, bem como seu impacto preliminar no direito societário. Por fim, são apresentadas as maneiras pelas quais os sistemas jurídicos contrários ao hegemônico foram reivindicados, e os casos de dano coletivo são explicados como uma construção jurisprudencial que se afasta das noções dominantes de desenvolvimento.

**Palavras-chave:** fundamentação dos direitos; América Latina; desenvolvimento; progresso; propriedade.

## Introducción

En la sociedad contemporánea, hablar de desarrollo es referirse a un proceso que parece inevitable. La política y la economía modernas priorizan la idea de desarrollo, especialmente en aquellos países considerados periféricos, atrasados y dependientes. El predominio de este enfoque es consecuencia de un mito fundacional que supone la superioridad histórica del libre mercado para el avance social, cuyos modelos son los países occidentales ricos e industrializados, particularmente Estados Unidos y Gran Bretaña (Chang, 2013). Sin embargo, dicha tendencia se ha convertido en una especie de dogma que obstaculiza la comprensión del desarrollo como un fenómeno heterogéneo, multiforme y dependiente de un contexto histórico (Irausquín *et al.*, 2016). Esto ha hecho que se impongan los mismos parámetros de progreso, de manera universal, incluso a naciones periféricas.

En el caso de América Latina, la secretaria ejecutiva de la CEPAL afirmó: “el sistema capitalista no está funcionando para todos” y, en consecuencia, proclama la necesidad de replantear los paradigmas de desarrollo que operan actualmente (Naciones Unidas, 2021). No es un secreto que la región se caracteriza por una realidad inequitativa; ostenta el desalentador título de ser la más desigual del mundo, donde para 2014 el 10 % más rico abarcaba el 71 % de la riqueza total (Bárcena, 2016).

Es claro que Latinoamérica enfrenta problemas profundos más allá de la distribución de ingresos. Por ello, este trabajo no busca ser otra radiografía del atraso regional, sino estudiar la relación entre el ámbito económico-político y el derecho. Para abordar el argumento, este artículo estudia cuál ha sido el impacto de los conceptos preponderantes, o “hegemónicos”, de progreso y desarrollo en las instituciones jurídicas. A modo de hipótesis, se plantea que la noción actualmente aceptada de progreso está al servicio de estándares hegemónicos que definen *lo que es y lo que no es* desarrollo. La investigación explora los fundamentos teóricos de progreso y desarrollo, destacando la teología y la historia como puentes entre la economía y el derecho. Finalmente, examina el punto histórico común del derecho patrimonial en la región, el régimen civil de la propiedad, e indaga en instituciones jurídicas derivadas de la propiedad, como el modelo societario, el régimen sucesorio y la configuración del daño colectivo.

La premisa se inspira en el planteamiento del poco recordado economista colombiano Antonio García Nossa (1972a), quien insistió en que debían replantearse las ciencias sociales del panorama latinoamericano, problematizando el cientificismo de los modelos de desarrollo. Por ello, el trabajo indaga por cómo se ha ido construyendo, normativa y jurisprudencialmente, una contrapartida a las nociones hegemónicas de progreso y desarrollo. Lo anterior no para comprender la presencia

de uno u otro en la sociedad, sino para crear un marco de referencia que permita estudiar críticamente la evolución jurídica.

Así pues, la definición que orienta este ensayo es la acuñada por Antonio García Nossa (1974): en el proceso democrático, el derecho se encarga de planificar el futuro de la sociedad, organizar las relaciones comunitarias y la delimitación del papel del Estado. Así, el enfoque metodológico parte de establecer, mediante la revisión de literatura académica, normativa y jurisprudencial, el deslinde entre *lo que ahora es* y *lo que dejó de ser* el concepto de progreso adoptado por el derecho latinoamericano. Este esquema de contraste permite comprender la vida en su riqueza y dotarla de valores y sentido crítico; se define la luz en función de la sombra (García Nossa, 1974, p. 123).

## **1. Hacia la tierra prometida: la conceptualización de desarrollo hegemónico**

Preliminarmente, es necesario contraponer la noción general de desarrollo a la que podría considerarse su perspectiva hegemónica. Conceptualizar una teoría de esta envergadura es complejo, pero es posible aproximarse desde un análisis temporal, ya que el concepto de desarrollo es una noción histórica, cuya definición es producto de los valores y pensamientos dominantes de su tiempo (Dubois, 2002).

Hay autores que ubican el concepto en el final de la Segunda Guerra Mundial. Para entonces, el desarrollo se asociaba a la acumulación de riqueza y era equiparado con la producción y crecimiento económicos (Irausquín *et al.*, 2016). En esa línea, tanto el desarrollo como su antítesis dialéctica —el subdesarrollo— fueron tomados como sinónimos del crecimiento financiero, para apostar por la industrialización y el consumo de masas (Hidalgo Tuñón, 2000). Para 1960, la perspectiva economicista del desarrollo había dejado de lado asuntos como la contaminación ambiental, el agotamiento de recursos y la distribución inequitativa de la renta, lo cual motivó su crítica (Utria, 2002). La idea de “desarrollo sostenible” aparecería después, para abogar por la equidad social y la prosperidad económica de la mano con la calidad del ambiente, aunque mantuvo sus bases en la administración financiera, al abarcar los factores productivos y el uso de tecnologías para generar riqueza (Ortiz *et al.*, 2005; Castellano, 2005). Para 1980, vuelve a priorizarse el factor económico por encima del social, que lleva a la masificación de la oferta y la demanda. Para la última década del siglo xx, llegaría una nueva perspectiva centrada en el ser humano, quien ansía una vida más próspera, saludable, larga y con propósito, sustentada en que la realización personal también traería el avance social (Irausquín *et al.*, 2016). Así, Irausquín *et al.* (2016) concluyen que las nuevas

teorías del desarrollo del siglo XXI abordan y reconocen la complejidad de la realidad y las dimensiones políticas, sociales y culturales para enfocar su atención en la valoración de lo intangible.

Frente a la anterior revisión del constante cambio del concepto de desarrollo, cabe preguntarse si existe una perspectiva hegemónica del mismo y, de haberla, cómo se conceptualiza. Para encontrar una respuesta, el punto de partida se halla en la disciplina que subyace a toda la teoría del desarrollo: la economía.

La problemática que reside tras la capa de la economía es que ha sido presumida como una ciencia de carácter universal; es decir, que puede aplicarse y brindar los mismos resultados independientemente de las condiciones culturales e históricas (García Nossa, 1972a, pp. 9-11). Bergesio (2007) afirma que el desarrollo se fundamentó en una especie de “leyes naturales” que corresponden a los dogmas propios del capitalismo, pues solo opera en un régimen de propiedad privada y mercados competitivos (p. 14). Por el contrario, Calvento (2006) sintetiza que la fundamentación teórica del neoliberalismo se basa en la capacidad de cada individuo para procurar su bienestar; en ese sentido, lo natural no es la economía *per se*, sino las desigualdades, producto de la victoria de los más aptos (p. 36).

En lectura de Stewart, Rapoport y Bustelo, Calvento (2006) continúa destacando que la fuerte influencia de los países desarrollados y los actores importantes es la que impulsa la corriente filosófica del neoliberalismo en Latinoamérica, que cobra relevancia con instrumentos internacionales como el Consenso de Washington (p. 35). De igual forma, la autora destaca que la instalación del capitalismo neoliberal como la corriente de principal aceptación también se suscitó por la ausencia de una alternativa viable. En contraste, García Nossa (1972a) asevera que el modelo capitalista fue impuesto deliberadamente. A su juicio, el desarrollismo capitalista es una ideología, que se racionaliza mediante un discurso científico de la economía, concluye que, dado que es una ciencia social, no puede ser considerada neutra, porque tampoco existen las ciencias sociales puras (pp. 17-19).

