

Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal

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

Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?

Catalina Fernández Cortés y Andrés Jiménez Laureano

La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo

Brih Carolina Bula Beltrán

Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016

Alejandro Sánchez Zárate y Karina García Morales

La depuración étnica en el derecho internacional frente al derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger

Luciano Peccoreo

La desaparición forzada de la identidad: la justicia internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los niños robados

Raquel Vainjó Vicedo

Compatibilizando el ordenamiento jurídico brasileño y el Estatuto de Roma a la luz del transconstruccionismo: la cuestión de la cadena perpetua

François Cerrogo Altes Lopez Filho

El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada

Isabel García Domínguez

¿Cómo hacen factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico conductual

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género

Marcel Sánchez-Moreno

Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres: partiendo de la perspectiva del pluralismo jurídico

Marcela Moreno Buján



Bogotá, Colombia - Número 8

ISSNe: 2346-3120

Doi: doi.org/10.12804/anidip

ANIDIP

ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Iberoamerican Yearbook of International Criminal Law

Annuaire Iberoaméricain de Droit International Pénale

Anuário Iberoamericano de Direito Internacional Penal





ANUARIO IBEROAMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL PENAL, ANIDIP

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

ISSNe: 2346-3120

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

DIRECTOR

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

EDITOR

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

SECRETARÍA

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

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

COMITÉ EDITORIAL

Coelho Zilli, Marcos Alexandre (Brasil)

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

Galaín Palermo, Pablo (Uruguay)

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

Kiss, Alejandro (Argentina)

Letrado de Sala, Corte Penal Internacional (Países Bajos)

Mateus Rugeles, Andrea (Colombia)

Magistrada auxiliar, Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)

Pansters, Wil (Países Bajos)

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

Pérez Cepeda, Ana Isabel (España)

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España)

Villegas, Myrna (Chile)

Profesora de Derechos Humanos, Universidad de Chile (Chile)

COMITÉ CIENTÍFICO

Abrão, Paulo (Brasil)

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

Fornasari, Gabriele (Italia)

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Trento (Italia)

García Ramírez, Sergio (México)

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

Kress, Klaus (Alemania)

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

Muñoz Conde, Francisco (España)

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

Stahn, Carsten (Alemania)

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

Vervaele, John (Países Bajos)

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

COMITÉ HONORARIO

Blattmann, René (Bolivia)

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

Odio Benito, Elizabeth (Costa Rica)

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

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

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

Steiner, Sylvia H. (Brasil)

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

Universidad del Rosario

Rector

Juan Alejandro Cheyne

Vicerrector

Sergio Andrés Pulgarín Molina

Síndico

Juan Manuel Ospina Sanmiguel

Secretaría general

Catalina Lleras Figueroa

Decano Facultad de Jurisprudencia

José Alberto Gaitán Martínez

Vicedecana Facultad de

Jurisprudencia

Laura Victoria García Matamoros

Preparación editorial

Tatiana Morales Perdomo

Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo

Lina Morales

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: <http://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/vol8>

Editorial

Héctor Olasolo Alonso y Mario Urueña Sánchez

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?

Catalina Fernández Carter y Andrea Jiménez Laurence

La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo

Enith Carolina Bula Beleño

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN DESDE OTRAS ÁREAS DE LAS CIENCIAS HUMANAS Y SOCIALES

Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016

Alejandro Sánchez Zárate y Karina García Morales

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN Selecionados del IX Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner

La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger

Luciano Pezzano

La desaparición forzada de la identidad: la justicia internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los niños robados

Raquel Vanyó Vicedo

Compatibilizando el ordenamiento jurídico brasilero y el Estatuto de Roma a la luz del transconstitucionalismo: la cuestión de la cadena perpetua

Francisco Camargo Alves Lopes Filho

El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada

Isabel García Domínguez

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados del III Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

¿Cómo hacer factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico-conductual

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género

Manuel Sánchez-Moreno

Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres a partir de la perspectiva del pluralismo jurídico

Marcela Moreno Buján

Editorial

Nos complace dar la bienvenida al octavo volumen (2020) del *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP)*, que continúa con el proyecto iniciado en 2013 para la promoción de la investigación, desde los distintos aspectos de las humanidades y las ciencias sociales, sobre las áreas de paz y conflicto armado, graves violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales, justicia internacional (en particular penal) y justicia transicional, en lengua española y portuguesa.

El lector observará que en el presente volumen del *ANIDIP* se siguen combinando los artículos de investigación desde el derecho internacional penal (sección I), artículos de investigación escritos desde otras áreas de las ciencias humanas y sociales (sección II), y ensayos de investigación seleccionados a través de los certámenes Blattmann, Odio Benito y Steiner sobre Justicia Internacional Penal (sección III), y de estudios críticos sobre la justicia (sección IV). De esta manera, se continúa fortaleciendo la dimensión social del *ANIDIP*, consistente en la publicación de trabajos de alta calidad escritos por jóvenes investigadores que participan en los mencionados certámenes. Además, se sigue promoviendo la publicación de artículos de investigación que aborden desde otras áreas del derecho y desde las distintas ciencias humanas y sociales el objeto de estudio del *ANIDIP*.

En cuanto al contenido sustantivo de este volumen, la sección de artículos de investigación recoge, en primer lugar, el trabajo de Catalina Fernández Carter y Andrea Jiménez Laurence, titulado “Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?”. En este, las autoras examinan la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) sobre los criterios y requisitos de las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25.3(a) del Estatuto de la CPI, identificando que todavía persisten inconsistencias y falta mayor detalle en esta jurisprudencia. En segundo lugar, esta sección presenta el artículo de Enith Carolina Bula Beleño cuyo título es “La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo”. Este texto identifica las tensiones entre justicia restaurativa, retributiva y distributiva en la justicia transicional para analizar el modelo de la Jurisdicción Especial para la Paz

colombiano, concluyendo que, de los tres componentes, el que mayor peso tuvo en el diseño de este modelo fue el retributivo.

En la sección II, Alejandro Sánchez Zárate y Karina García Morales contribuyen con un aporte denominado “Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016”. Tal contribución se enfoca en los factores socioeconómicos asociados a la desigualdad en el acceso, habilidades, uso y disponibilidad de dispositivos o plataformas digitales. En particular, su análisis se centra en el caso del uso de internet en México y Uruguay a través de variables como el estrato socioeconómico, el grupo generacional y el sexo, para constatar que, en Uruguay, pero más notablemente en México, ciertas brechas digitales todavía se hacen presentes en sus sociedades.

Cuatro ensayos de investigación han sido seleccionados por el jurado internacional de la IX Edición (2020) del Certamen de Ensayos Blattmann, Odio Benito y Steiner (CEBOS) para su publicación en el volumen 8 del *ANIDIP*. Se trata, primeramente, del excelente ensayo ganador del certamen, titulado “La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger”, cuyo autor es el profesor de derecho internacional público Luciano Pezzano. Este ensayo aborda el nacimiento y evolución del concepto de depuración étnica en las relaciones internacionales y los órganos de las Naciones Unidas. Sobre esta base, realiza a continuación un ejercicio similar partiendo de la jurisprudencia y las normas aplicables del derecho internacional penal. Finalmente, aborda su inclusión en el concepto de responsabilidad de proteger.

El segundo lugar en el certamen fue para Raquel Vanyó Vicedo y su escrito “La desaparición forzada de la identidad: la justicia internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los niños robados”. En esta investigación, las trabas impuestas por las autoridades políticas y judiciales españolas al avance de las investigaciones relativas a la desaparición forzada de niños durante la dictadura de Francisco Franco, junto a otras violaciones a los derechos humanos, postulan a la justicia internacional penal como la única opción de cara al acceso de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Habiendo obtenido el tercer lugar del certamen, Francisco Camargo Alves Lopes Filho y su ensayo titulado “Compatibilizando o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma à luz do transconstitucionalismo: a questão da prisão perpétua” nos ofrecen una propuesta desde el transconstitucionalismo para intentar compatibilizar el ordenamiento jurídico brasileiro con el Estatuto de la CPI a propósito de la discusión sobre la prisión perpetua.