El vínculo entre un modelo de desarrollo preponderante y una matriz ideológica es difuso y objeto de debate. Para Muñoz Hurtado (2021), la década de los 80 es la que marca el punto de inflexión, pues se trata del momento en que el Norte global llega al “redesarrollo” al haber agotado sus objetivos, y comienza un proceso de descartar lo que considera obsoleto, mientras que el Sur global se ve forzado a abrir sus puertas a recibir esos restos, dado que su proceso de desarrollo no logró terminarse (p. 36). El momento que describe Hurtado (2021) coincide cronológicamente con la aparición de instrumentos como el Consenso de Washington, que

Calvento (2006) analiza como el cambio de rumbo del patrón productivo en América Latina, del sustitutivo de importaciones al de apertura económica.

Así pues, las motivaciones tras el desarrollo hegemónico pueden rastrearse a diferentes causas, bien sea un proceso ideológico de dominación o un esquema de apertura económica frente a las barreras de los demás modelos. La característica que prevalece, sin embargo, es el carácter de subordinación. Karina Jiménez (2020) lo explica de forma concisa: las políticas de desarrollo desde la segunda mitad del siglo xx surgieron *desde* los países desarrollados *para* los países subdesarrollados; en el caso del continente americano, provino de Estados Unidos para las naciones latinoamericanas (p. 70).

Cuando se estructura el desarrollo, la hipótesis de la que se parte es determinista, ya que se cimenta en comparar una sociedad deseable —Estados Unidos y el Norte global— con una no ideal —América Latina—. Por lo tanto, el éxito del desarrollo se mide en función de qué tanto se acerca la segunda a la primera, sin espacio para la diferencia. Esta dicotomía es la que concreta la hegemonización de una teoría economicista del desarrollo, pero ya no por la idea de aplicabilidad universal, sino porque pondera al mundo en dos extremos, obviando las diferencias culturales, históricas y políticas que le llevaron a esa posición.

Siguiendo a Jiménez (2020), el discurso hegemónico parte de tres puntos: 1) el desarrollo se mira en función de la industrialización y de la no-industrialización; 2) la destinación de recursos a una ciencia económica y a gran escala que sea contraria a la pequeña escala, y 3) el estímulo de la cooperación internacional para los países cuya industrialización se considere insuficiente y adolezca de altos índices de pobreza (p. 70).

En suma, el desarrollo hegemónico se posiciona como un faro y un camino mediante el cual solo se avanza socialmente si se adoptan las prerrogativas financieras de los países considerados desarrollados, dando prevalencia a la individualidad y rechazando su opuesto, la colectividad (Muñoz Hurtado, 2021, p. 30).

Así las cosas, el desarrollo hegemónico asume una postura cuasirreligiosa: prevalece por prometer un futuro deseable, alcanzar la *tierra prometida*. Aunque surge de la transición al capitalismo y el neoliberalismo, no es una ideología concreta, sino una noción que divide al mundo en periferias: desarrollada y subdesarrollada, donde la segunda gira en torno a la primera. Así, el desarrollo hegemónico no es una meta exacta, sino una aspiración perpetua que cambia sus prioridades y costos según el extremo “desarrollado” evoluciona. Esto choca con las estructuras públicas que buscan estabilidad, incluidas las instituciones jurídicas. Sin embargo,

para entender cómo el desarrollo hegemónico influye en el orden normativo es necesario explorar el concepto de progreso.

## **2. Yo soy el camino, la verdad y la vida: la noción generalizada de progreso**

El desarrollo se complementa con una noción estandarizada del progreso que define anticipadamente a lo que es válido aspirar. Como establece Campuzano-Hoyos (2021), las ideas de progreso —así como las de desarrollo— fueron heterogéneas. Cada nación de América Latina tuvo sus propios signos de estas. Fue en el siglo XIX cuando tendieron a unificarse hacia la concepción de “un continuo movimiento hacia adelante en dirección al mejoramiento” (p. 130). La propagación de esta visión del progreso se vio marcada por un contraste material e intelectual entre las naciones, unos tenían una infraestructura mucho más sólida que otros, y en ese sentido buscaban replicar mutuamente los avances ajenos (Campuzano-Hoyos, 2021, p. 135-137). En materia intelectual, el progreso se manifestó en que tales avances materiales e institucionales trajeron consigo nuevos debates sobre cómo implementarlos o mejorarlos en la región, como, por ejemplo, la cuestión sobre cómo instituir la sericultura, una actividad económica que había sido capitalizada por los europeos (Campuzano-Hoyos, 2021, p. 141).

Con base en lo anterior, se puede examinar la utilidad de implementar una noción generalizada de progreso al esquema del desarrollo hegemónico. Los cambios en los objetivos de los países desarrollados representan un riesgo para esta hegemonía. Un ejemplo son los enunciados en el apartado inicial, como el interés por la protección de la biodiversidad y el ambiente entre 1960 y 1980, el antropocentrismo surgido en 1990 y un interés por el desarrollo de nuevas tecnologías desde el 2000. El cambio de prioridades en la agenda de los países desarrollados implica repercusiones en la capacidad jurídica de los subdesarrollados para adaptarse. Haggard *et al.* (2008), basados en los argumentos de La Porta, sostienen que las naciones que se rigen por el derecho civil —como es el caso de Hispanoamérica— son menos flexibles y adaptables a cambios de circunstancias, así como menos hospitalarios con la actividad económica privada que las naciones que se rigen por el *common law*, aunque precisan que la naturaleza del sistema legal no puede considerarse como un parámetro de desarrollo (p. 14-15). En ese sentido, el cambio social, económico y jurídico no es un problema, sino determinar hacia dónde debe ir ese cambio. Cuando se debate sobre si implementar o eliminar alguna disposición jurídica, el razonamiento utilizado es la lógica del progreso en función del desarrollo hegemónico.

Este, al igual que la noción de desarrollo, utiliza valoraciones para dividir al mundo en términos temporales.

A grandes razgos, el concepto de progreso permite instaurar ideas de *lo que es* y *lo que no es* el avance humano. Muñoz Hurtado (2021) lo ilustra al acotar que la idea que se tiene de éxito se aleja de la imagen de un campesino que vive en una choza elaborada con materiales tradicionales, cultiva su parcela y no posee lujos. Es claro que hay poblaciones indígenas y campesinas enteras que viven su cotidianidad de esa manera, pero al no considerar ideal su forma de vida, son segregadas por la sociedad moderna (p. 106). La discriminación surge porque el mundo contemporáneo vive de forma opuesta: hay viviendas de extensa índole, lujos al alcance de la mano y un mercado que satisface las necesidades básicas. El discurso del progreso permite evaluar ambas situaciones y brinda un resultado: la forma de vida acomodada es superior a la forma de vida del campesino. Para llegar a esa conclusión, emplea valoraciones: la forma de vida moderna es “sofisticada, avanzada y deseable”, mientras que la vida del campesino es “obsoleta, primitiva y atrasada”.

Surge ahora otra cuestión: ¿Qué ocurre si no se estuviese inmerso en un contexto que permita realizar ese análisis ponderativo? La respuesta está en el carácter evolucionista que adopta el progreso. En la lectura que hace Waisman (2014) de Herbert Spencer, concluye que la doctrina del avance social se enmarca en la teoría de la evolución biológica; así, la civilización pasa a ser parte de la naturaleza y, en ese sentido, tiende a mejorar paulatinamente con el paso del tiempo, sin regresar nunca a los rasgos “primitivos” pues sus adaptaciones son cada vez más perfectas (pp. 149-151). No es entonces coincidencia que la teoría de la evolución biológica haya surgido en el siglo XIX de la mano de Darwin, mismo siglo en que Campuzano-Hoyos (2021) ubica la unificación del concepto de progreso en América Latina.

De esta forma, el progreso prescinde deliberadamente de los contextos socio-culturales pues confía en que el avance está garantizado siempre que se pueda contrastar el pasado con el tránsito hacia la “civilización”. Un ejemplo podría ser la filosofía aceleracionista. Esta propone la expansión agilizada del sistema capitalista para apurar una transición global a una sociedad más justa, aunque no por la autodestrucción del sistema, como planteaba Marx, sino por considerar que los avances tecnológicos y científicos que trae el capitalismo darán lugar a una sociedad más equitativa (El Cronista, 2024; Srnicek & Williams, 2013). Dicha ideología difícilmente podría haberse gestado en la mente del campesino empobrecido que menciona Muñoz Hurtado (2021), pero el progreso ayuda a superar las barreras del contexto. Para lograrlo, pondera entre un ayer indeseable y un mañana deseable que es inevitable por el constante avance tecnológico. Lo anterior conlleva el

estudio de la historia como una transición lineal y siempre exponencial hacia el mejoramiento, en que se justifica el actual sufrimiento humano en pos de un futuro que, en algún momento, encontrará la solución al problema que causa la penuria (Waisman, 2014, p. 165).