El cuarto y último ensayo de la IX Edición del CEBOS seleccionado para publicación se titula “El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada”. En él, Isabel García Domínguez profundiza en cómo el derecho penal español abarca los delitos de odio a través de su código penal, la jurisprudencia y la doctrina, combinando su análisis con un estudio comparado con otros países como Alemania, el Reino Unido y los países latinoamericanos. La autora concluye que en España la legislación es sólida, pero insuficiente, en la penalización de estos delitos, y que, por lo tanto, se hace necesaria la inclusión de una motivación aprofundada.

Tres ensayos de investigación han sido seleccionados por el jurado internacional del III Certamen (2020) de Estudios Críticos sobre la Justicia (CECJ) para su publicación en el volumen 8 del *ANIDIP*. En primer lugar, el magnífico estudio ganador, escrito por el abogado Diego Alejandro Sánchez Cárdenas, denominado “¿Cómo hacer factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico-conductual”, texto en el que se ofrece un enfoque tendente a viabilizar los derechos de los animales y del medio ambiente mediante la reordenación de las funciones jurídicas de los sistemas de derechos fundamentales, para incluir su desarrollo jurídico con respecto a otras formas de vida.

En segundo lugar, el estudio de Manuel Sánchez Moreno “Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género” refleja el contraste entre la metodología jurídica feminista y las dimensiones de la justicia transicional, aterrizado a estudios de casos. Con ello se busca analizar la forclusión y el fundacionalismo en tanto causas de la exclusión y la invisibilización ante el derecho de las mujeres, valiéndose de propuestas teóricas feministas.

El presente volumen del *ANIDIP* concluye con el estudio de Marcela Moreno Buján, titulado “Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres a partir de la perspectiva del pluralismo jurídico”. En este se aplica una perspectiva antropológica y sociojurídica para visibilizar el uso de la mediación y las prácticas reconciliatorias, con el fin de tratar los conflictos sociales de forma autocompositiva en distintas culturas, separándose así de la manera heterocompositiva hegemónica para intervenir en conflictos sociales.

Para finalizar, queremos agradecer una vez más a la Casa Editorial de la Universidad del Rosario, a la Editorial Tirant lo Blanch y al Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIPH), por la confianza que desde sus inicios han depositado en este proyecto. Así mismo,

queremos dar las gracias a todos aquellos que han hecho posible que hoy salga a la luz este octavo volumen del *ANIDIP*, en especial a Andrés Sánchez Sarmiento (quien ha desempeñado en este volumen las funciones de secretaria del *ANIDIP*).

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

Bogotá, D. C., 21 de septiembre de 2020

Héctor Olasolo Alonso
Director, ANIDIP

Mario Urueña Sánchez
Editor, ANIDIP

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Desde el Derecho Internacional Penal

Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal
Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?
Catalina Fernández Carter y Andrea Jiménez Laurence

La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia
predominantemente retributivo
Enith Carolina Bula Beleño

Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?

Perpetration in the Case Law of the International Criminal Court: How Does the Court Come of Age?

Autoria na jurisprudência da Corte Penal Internacional: como chega a Corte à maioridade?

Catalina Fernández Carter*

Andrea Jiménez Laurence**

Fecha de recepción: 05 de junio de 2020

Fecha de aprobación: 14 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9895>

Para citar este artículo: Fernández, C., & Jiménez, A. (2020). Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad? *ANIDIP*, 8, 1-30. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9895>

Resumen

Este trabajo examina y sistematiza la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de autoría, según se encuentra prevista en el artículo 25.3(a) del Estatuto de Roma. El objetivo es determinar si los criterios y requisitos de esta forma de responsabilidad en sus cuatro variantes (autoría directa, coautoría, autoría mediata y coautoría mediata) se encuentran bien asentados en las decisiones de la Corte Penal Internacional o si, por el contrario, existen aún aspectos en que se identifican imprecisiones o diferencias de criterio dentro de la Corte, que requieren ser aclaradas en los años venideros.

Palabras clave: autoría; dominio del hecho; control sobre el crimen; responsabilidad penal individual; Corte Penal Internacional.

* Abogada de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge. Académica de Derecho Internacional en la Universidad de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: catafernandez@gmail.com

** Abogada de la Universidad de Chile y estudiante de Magíster en Derecho de la Universidad de Copenhague. Correo electrónico: andrea.jimenezlaurence@gmail.com

Las autoras desean agradecer a la profesora Dra. Claudia Cárdenas Aravena por su guía en la elaboración de esta investigación.

Abstract

This article examines and systematizes the case law of the International Criminal Court regarding perpetration, as provided for in article 25.3(a) of the Rome Statute. The purpose is to determine if the criteria and requirements of this form of responsibility in its four variants (direct perpetration, co-perpetration, indirect perpetration, and indirect co-perpetration) are well established in the case law of the International Criminal Court or whether, on the contrary, there are still aspects that are imprecise or where differences of opinion within the Court persist that need to be clarified in years to come.

Keywords: Perpetration; control over the act; control over the crime; individual criminal responsibility; International Criminal Court.

Resumo

Este trabalho examina e sistematiza a jurisprudência da Corte Penal Internacional em matéria de autoria, segundo se encontra prevista no artigo 25.3(a) do Estatuto de Roma. O objetivo é determinar se os critérios e requisitos desta forma de responsabilidade em suas quatro variantes (autoria direta, coautoria, autoria mediata e coautoria mediata) se encontram bem assentados nas decisões da Corte Penal Internacional ou se, pelo contrário, existem ainda aspectos em que se identificam imprecisões ou diferenças de critério ao interior da Corte, que requerem ser aclaradas nos anos vindouros.

Palavras-chave: autoria; domínio do facto; controle sobre o crime; responsabilidade penal individual; Corte Penal Internacional.

Introducción

El 17 de julio de 1998 se acordó la adopción del Estatuto de Roma (ER) que creó la Corte Penal Internacional (CPI), el cual entró en vigor —tras la ratificación número 60— el 1º de julio de 2002. Por lo tanto, en el año 2020, la Corte cumplió 18 años, llegando a la mayoría de edad.

En este período de funcionamiento de la Corte, han surgido diversos debates respecto al ejercicio de su competencia, particularmente sobre las formas de responsabilidad penal individual previstas en el ER. Dichos debates se han reflejado en diferencias de criterio sobre las formas de autoría, que han variado según la composición de la sala o la evolución en el tiempo. Para ilustrar estos cambios, el presente artículo pretende hacer una sistematización de los criterios utilizados por la CPI en materia de autoría. La consistencia en su aplicación se analizará revisando

las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas que han sido dictadas hasta esta fecha.

Este trabajo parte de la convicción de que tal sistematización es necesaria. En efecto, delimitar las formas de autoría aplicables por la CPI resulta fundamental para cumplir con los principios que constituyen la base del derecho penal: por una parte, el principio de legalidad, que *inter alia* exige determinar si la contribución estaba efectivamente penada al momento de la comisión (Gallant, 2008); y, por otra, el principio de culpabilidad —a veces también llamado principio de responsabilidad penal individual—, que exige distinguir la actuación de quien cometió el crimen, quien cooperó con este y quien no tuvo una intervención penalmente relevante (Cassese, 2003; Raimondo, 2008).