El concepto de progreso es útil al desarrollo hegemónico porque reduce las discusiones sociales, económicas y jurídicas cuando los países subdesarrollados deciden seguir el modelo de los países desarrollados. La clave es limitar la capacidad de decisión de estos países mediante la prejustificación de los objetivos de desarrollo. Así, si el desarrollo hegemónico impuso la meta —actualmente, asimilar los valores capitalistas y de libre mercado—, el progreso explica por qué no se puede avanzar hacia otro objetivo.

El desarrollo hegemónico prospera con el discurso del progreso, ya que rechaza todos los modelos anteriores y contrarios. Se conceptualiza como un avance perpetuo y continuo, que no admite alternativas. El progreso es inducido en la estructura mental cuál máxima de Cristo: *él es el camino, la verdad y la vida; nadie llega a la modernidad si no es por él*.

### **3. Legitimación: puentes entre el derecho y las nociones de progreso y desarrollo**

Para poder perpetuar las nociones hegemónicas del desarrollo y del progreso, estos utilizan herramientas para legitimar su existencia y rechazar modelos alternativos. Particularmente, la herramienta más útil es la dogmática disciplinaria, que se configura cuando la noción hegemónica se incorpora en diferentes áreas del conocimiento. Este tipo de dominación, según Puga y Moya (2020), parte de un valor colectivo que se le atribuye al orden establecido, dicho orden condiciona la conducta de los sujetos inmersos en su contexto, haciendo que sus decisiones no se basen únicamente en intereses individuales (p. 03).

A continuación, se evaluarán la teología y la historia como disciplinas utilizadas para perpetuar las ideas generalizadas de progreso y desarrollo, así como su influencia en las instituciones de la justicia. Estas fueron escogidas debido a que pueden enmarcarse en lo que Puga y Moya (2020) denominan el *mecanismo de disimulación*. Este mecanismo es una forma de legitimar socialmente una corriente basada en la creación de una conciencia artificial, que distorciona el análisis para explicar la existencia de cierto estatus quo y crea un consenso cognitivo que justifica la hegemonía (p. 06). La hipótesis sobre la que se erige este análisis es que la estructura impuesta cobra valor por las conductas implantadas por un consenso ajeno. En otras palabras, los actores sociales, incluidas las instituciones jurídicas,

no toman decisiones de forma independiente, sino que infieren cuál debe ser la elección que deben tomar a partir de las prácticas de los demás, incluso si se aleja de sus valores y creencias (Puga & Moya, 2020; Žižek, 1997).

### 3.1. La teología

En su obra, Dawson (2010 [1995]) arguye que la doctrina cristiana es un elemento elemental e ineludible para comprender la historia del mundo occidental. La naturaleza misma de la religión podría explicar este fenómeno, ya que la espiritualidad puede trascender la esfera interna y personal de los individuos para influenciar el actuar civil, político y económico (Rueda, 2018).

A partir de esta premisa, se entiende que la historia de la religión y la evolución de la teología influyeron en la formación del desarrollo hegemónico. Dada la importancia de la religión en las sociedades occidentales, es relevante mostrar cómo el parámetro vigente de progreso coopta la teología para legitimarse. Si el progreso impide la aplicación de modelos “obsoletos”, se estudiará cómo la teología legitima el modelo “avanzado”, que en América Latina hoy en día es el capitalista.

La relación entre el estudio teológico y el capitalismo no es nueva, puede rastrearse desde los escritos de Max Weber hasta las tesis de Walter Benjamin y Hinkelammert (Aguirre & Rojas, 2020). En primer lugar, se encuentra el factor de realización material en la búsqueda de riqueza y éxito económico. Aunque se ha argumentado desde la teología cristiana que la acumulación de bienes materiales puede llevar a la miseria espiritual (Sanz, 1987), también existe una concepción distinta, que sostiene que la riqueza es una manifestación del designio divino, y que el enriquecimiento personal es una recompensa por la virtud y el trabajo duro (García Fernández, 2003). El argumento gira en torno a valorar moralmente la riqueza y la pobreza en función tanto de si ha sido obtenida justamente como de si no proviene de la “mundanidad” del dinero (Sanz, 1987; García Fernández, 2003). De esta forma, a la luz del desarrollo hegemónico, el progreso utiliza categorizaciones como “bendición” y “maldición” para explicar las desigualdades patrimoniales sin la necesidad de entrar siempre en una evaluación moral interna.

Por lo anterior es que el desarrollo hegemónico, por ejemplo, como argumenta García Nossa (1974), tacha todo movimiento que implique el principio de la solidaridad, no por ser bueno o malo, sino porque lo relega a un ámbito moral y personal: la distribución de la renta no se concibe como un posible dentro del capitalismo, pues cada uno debe ganar su sustento con el sudor de su frente, como lo dicta la máxima cristiana. Así, continúa García Nossa (1974), la transformación social se relega a la caridad y la benevolencia, obviando cuestiones estructurales que determinan la

pobreza, pues no se centra en un derecho exigible al Estado o la sociedad, sino que consiste en una expiación de culpas mediante la piedad y la donación. Por su parte, Milton Friedman (1966), citado por Calvento (2006), sostuvo que no había forma de eliminar las desigualdades de riqueza dado que un modelo de libre mercado garantizaba la libertad para el máximo aprovechamiento de los recursos, pero no su distribución; en ese sentido, la única manera de reducir la disparidad de ingresos es la caridad voluntaria e individual.

En lo que respecta a la forma en que el progreso impide la prevalencia de modelos “obsoletos”, este utiliza una especie de fe ciega en la noción hegemónica del desarrollo, confiriéndole un carácter mesiánico. A guisa de resumen, se trata de un intento por emplear elementos de la religión para eludir la incertidumbre del futuro. La teología cristiana considera al mundo actual inmerso en una “moral pagana” que será purificado con la llegada del reino de Dios, momento en que la realidad se convertirá en un estado utópico, metahistórico e inalcanzable por otros medios (García Fernández, 2003). De la misma manera, el modelo que el progreso actualmente ha considerado “avanzado” es el sistema que rige el extremo “desarrollado” del desarrollo hegemónico, es decir, el capitalista. El esquema liberal-capitalista confía en que la ciencia y el crecimiento económico darán lugar a un estado de justicia y riqueza, como un resultado objetivo e inevitable (Guevara, 2020; Torres, 2021; Castro-Gómez, 2006). En ese sentido, el mesianismo adoptado por el progreso justifica la no aplicación de modelos económico-políticos considerados “anticuados”, explicando que el modelo “avanzado” ineludiblemente llevará al estado de justicia deseado. Para cumplir esas ambiciones, el ordenamiento jurídico debe adaptarse.<sup>1</sup>

### 3.2. La historia

Una vez planteado el punto anterior, aproximarse a la historia como una herramienta de legitimación del desarrollo hegemónico es más comprensible, debido a que la percepción del tiempo constituye una pieza relevante en la formación económica y política de las sociedades (Gandler, 2011). En principio, el estudio de la noción histórico-temporal podría dividirse en dos modelos: la percepción cíclica y la percepción lineal. La primera entiende el tránsito del tiempo como algo repetitivo, cuyo origen suele remontarse a civilizaciones que fundamentaban su desarrollo en aspectos físicos y reiterativos como las mareas, los ciclos zodiacales y los calendarios estacionales (Moreno, 2004). Por el contrario, la segunda lo entiende como un tránsito, un proceso evolutivo, en el cual tienden a representarse las consecuencias de las acciones humanas y naturales como temporales y transitorias. En esta última

1 Las repercusiones normativas se abordarán más adelante.

noción, el tiempo implica un momento inicial de creación y un momento final de cúspide, parámetros frente a los cuales se mide el avance o la proximidad a uno u otro (Moreno, 2004).

En sintonía con el punto anterior, Cordero Cordero (1980) destaca que la prevalencia del cristianismo en occidente constituyó un pilar básico para el imperio de la noción lineal de la historia. En este hay un momento originario determinado donde la tierra y el tiempo se originan —Génesis 1:1-2— y un final específico donde se deja atrás la vieja tierra para acceder a una nueva y renovada —Apocalipsis 21:1—. Más allá de los aspectos espirituales, la cotidianidad tecnológica resulta ser un buen ejemplo para ponderar el mundo entre el pasado y el presente, ya que el conocimiento se ha ido acumulando con el pasar de los años para perfeccionar las técnicas, las artes y el saber general humano (Moreno, 2004).

En esencia, el progreso y el desarrollo hegemónicos se fundamentan en la concepción de la historia como un avance lineal, una concatenación de acontecimientos en que el crecimiento siempre está al alcance. Sobre este punto, Marx subrayó que la economía capitalista necesita de la noción lineal del tiempo para sostenerse, pues mediante este compara lo incomparable: el trabajo distinto de seres humanos distintos (Gandler, 2011). Distintos porque cada civilización humana ha sido sometida a contextos diferentes, pero que el desarrollo hegemónico engloba en valoraciones uniformes que clasifica para ponderar la historia: lo antiguo es obsoleto, lo actual es moderno; lo viejo es primitivo, lo nuevo es sofisticado; lo pasado es arcaico, lo presente es avanzado. En este sentido, afirma Waisman (2014), el progreso confiere inferioridad a los saberes del pasado y considera irrisorio retomar su aplicación.

Partiendo de esa base, Waisman (2014) acota que el progreso se vale de dos elementos cruciales de la historicidad lineal para justificarse: el endiosamiento del ser humano y el endiosamiento de la tecnología. En el primer elemento, la noción mesiánica dota al tiempo de un sentido —la redención—, poniendo así en manos de la humanidad su propio destino y, por tanto, confía en que es capaz de controlar con mejor eficiencia los acontecimientos conforme desarrolla sus capacidades (pp. 142-143) en torno a una meta deseable para toda la especie (p. 152). Asimismo, el endiosamiento de la tecnología supone adoptar una nueva racionalidad por encima de los valores humanísticos. La maquinaria y la ciencia son veneradas siempre que sirvan para aumentar paulatinamente la producción —en torno a los objetivos del desarrollo hegemónico— en ese esquema de evolución histórica e indetenible (Waisman, 2014). Esta reflexión surge, en buena medida, por las acotaciones de Marcuse (1998) sobre la sociedad tecnificada: la ciencia quedó separada de los aspectos éticos, en el sentido de que solo importa la prevalencia del modo de vida establecido.

De esta manera, cobra vida el hecho de que el capitalismo globalizado ya no necesita generar productores sino consumidores ontológicamente inseguros (Castro-Gómez, 2006), con lo que impone una *dictadura de lo dado*, en que cualquier teoría alternativa es desechada como irracional, inútil y mitológica (Marcuse, 1998), pues estima que ir contra el desarrollo hegemónico sería ir contra la historia misma; un modelo en que manifestar el desacuerdo es sinónimo de negar la realidad y buscar el retorno a un pasado “anticuado y primitivo”. Todas estas valoraciones salen a la luz como parte de un estudio crítico y estructural de la historia, pero el progreso presenta dichos postulados como algo tan evidente que no necesitan reflexión. Esto explica por qué autores contemporáneos del libertarismo como Antonini de Jiménez, por ejemplo, sostienen que cualquier intento de redistribución de la riqueza es un esfuerzo totalitario que niega la “realidad” (Libertank & de Jiménez, 2024), pues se asume que la realidad, que no es otra cosa sino el sistema vigente, es irresistible.

La historia es empleada como un parámetro de éxito del progreso, por medio de valoraciones arbitrarias sobre el pasado y el futuro. Por ello, Antonio García Nossa (1972a) llama a las naciones dependientes a rechazar el concepto de *subdesarrollo*, pues este implica que están en una etapa previa al *desarrollo*, un elemento historicista para llevarlas por el camino de los intereses de las estructuras predominantes en el mundo, o lo que es igual, a adoptar la doctrina que le dicta el desarrollo hegemónico.

#### **4. Instituciones jurídicas latinoamericanas: herramienta y contraposición**

El ordenamiento jurídico es el instrumento más eficaz para la noción de progreso y desarrollo, especialmente cuando está influenciado por las herramientas de legitimación mencionadas. El uso del derecho no se limita a la producción de leyes que favorecen a ciertos sectores, sino que también incluye una teoría en las instituciones jurídicas, sin la cual es imposible implementar el concepto hegemónico del desarrollo.

Hasta ahora, las nociones actualmente aceptadas de progreso y desarrollo han sido expuestas como algo dirigido por los organismos de poder hacia la sociedad. Sin embargo, no se puede menospreciar la capacidad crítica de los actores, ni limitarlos a un rol pasivo, como afirma Luc Boltanski (2011). Las instituciones jurídicas no solo cumplen la función de dirigir el comportamiento social, también configuran los límites del poder y la forma en que actúa el Estado, así como los criterios aplicables en la administración de justicia (García Nossa, 1974). El Derecho está constantemente inmerso en la cotidianidad, y eso le brinda un poder transformador. Esa característica permite estudiarlo desde dos dimensiones. Por un lado, se puede

identificar cómo las instituciones jurídicas han sido afectadas por la construcción hegemónica del desarrollo; por otro, se puede examinar cómo el derecho ha sido una contrapartida a las nociones preponderantes enunciadas. Así, se buscará comprender cómo las relaciones sociales cambian con el tiempo mediante el derecho, pues como argumenta Chiapello (2003), cuando esferas rígidas de conocimiento están presentes en la cotidianidad, las relaciones sociales se vuelven opacas, lo que denota un “exceso” de legitimación de sistemas parcializados.

A fin de limitar la investigación, se optará por remitirse al “punto común” del patrimonio como institución jurídica de la mayoría de los cuerpos normativos latinoamericanos. Para lograrlo, primero es necesario establecer las generalidades de los ordenamientos.

El paradigma convencional que triunfó en América Latina fue el monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo sistema de normas centralizadas y jerarquizadas por una soberanía indivisible (Delgado *et al.*, 2020). Como antecedente histórico pueden mencionarse las reformas administrativas napoleónicas que promulgaron un único Código Civil, cuyo impacto repercutió en la cultura de la codificación en los países hispanohablantes (Rozas, 2005). Si bien los códigos civiles no fueron enteramente afrancesados, continúa Rozas (2005), lo relevante en este preámbulo al estudio de las instituciones jurídicas es identificar la preponderancia de la tendencia monista de regular toda la sociedad, independientemente de su pluralidad histórica, en los ordenamientos latinoamericanos.

Cuando el derecho adquiere carácter universal, el desarrollo hegemónico se incrusta más fácilmente y perpetúa su existencia. Mientras invalida otras formas de organización social, la noción del desarrollo utiliza el derecho para promulgar modelos normativos que le permitan prosperar. De aquí surge la preponderancia del carácter individual de la propiedad, las connotaciones valorativas de las poblaciones disidentes del sistema, como los pueblos indígenas, y la regulación de instituciones civiles para mercantilizar y limitar su impacto en el ordenamiento productivo. En suma, el ejercicio de análisis no busca negar o afirmar la aplicabilidad de las instituciones jurídicas, sino resaltar, como acota Santamaría (2015), que existen ciertos aspectos en la dimensión legal que pueden socavar o potenciar un sistema predominante.