Sin embargo, dado que en el ámbito de los crímenes internacionales lo normal es la actuación colectiva, en muchos casos la autoría puede verse diluida por la forma misma de comisión de estos delitos. Esto puede resultar en la impunidad de los principales criminales, que se subestime su grado de responsabilidad (Olasolo, 2013), o generar cuestionamientos sobre la correcta atribución de los delitos (Weigend, 2014). Atendidos esos riesgos, es primordial determinar la forma de responsabilidad aplicable, y es por eso que una sistematización de los criterios aplicables resulta fundamental.

1. Modelos de responsabilidad penal individual

Con anterioridad a la creación de la CPI, el derecho penal internacional había desarrollado esencialmente dos modelos de responsabilidad penal individual: el modelo unitario, que no distingue entre autores y partícipes, adoptado por los tribunales de Núremberg y Tokio (Olasolo, 2013); y el modelo diferenciador, que sí realiza esa distinción (Vest, 2014). En este último, la distinción entre las contribuciones a un delito tiene un contenido normativo, que se manifiesta en la diferenciación entre las sanciones (Werle & Jessberger, 2017), y el carácter derivativo de la responsabilidad de los partícipes (Cassese, 2009).

En términos generales, los defensores del modelo diferenciador indican que este permite cumplir con el principio de culpabilidad, que no solo requiere que la sentencia sea proporcional a la responsabilidad de la persona, sino que esta refleje las diferencias moralmente significativas de la culpabilidad entre los participantes (Jackson, 2016). Igualmente, se ha sostenido que este modelo permite que el acusado sea adecuadamente informado de los cargos en su contra, y se eviten formas de culpa colectiva (Aksenova, 2015). Se señala además que el modelo diferenciador permite cumplir con el principio de *fair labelling*, que exige

etiquetar correctamente la contribución de una persona al delito para permitir que la justicia se manifieste, considerando la función denunciatoria y educacional del castigo (Van Sliedregt, 2015).

Bajo el modelo diferenciador, se han desarrollado tres criterios para distinguir entre autores y partícipes: uno objetivo, que indica como autores a aquellos que realicen físicamente los elementos objetivos del delito; uno subjetivo, que caracteriza como autores a aquellos que hayan tenido la intención de cometer el delito; y el criterio de control sobre el crimen, que reconoce como autores a quienes tienen control sobre la comisión del crimen (caso Lubanga, 2007; Bantekas, 2010). Si bien el modelo objetivo no ha tenido aplicación en el derecho internacional, el modelo subjetivo fue adoptado por los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, en aplicación de la doctrina de la empresa criminal conjunta (Olasolo, 2013; Fernández & Jiménez, 2016).

Para los efectos de este artículo, nos enfocaremos exclusivamente en el tercer criterio: el del dominio del hecho o el control sobre el crimen, que ha sido adoptado por la CPI. Conforme con este, son autores quienes tienen dominio sobre la comisión de un crimen, estén o no presentes al momento de su ejecución. Esta teoría, desarrollada por el jurista Claus Roxin, se presentó como una respuesta a las aproximaciones objetiva y subjetiva. En palabras de Roxin (2011): “Una persona es autor si controla el curso de los eventos; uno que, en contraste, meramente estimula en otro la decisión de actuar o le ayuda a hacerlo, pero deja la ejecución al acto atribuible de la otra persona, es un instigador o cómplice” (p. 196).

2. Autoría en la jurisprudencia de la CPI

El ER regula la responsabilidad penal individual en su artículo 25.3. Dicha disposición ha sido interpretada por la Corte adoptando un modelo diferenciador, que distingue la autoría —prevista en el artículo 25.3(a)— de la participación —contenida en las letras (b) a (d) del mismo artículo—.