#### **4.1. Los derechos de propiedad**

La formulación sobre el derecho de bienes es quizá la más representativa al proponer la economía y el derecho. La propiedad como ámbito privado ha evolucionado a la sombra de la gestación del modelo capitalista, por lo que se trata de una

institución de exclusividades, ya que no es fácil que concurren diferentes modelos de propiedad, mucho menos cuando impera el privatismo persona-cosa (Araya, 2023). No obstante, Araya (2023) también plantea un quebrantamiento del canon histórico de los bienes, que se remonta a “las formas premodernas y plurales de propiedad donde radican las claves para reconstruir un canon propietario no privatista que sirva a economías que transitan hacia los intangibles y a sociedades que miran hacia lo plural y lo colectivo” (p. 109).

El rol mesiánico que el desarrollo hegemónico le ha atribuido a la propiedad gira en torno a su comprensión como algo eminentemente privado e individual. Por eso retornar hacia modelos de posesión colectiva es valorado como “arcaico” o, utilizando las palabras de Araya, “premoderno”. La línea de pensamiento que dicta que la propiedad en su estado más perfecto versa sobre la individualidad y la disposición sobre las cosas fueron adoptadas paulatinamente por los esquemas normativos latinoamericanos. El ordenamiento civilista es el más evidente para evaluar la materia. Rozas (2005) acota que, posterior al Código de Napoleón, surgieron corrientes codificadoras afrancesadas, eclécticas y autóctonas en América Latina, que denotaban la diversidad que existió durante la configuración jurídica de las naciones, supeditadas, en cierta medida, a imitar el dogma francés de regular la sociedad.

En materia de propiedad, el Código de Napoleón la estableció como la facultad de abusar a gusto del dominio sin considerar las repercusiones sociales de tal uso, pero no en la búsqueda de un derecho absoluto y perpetuo, sino en aras de darle fin a los esquemas de propiedad del momento (García, 1996). De esta manera, los primeros ordenamientos civilistas latinoamericanos inspirados en el código chocaron con las corrientes del liberalismo económico. Sobre este punto, García (1996) establece que, para el caso de Chile, fue el profesor Jean-Gustave Courcelle-Seneuil quien exigió revisar la codificación civil para compatibilizar su articulado con los principios del liberalismo económico. El Código Civil chileno, como lo estudió Cordero-Quinzacara (2017), no acogió textualmente los postulados franceses, a pesar de haber incluido una doctrina con la que se protegían bienes públicos sobre los cuales no era posible ejercer dominio ni por particulares ni por el Estado.

La doctrina chilena fue el modelo utilizado por El Salvador en 1859, Ecuador en 1860, Colombia en 1887, Venezuela parcialmente desde 1860, Nicaragua entre 1867 y 1904, y Panamá desde su independencia, e influyó en la codificación de los países del Cono Sur (Cordero-Quinzacara, 2017). Por otro lado, la codificación peruana de 1836 pareció querer integrar el sistema ancestral de propiedad con la corriente occidental, al consagrar bienes comunes que podían pertenecer a comunidades

en su conjunto (Noejovich, 2003). Sin embargo, el código de 1852 reemplazó la noción de bienes comunes por aquellos colectivamente pertenecientes a una comunidad legalmente reconocida, cosa que no solo implicó condicionar las colectividades a un aval por parte del ordenamiento jurídico —ajenos a la naturaleza social y comunitaria de cada agrupación—, sino que también supuso una lucha por la propiedad privada considerando que en el articulado se estableció que todos los bienes serían enajenables (Basadre, 1997; Noejovich, 2003).

Ahora bien, es necesario profundizar en si el desarrollo hegemónico ha impuesto la institucionalización del privatismo de bienes en el ordenamiento jurídico. En lo que respecta al siglo XIX, lo que motivó tal corriente podría ser la tendencia a darle un carácter económico y mercantil a la propiedad, constituyendo el derecho a utilizar una cosa para satisfacer una necesidad (Walras, 2008 [1936], p. 348). Para el siglo XX, Delgado (2009) enuncia tres periodos de la historia latinoamericana: el primero, durante el que prevaleció el modelo agrario que las élites oligárquicas cohonestaron; el segundo, donde la crisis capitalista implicó la diversificación de la producción y la aparición de dictaduras que buscaron representar el progreso industrial, y el tercero, en el cual influye definitivamente el pensamiento neoliberal y se reduce significativamente la intervención del Estado en la economía (pp. 11-13).

El auge del capitalismo amplió las necesidades, para utilizar las palabras de Walras (2008), que debían incorporarse a la demanda. Se buscó incluir cualquier capricho que pudiera manifestar el ser humano, pues todo podría y debería encontrarse en el mercado. Como explica Castro-Gómez (2006), el capitalismo global busca la generación de consumidores que den rienda suelta a sus deseos; se suprimen las estructuras disciplinarias y los limitantes de los deseos, como podría ser el derecho restrictivo de la propiedad.

Por otro lado, Trebilcock y Veal (2008) consideran que resulta simplista hablar de la propiedad privada como el camino al crecimiento económico (p. 403), aunque enfatizan que el régimen formal de propiedad es usualmente visto como condición *sine qua non* del desarrollo, puesto que existen multiplicidad de autores que consideran los regímenes formales como garantes de la propiedad privada en sí misma —si el Estado los hace cumplir, se reduce la incertidumbre, los costos de transacción y la información a terceros— (pp. 410-411). Otros autores consideran que el problema frente a la inseguridad de la propiedad en la economía moderna es un sistema legal formal y respaldado contra la corrupción, aunque consideran que para “los países con bajos niveles de desarrollo, los tipos de instituciones informales que generaron comercio a principios de la Europa moderna pueden ser más

relevantes que los complejos estatutos e instituciones exigentes del actual sistema legal [norte]americano y europeo” (Haggard *et al.*, 2008).

De lo anterior se pueden extraer las ponderaciones valorativas analizadas en la teología y la historia. Los autores emplean los conceptos “formal” e “informal” para conceptualizar el nivel de tecnificación de un sistema jurídico, particularmente en el régimen de propiedad, e indican la prevalencia del primero por sobre el segundo. Aquí podría estar presente la noción de progreso como un avance ineludible hacia el perfeccionamiento jurídico.

En lo que respecta al desarrollo hegemónico, el régimen de propiedad “formal” es enunciado como el camino hacia el avance social. Continuando la línea de Trebilcock y Veel (2008), el régimen formal de propiedad requiere unas precondiciones para triunfar, lo cual impide su implementación en cualquier sociedad, como la presencia de mercados abiertos al crédito y la facilidad de elevar garantías reales, así como un Estado fuerte que garantice el derecho a la propiedad privada en el ámbito institucional, judicial y policial (pp. 464-465).

Esta corriente parece coincidir con las estrategias del Consenso de Washington de 1989, que estableció “recomendaciones” para los países endeudados, principalmente latinoamericanos, entre las que se encontraban la liberalización del sistema financiero y del comercio, la reducción de los aranceles, la eliminación de las trabas a la importación y un derecho de propiedad asegurado y ampliado por el sistema legal (Calvento, 2006).

De esta manera, el derecho latinoamericano fue eliminando estructuras normativas alternas, y priorizando un orden monista en un afán por controlar las acciones de los individuos (Delgado *et al.*, 2020) y descartando las políticas proteccionistas al considerarlas viejas y anticuadas (Pampillo Baliño, 2008), a pesar de que el revisionismo histórico de las principales naciones que hoy abogan por el librecambismo indica que estas se desarrollaron aplicando medidas arancelarias y de estimulación interna (Chang, 2013).

No obstante, en América Latina ha prevalecido cierta resistencia por desarticular las formas asociativas de propiedad. En *La rebelión de los pueblos débiles*, García Nossa (1955) sostiene que se debe a la frustración posterior al empeoramiento de las condiciones de vida con las reformas de liberalización. En países como Chile, República Dominicana, Panamá, Uruguay y Brasil, la pobreza tuvo un leve descenso tras la incorporación de políticas neoliberales, mientras que aumentó en Perú, México, Nicaragua, Venezuela y El Salvador (Calvento, 2006).