A fin de realizar tal distinción, a partir del caso Lubanga (2007), la Corte descartó el criterio objetivo, puesto que la autoría mediata —reconocida en el ER— no podía ser conciliada con la idea de limitar la autoría solamente a quienes físicamente llevan a cabo los elementos del crimen. La Corte también rechazó el criterio subjetivo indicando que, si los redactores del ER hubiesen tenido ese criterio en mente, la figura del artículo 25.3(d) hubiese sido la base del concepto de coautoría, en circunstancias en que ella corresponde a una forma de participación. Por lo mismo, la Corte decantó por el enfoque del dominio del hecho, indicando que los autores no están limitados a aquellos que físicamente llevan a cabo los elementos

objetivos del crimen, sino también a aquellos que, sin estar presentes en la escena del crimen, controlan o dirigen su comisión, puesto que deciden si y cómo el crimen será cometido.

La aplicación por parte de la Corte de la doctrina del dominio del hecho fue controvertida. Por ejemplo, en el caso Lubanga, el juez Fulford (2012) sostuvo que la Corte estaba importando una teoría alemana y aplicándola como fuente del derecho. Parte de la doctrina también rechazó la aplicación de esta doctrina en el marco del ER (Ohlin, 2015). No obstante, la Sala de Apelaciones en el mismo caso Lubanga (2014) aclaró que no estaba proponiendo aplicar una doctrina legal particular como fuente de derecho, sino guiándose por enfoques adoptados en otras jurisdicciones, para interpretar de forma coherente y persuasiva el Estatuto, lo que no supondría una infracción de los principios de legalidad o *pro reo*.

Siguiendo a Ambos (2012), creemos que más que elementos geográficos o culturales, lo que le da validez a una teoría es su persuasión. De esta manera, la Corte no necesita acreditar que la doctrina elaborada por Roxin forme parte del derecho consuetudinario, sino que basta con que esta sea la doctrina más apropiada para dotar de coherencia al ER, cuestión que no era posible aplicando las teorías objetiva y subjetiva. Así mismo, y como reconoce Van Sliedregt (2012), la doctrina del dominio del hecho es útil para lidiar con el tipo de criminalidad sistémica que enfrentan los tribunales internacionales.

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina ha generado una discusión adicional dentro de la Corte. En el caso Lubanga (2012), la Corte indicó que era necesario utilizar la doctrina del dominio del hecho para distinguir entre las diversas formas de responsabilidad del ER, de manera que la autoría pudiera expresar la culpabilidad de las personas más responsables por los crímenes. De este modo, la Corte sugirió la existencia de una jerarquía en el artículo 25, que ya había sido insinuada en Mbarushimana (2011). Esta misma idea fue ratificada en la apelación del mismo caso Lubanga (2014), donde la Corte señaló expresamente que existiría una jerarquía de culpabilidad en el artículo 25, y que, siendo todas las demás circunstancias iguales, una persona que comete un crimen tiene mayor culpabilidad que la que contribuye a él.

Sin embargo, esta interpretación no fue pacífica dentro de la Corte. De hecho, contemporáneamente a la decisión de Lubanga, otra sala en el caso Katanga (2014) manifestó precisamente lo contrario: que no existía tal jerarquía en el artículo 25 del ER.

En decisiones más recientes, el tema aún parece no estar resuelto. Mientras en Al Mahdi (2016b) la Corte sostuvo que no existiría jerarquía, la Sala de Apelaciones

en Bemba, Kilolo, Mangenda, Babala & Arido (Bemba et al., 2018b) expresó que la diferencia entre cometer un crimen y contribuir a él se reflejaría en un grado diverso de participación o intencionalidad que sería relevante para la determinación de la sentencia, cuestión que parece insinuar una jerarquía, al menos para efectos de la pena. Por su parte, la doctrina se divide entre quienes sostienen que existiría tal jerarquía entre las formas de autoría y participación (Ambos, 2012; Werle & Jessberger, 2017), y quienes lo rechazan (Aksenova, 2015).

La pregunta por la existencia de una jerarquía en el artículo 25.3 del ER puede abordarse de dos maneras. Primero, acudiendo al sentido corriente de los términos, puede verse que la hipótesis recogida en el artículo 25.3(a) es una figura principal, que regula la situación de quien comete un crimen. Por su parte, las letras (b)-(d) recogen figuras accesorias, según se refleja en las mismas formas verbales que presuponen la comisión del crimen por parte de otro. En efecto, las formas de responsabilidad de las letras (b)-(d) son dependientes de la existencia de una forma de autoría (Gil, 2014), y no suponen la violación de la misma norma prohibitiva, sino que son extensiones de responsabilidad (Kiss, 2019).