En materia jurídica, la resistencia a seguir los preceptos hegemónicos parte de diversas fuentes. En primer lugar, el acceso restrictivo al poder político y legislativo

representó la disonancia entre lo establecido en el ordenamiento y las necesidades sociales de la población. En el caso de Colombia, la Constitución de 1886 determinó requisitos muy específicos para ser senador —en otras palabras, para ingresar al proceso de producción normativa—, entre los que se encontraba disfrutar de una renta mínima anual (Tascón, 1980). Coincidentemente, el Código Civil de 1887, que resultó ser prácticamente una copia del Código chileno (Cordero-Quinzacara, 2017), suprimió el concepto de bienes comunes de Andrés Bello, con que se permitió la privatización individual de la propiedad por encima de cualquier forma asociativa. De la misma manera, el código mantuvo las asignaciones forzosas de la sucesión, por lo que casi siempre los hijos de los grandes patrimonios tuvieron garantizada la herencia de las propiedades de sus padres y, con ella, la facultad para entrar al Senado. Este tipo de barreras de acceso al legislativo estuvieron presentes en prácticamente toda Latinoamérica, remanente hoy día únicamente en la Constitución argentina, que data de 1853 (Base de Datos Políticos de las Américas, 1998).

## 4.2. Las sociedades comerciales

Esta rama encuentra su génesis en el derecho de propiedad, pues es difícil imaginar el derecho comercial sin instituciones sobre los bienes. Juan Andrés Posada Tamayo (2008) destaca que en América Latina se presenta reiteradamente la sociedad familiar, en la que la mayoría accionaria es poseída por miembros de una misma familia. Dicho fenómeno supone un reto cuando se prioriza la apropiada gestión de la sociedad, pues cualquier beneficio a inversionistas externos a la familia es tomado como una “expropiación de los empresarios”, que lleva a la oposición a cualquier tipo de reforma legislativa en la materia (Bedicks & de Arruda, 2005; Posada Tamayo, 2008). Si esto se auna a la herencia forzosa, el resultado es un modelo societario blindado legalmente por preceptos del derecho de bienes y moralmente protegido por la noción individual y dispositiva de la propiedad. A través de la ley, la noción del progreso impone unos límites cognitivos a la administración de la empresa, pues hace presumir que la intromisión en los derechos societarios coarta la libertad y, por lo tanto, la juzga obsoleta y perjudicial pues estima que la ausencia de la libertad es un retroceso histórico, una negación de la realidad.

Si bien no es la única causa, la creciente concentración de capital por parte de las sociedades y de los accionistas mayoritarios en la región es subproducto de lo anterior. Cuando el derecho es aprovechado por el desarrollo hegemónico para justificar un régimen de propiedad exclusivo y una sucesión garantizada, la consecuencia en materia comercial es la formación de una exigua e impermeable élite financiera (García Nossa, 1972b). Ningún accionista estará dispuesto a ceder su

participación si no es por decisión propia, y ningún hijo quedará sin acciones si no es por desheredación. De esta manera, se forman beneficios asimétricos donde la participación mayoritaria está en cabeza de una generación que es capaz de influir en las decisiones empresariales dado su poder. En suma, se genera un ciclo vicioso en el que los inversionistas externos no están dispuestos a invertir, pues temen que los accionistas mayoritarios les despojen de sus inversiones, y estos últimos, de igual forma, garantizan su posición llenando los cargos laborales con amigos, familiares y conocidos de confianza (Paredes, 2004). La participación entonces se vuelve excluyente, reacia, individualista, ignorante de otro tipo de nociones legales como la función social de la propiedad, que no tiene una definición clara y que por ello es relegada a la ponderación moral de cada individuo, con lo que evoca el aspecto caritativo de la teología (García Nossa, 1974).

Sin embargo, la adopción de un modelo de derecho comercial tampoco es irreflexiva u ajena al contexto en que se implementa. Paredes (2004) sostiene que las normas societarias, particularmente las estadounidenses o las centradas en el mercado, no pueden simplemente incorporarse a las naciones periféricas, dada su inviabilidad ante su posible disparidad con las estructuras sociales de la región. Posada Tamayo (2008) subraya también que la tradición del derecho continental supone un reto para las estructuras comerciales, pues dicotomiza el derecho privado entre la rama civil y la mercantil. Aquí subyace un problema de aplicación sustancial, aunque a interés del desarrollo hegemónico: los conflictos sobre la propiedad privada y los delitos económicos no podrían ser tratados en la esfera civil por considerarla inviable (Camarena, 2015, p. 389), dado que implicaría regular lo que no espera que esté regulado.

### **4.3. La reivindicación jurídica de los modelos segregados**

No obstante, es menester regresar a revisar cómo los pueblos latinoamericanos han plantado cierta resistencia a las nociones actualmente preponderantes. Delgado (2009) indica que no es necesario un gobierno constituido para transformar la sociedad, pues el poder no emana únicamente del aparato estatal (p. 61). De allí parte la búsqueda de una teoría propia del desarrollo en los pueblos de América Latina, enmarcada en dos enfoques desde afuera y desde dentro de los órganos jurídicos (García Nossa, 1955).

El primer enfoque destaca la importancia para las comunidades periféricas de participar en el proceso de dirección social establecido en la ley. Esto implica enfrentarse a la noción historicista y valorativa que a veces permea el régimen legal. Andrade (2007) señala que el desarrollo jurídico de occidente estuvo influenciado

por las ideas de Sir Henry Maine, quien sostenía la teoría del evolucionismo cultural. Según esta teoría, los pueblos transitaban un mismo camino de la barbarie a la civilización, lo que subvaloraba las culturas indígenas y favorecía el derecho emanado por el Estado como la forma más perfecta y sofisticada (Delgado *et al.*, 2020). Resulta interesante que el mismo monismo jurídico diera paso a las teorías críticas del derecho, promoviendo el pluralismo. El tránsito de ordenamientos conservadores a vanguardias incluyentes, conscientes de la riqueza normativa de los pueblos, que es posible y está presente en Colombia, Argentina, Chile, México, Bolivia, Perú, Brasil y Venezuela. Este esfuerzo no solo busca armonizar el derecho indígena con el estatal, sino también comprender que pueden existir sistemas yuxtapuestos que garanticen la equidad jurídica (Delgado *et al.*, 2020).

#### **4.4. El daño colectivo como criterio de justicia: casos de resistencia ante la hegemonía**

Por otro lado, el segundo enfoque abarca la resistencia de los pueblos para hacer valer sus formas de asociación —social y patrimonial— en el marco del derecho estatal. Ejemplo notorio, para efectos de este trabajo, es el desdibujamiento de los daños colectivos frente a la reivindicación de la propiedad comunitaria.

Como se argumentó, el sentido hegemónico de la propiedad es la relación material y pecuniaria; por tanto, la teoría del daño suele derivarse de allí. El proceso de transformación de la dogmática jurídica es lento, por ello, la fuente de la justicia que más contribuye a su reconceptualización es la jurisprudencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido transversal en sus providencias, al evaluar los ordenamientos internos y valorar íntegramente los asuntos de tenencia, en especial en materia de tierra. En casos como los de la comunidad indígena parte de la Asociación Lhaka Honhat contra Argentina, la Corte IDH (2021) precisó que interferir sin consentimiento en territorios ancestrales puede acarrear una alteración de la forma de vida e incluso suponer un daño real a su identidad (pp. 56-57). En el mismo sentido, en el caso *Kiwcha de Sarayaku c. Ecuador*, la Corte IDH precisó que el goce y uso del territorio tiene implicaciones en la identidad, por lo que obviar tal hecho acarrea responsabilidad jurídica (Barrera *et al.*, 2020). Una decisión similar fue tomada en el caso *Garífuna c. Honduras*, donde estableció la obligación de garantizar el acceso a recursos naturales e hidrobiológicos a comunidades indígenas a los que han tenido acceso, incluso si no tienen presencia territorial (Barrera *et al.*, 2020).

Quizá el caso que mejor sintetiza el punto a demostrar es el de la *Comunidad indígena sawhoymaxa c. Paraguay*. Allí, la Corte IDH acotó que sobre la tierra no siempre caben las nociones típicas de dominio y posesión, pues aquello sería

sostener que solo hay una forma válida de usufructuar y disponer los bienes, cosa inconcebible dado que hay versiones específicas sobre el goce de la propiedad que derivan de la cultura, usos y costumbres de cada pueblo (del Toro Huerta, 2010). A partir de esta premisa, América Latina se ha ido acercando de a poco a una perspectiva mucho menos individual de la propiedad. La institución patrimonial, como algo susceptible de delimitarse y disponerse a gusto, también puede saberse como parte de un ente colectivo que guarda identidad en sí misma, frente a la cual la individualidad es un sinsentido que no considera los relacionamientos comunitarios (Barrera *et al.*, 2020, p. 1337).

Estas decisiones judiciales contrastan y evalúan con sentido crítico cómo el imperio de la ley se ha configurado, no como una forma de eludir su aplicabilidad, sino para destacar que la pluralidad del mundo no puede encasillarse en una sola corriente legal. No obstante, las comunidades que se mantienen fuera de las decisiones judiciales suelen seguir supeditadas a la interpretación de las nociones hegemónicas del desarrollo. En el caso de Máxima Acuña, a pesar de serle reconocido su derecho a la tierra en un tribunal peruano, la multinacional que pretendía ocupar su predio simplemente lo rodeó, y cercó la propiedad de Máxima dejándola como una especie de enclave en medio de la extracción minera (DW Documental, 2024, 16m0s). Tal forma de apropiarse de la tierra es eminentemente privatista, y salvo lo contemplado en materia de locomoción o servidumbre de paso, el fundamento legal que contempla la identidad de la propiedad y su acceso al ambiente de Máxima es difícil de hacer valer fuera de los tribunales por la preponderancia del modelo hegemónico. Se trata, pues, de un “mestizaje” que hubo en el ámbito institucional, que genera una noción difusa de la propiedad, que aún está pendiente por resolverse (Noejovich, 2003).

## Epílogo

Regresando al marco metodológico de este trabajo, es posible conceptualizar las nociones de progreso y desarrollo actualmente aceptadas en América Latina; es decir, *lo que ahora son* el progreso y el desarrollo. A pesar de ser una idea heterogénea, el desarrollo se ha difundido como una noción de validez global por parte de los países y actores más poderosos del ámbito internacional. La noción hegemónica del desarrollo es una meta imaginaria que le impone a los países periféricos seguir las corrientes económico-políticas de los países “desarrollados”. Producto de esto se desdibuja la multidimensionalidad de la realidad para implementar una única visión del avance social. Para lograrlo, el desarrollo hegemónico emplea

la idea de progreso para incorporar valoraciones polarizadas y así evitar que los países “subdesarrollados” sigan un rumbo distinto. El progreso se nutre de una visión lineal de la historia y una confianza cuasirreligiosa en los modelos vigentes en los países “desarrollados”. En dicha ecuación, el derecho tiene una incidencia sustancial, ya que sus instituciones son las que permiten la adopción de aparatos productivos determinados por el desarrollo hegemónico. En la actualidad, el sistema que siguen los países “desarrollados” es el capitalista, lo cual ha requerido que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en su condición de países “subdesarrollados”, eliminen las barreras financieras y de comercio; garanticen los derechos de propiedad, entendiéndola como una dimensión privada e individual; limiten la intervención en las estructuras comerciales, y garanticen un régimen formal, monista y susceptible de ponderar los demás modelos en el marco de “obsolescencia” y “modernidad”.

No obstante, la contrapartida a las ideas hegemónicas del desarrollo y del progreso se aparta de lo contemplado por Antonio García Nossa (1955; 1972a; 1972b; 1974). Dicho de otra forma, *lo que dejó de ser* el desarrollo y el progreso en América Latina se ha logrado en función de la resistencia a implementar modelos externos, tanto dentro como fuera del sistema normativo. Desde el ordenamiento jurídico se han dejado de lado las barreras para el acceso a la rama legislativa y han sido retomados, o implementados, regímenes de propiedad colectiva que encuentran en el derecho de bienes identidad y formas de vida. La jurisprudencia ha sido clave en el asunto, pues ha logrado estudiar críticamente las nociones hegemónicas sobre la propiedad y desviarse hacia una concepción más amplia de lo que puede considerarse el daño colectivo. Las instituciones de la justicia en América Latina parecen estar cobrando su propia autonomía, al reconocer la presencia de ordenamientos yuxtapuestos y de diferentes formas asociativas por encima de la actual preeminencia patrimonial.

Contrastar de manera crítica la formación y el estado actual de los fundamentos preponderantes del desarrollo abre el camino a entender qué valoraciones hegemónicas están incorporadas en los cuerpos normativos. Mediante el sistema jurídico, América Latina puede encontrar sus propios parámetros de progreso, siempre que tenga herramientas autónomas para reflexionar sobre sus consecuencias.

## Referencias

- Aguirre, J., & Rojas, P. B. C. (2020). Religión, teología y capitalismo: Entre la radicalización neoliberal de la tesis de Benjamín (Agamben) y la búsqueda de alternativas crítico-teológicas (Hinkelammert). *Utopía y Praxis Latinoamericana: Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 25(9), 280-294. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4110931>
- Andrade, O. A. (2007). Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México: Una defensa del pluralismo jurídico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(118), 9-26. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2007.118.3905>
- Araya, P. (2023). La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36(1), 91-111. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502023000100091>
- Bárcena, A. (2016, enero 25). *América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo: ¿Cómo solucionarlo?* Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. <https://www.cepal.org/es/articulos/2016-america-latina-caribe-es-la-region-mas-desigual-mundo-como-solucionarlo>
- Barrera, T. G. V., Sanchez, G. M., & Salazar, B. P. (2020). Propiedad colectiva de la tierra y movimiento indígena en América Latina. *Zenodo*. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4815627>
- Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Requisitos para ser Senador. *Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales*. Georgetown University – Organización de Estados Americanos. <https://pdba.georgetown.edu/Comp/Legislativo/Senado/requisitos.html>
- Basadre, J. (1997). *Historia del derecho peruano*. San Marcos.
- Bedicks, H. B., & de Arruda, M. C. C. (2005). Business ethics and corporate governance in Latin America. *Business & Society*, 44(2), 218-228. <https://doi.org/10.1177/0007650305275301>
- Bergesio, L. (2007). Raíces del pensamiento socio-económico: La división del trabajo en Adam Smith, Karl Marx y Émile Durkheim. *Trabajo y Sociedad*, 8(9), 1-26. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=387334681003>
- Boltanski, L. (2011). *On critique: A sociology of emancipation*. Politi

- Calvento, M. (2006). Fundamentos teóricos del neoliberalismo: Su vinculación con las temáticas sociales y sus efectos en América Latina. *Convergencia*, 13(41), 41-59. <https://www.redalyc.org/pdf/105/10504102.pdf>
- Camarena, C. C. (2015). El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. *Ciencia Jurídica*, 4(8), 187-194. <https://doi.org/10.15174/cj.v4i2.157>
- Campuzano-Hoyos, J. (2021). Disrupting narratives of isolation: The production and circulation of ideas in Colombia about Latin America's progress, 1870–1900. *Trashumante*, 17, 126-149. <https://doi.org/10.17533/udea.trahs.n17a06>
- Castellano, H. (2005). *La planificación del desarrollo sostenible: Contenidos, entorno y método*. Editorial Cendes.
- Castro-Gómez, S. (2006). The Messiah device: Living work and redemption in Hardt and Negri's political philosophy. *Athenea Digital*, 1(10), 56. <https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v1n10.292>
- Chang, H. (2013). *Patada a la escalera: La verdadera historia del libre comercio*. RePEc: Research Papers In Economics. <https://econpapers.repec.org/paper/col000418/012235.htm>
- Chiapello, È. (2003). Reconciling the two principal meanings of the notion of ideology. *European Journal of Social Theory*, 6(2), 155-171. <https://doi.org/10.1177/1368431003006002001>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021, December). *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/355.asp>
- Cordero Cordero, G. (1980). Concepción cíclica y lineal de la historia. *Praxis*, 18-17. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/praxis/article/view/11589>
- Cordero-Quinzacara, E. (2017). Los bienes públicos en el pensamiento de Andrés Bello y en el código civil chileno. *Jurídicas*, 14(2), 117-140. <https://doi.org/10.17151/jurid.2017.14.2.8>
- Dawson, C. A. (2010). *La religión y el origen de la cultura occidental*. Ediciones Encuentro.

- Delgado, H. E. L., Cabrita, C. M. M., Paucar, J. M. P., & Tapia, M. E. Á. (2020). Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina: Como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(5), 381-388. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n5/2218-3620-rus-12-05-381.pdf>
- Delgado, J. O. (2009). Hacia una teoría latinoamericana del desarrollo. *Revista Argentina de Sociología*, 7(12), 47-75. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26912284003>
- Dubois, A. (2002). Un concepto de desarrollo para el siglo XXI. *Revista Lúmina*. <https://www.institutodeestudiosglobales.org/resources/Un%20concepto%20de%20desarrollo%20para%20el%20siglo%2021..pdf>
- DW Documental. (2024, enero 21). *La lucha contra las corporaciones globales en América Latina* | DW Documental [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=RPPlajBD1f0>
- El Cronista. (2024, January 28). Qué es el aceleracionismo, la nueva filosofía inglesa que promete superar a todas las anteriores. *El Cronista*. <https://www.cronista.com/espana/actualidad-es/que-es-el-aceleracionismo-la-nueva-filosofia-inglesa-que-promete-superar-a-todas-las-anteriores/>
- García Fernández, J. M. (2003). La identidad cristiana ante el dinero y los bienes materiales. *Scripta Fulgentina: Revista de Teología y Humanidades*, 13(25), 93-118.
- Gandler, S. (2011). Para un concepto de no lineal de historia: Reflexiones a partir de Walter Benjamin. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, 11(1). <https://doi.org/10.12957/epp.2011.8753>
- García, E. B. (1996). El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. *Revista Chilena de Derecho*, 23(1), 7-12. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77706>
- García Nossa, A. (1955). *La rebelión de los pueblos débiles, nacionalismo popular y anti-imperialismo* (2da ed.). Editorial Juventud.
- García Nossa, A. (1972a). *Atraso y dependencia en América Latina: Hacia una teoría latinoamericana del desarrollo*. El Ateneo.
- García Nossa, A. (1972b). *Una vía socialista para Colombia*. Ediciones Cruz del Sur.

- García Nossa, A. (1974). *Gaitán y el camino de la revolución colombiana* (2nd ed.). Ediciones Camilo.
- Guevara, V. M. A. (2020). Problemas de legitimación en el capitalismo global. *Sociológica (México)*, 35(100), 45-80. <https://doi.org/10.33776/soc.v35n100.2007-8358>
- Haggard, S., MacIntyre, A., & Tiede, L. (2008). The rule of law and economic development. *Annual Review of Political Science*, 11(1), 205-234. <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.10.081205.100244>
- Hidalgo Tuñón, A. (2000). Teorías, historias y modelos de la idea de desarrollo: Una interpretación y cinco cánones. *Revista el Basilisco*, (28), 41-64. <http://hdl.handle.net/10651/23149>
- Irausquín, C., Colina, J., Moreno, D., & Marín, F. (2016). Fundamentos conceptuales del desarrollo. *Multiciencias*, 16(3), 288-293. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90453464007>
- Jiménez, K. J. M. (2020). Entre la teoría del desarrollo y la teoría alternativa en América Latina: Algunas tensiones, retos y propuestas. *Estudios Políticos*, 58, 67-85. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n58a04>
- Libertank, & de Jiménez, A. (2024). *No somos iguales en la igualdad, ni hacemos lo mismo con lo mismo* [Video]. Instagram. [https://www.instagram.com/reel/C4B1ecexWiC/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link&igsh=MzRIODBiNWFLZA==](https://www.instagram.com/reel/C4B1ecexWiC/?utm_source=ig_web_copy_link&igsh=MzRIODBiNWFLZA==)
- Marcuse, H. (1998). *El hombre unidimensional: Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*. Grupo Planeta.
- Moreno, D. R. (2004). Acercamiento a la percepción del tiempo y sus implicaciones en el estudio histórico. En C. Navajas Zueldia (Coord.), *Actas del IV Simposio de Historia Actual* (383-396). Instituto de Estudios Riojanos.
- Muñoz Hurtado, K. T. (2021). *Incidencia de la concepción hegemónica de desarrollo en la construcción social del hábitat desde los modos de habitar campesinos sur caucanos* (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia). <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/80332>
- Naciones Unidas. (2021, October 24). *La desigualdad está creando tanta desconfianza que la sociedad no confía en las instituciones*. <https://news.un.org/es/story/2021/09/1497362>

- Noejovich, H. O. (2003). La noción abstracta de propiedad en América: Una visión desde los Andes. *Derecho PUCP*, 56, 989-1014. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.026>
- Ortiz, A. B., Rocchi, S., & Kuhndt, M. (2005). *Negocios y sostenibilidad: Más allá de la gestión ambiental*. Editorial Politécnico Grancolombiano.
- Pampillo Baliño, J. P. (2008). Del «Mos Europaeus» al «Mos Americanus Iura Legendi»: Una propuesta de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica americana. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 8, 117-160.
- Paredes, T. A. (2004). A systems approach to corporate governance reform: Why importing U.S. corporate law isn't the answer. *William and Mary Law Review*, 45(3), 1055-1092. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol45/iss3/7/>
- Posada Tamayo, J. A. (2008). Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho de la estructura societaria en Latinoamérica. *Estudios de Derecho*, 66(146), 111-146. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.2400>
- Puga, I., & Moya, C. (2020). El mecanismo de inversión ideológica: Sobre los procesos de legitimación del capitalismo. *Revista Internacional de Sociología*, 78(2), 157. <https://doi.org/10.3989/ris.2020.78.2.18.164>
- Rozas, J. C. F. (2005). El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del Segundo Centenario. En *El Derecho Internacional en Tiempos de Globalización*. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/6554/>
- Rueda, A. I. R. (2018). La religión y la formación de la civilidad. *Sophia*, 24, 171. <https://doi.org/10.17163/soph.n24.2017.05>
- Santamaría, R. A. (2015). El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. *Insurgencia*, 1(1), 165-194. <https://doi.org/10.26512/insurgencia.v1i1.18803>
- Sanz, J. H. (1987). Capitalismo y cristianismo: Reflexiones sobre el sentido humano del capitalismo. *Cuadernos del Pensamiento Liberal*, 61-83. <https://idus.us.es/handle/11441/91516>
- Srnicek, N., & Williams, A. (2013). *Manifiesto por una política aceleracionista*. <https://syntheticedifice.files.wordpress.com/2013/08/manifiesto-aceleracionista1.pdf>

- Tascón, T. E. (1980). *Historia del derecho constitucional colombiano*. <http://ci.nii.ac.jp/ncid/BA73513768>
- del Toro Huerta, M. I. (2010). El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(10). <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2010.10.319>
- Torres, R. H. (2021). Liberalismo económico y doctrina moral católica. *Procesos de Mercado*, 8(1), 121-160. <https://doi.org/10.52195/pm.v8i1.263>
- Trebilcock, M. J., & Veel, P. (2008). Property rights and development: The contingent case for formalization. *Social Science Research Network*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1084571>
- Utria, R. D. (2002). *El desarrollo de las naciones: Hacia un nuevo paradigma*. Sociedad Colombiana de Economistas.
- Waisman, L. M. (2014). El mito del progreso. *Ars Brevis: Anuario de la Càtedra Ramon Llull Blanquerna*, 20, 136-167. <https://raco.cat/index.php/ArsBrevis/article/view/295322>
- Walras, L. (2008). Teoría de la propiedad. *Revista de Economía Institucional*, 10(18), 345-376. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/78>
- Žižek, S. (1997). The supposed subjects of ideology. *Critical Quarterly*, 39(2), 39-59. <https://doi.org/10.1111/1467-8705.00097>