Una segunda pregunta es si aquello debe traducirse en una jerarquía en la sanción, existiendo una penalidad mayor para quienes son autores. No obstante, no parece ser necesario establecer una regla general, pues ello dependerá del caso. Quien ordena la comisión de múltiples crímenes puede tener mayor reproche que quien comete solo uno. Igualmente, quien se encuentra en una posición de autoría puede merecer mayor reproche que quien tiene un cargo inferior, aunque el primero colabore y el segundo cometa el crimen. En ese sentido, resulta innecesario e inadecuado establecer una regla aplicable a todos los casos.

3. Autoría directa

La autoría directa corresponde a la primera hipótesis del artículo 25.3(a), y abarca a quien comete un crimen “por sí solo”. Ella ha sido desarrollada por la CPI en siete decisiones de confirmación de cargos¹ y dos sentencias definitivas,² enumerando dos requisitos.

- 1 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ntaganda (2014) y Al Hassan (2019). En Ongwen (2016) y Al Mahdi (2016a), la CPI confirmó cargos por autoría directa, pero no desarrolló sus requisitos.
- 2 Casos Bemba *et al.* (2016) y Ntaganda (2019).

3.1. Requisito objetivo: el autor debe llevar a cabo los elementos objetivos del delito

Este requisito no parece ser mayormente problemático, y la única observación que surge es la diferencia en el lenguaje utilizado por la Corte. En Lubanga (2007), Abu Garda (2010), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019), la Corte señaló que se debían llevar a cabo “físicamente” los elementos objetivos (o materiales, en francés) del crimen. A su vez, en Katanga & Ngudjolo (2008) indicó que se deben llevar a cabo físicamente “todos” los elementos del delito; en Ntaganda (2014) sostuvo que autor directo era quien llevaba a cabo físicamente “un” elemento objetivo del crimen; para luego más adelante en el mismo caso Ntaganda (2019) manifestar que deben llevarse a cabo “personalmente” los elementos objetivos del crimen.

Si bien la diferente terminología no parece tener consecuencias relevantes al momento de la imputación, creemos importante que la Corte evite utilizar un lenguaje que lleve a confundir los límites entre autoría y coautoría. Por ejemplo, la referencia efectuada en Ntaganda (2014) a la realización de “un” elemento objetivo del crimen resulta poco precisa. Por un lado, la Corte podría estar indicando que los otros elementos objetivos serían llevados a cabo por otros individuos —lo que sería una hipótesis de coautoría—. Por otro, la Corte podría estar simplemente referenciando los elementos objetivos del delito que se encuentran bajo el control del autor, excluyendo a los que están fuera de su control —como el elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad—.

Recientemente en Al Hassan (2019) la Corte dio mayor claridad al referirse a la ejecución física de “los” elementos objetivos del delito. Dicho lenguaje parece ser el apropiado.

3.2. Requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier dolo especial que corresponda

El requisito de actuar con conocimiento e intención, mencionado en Ntaganda (2014 y 2019) y Al Hassan (2019), deriva de las reglas generales del artículo 30 del ER. Es por esto que en Bemba *et al.* (2016), la Corte simplemente indicó que debía cumplirse con el requisito del *mens rea*, mientras que el requisito subjetivo no fue enunciado en los otros casos.

En Ntaganda (2014 y 2019), la Corte señaló además que debe cumplirse cualquier elemento subjetivo especial que corresponda. Este requisito también deriva de las reglas generales.

Como puede verse entonces del examen de los requisitos que han sido desarrollados por la CPI y su aplicación en sus decisiones de confirmación de cargos y

sentencias definitivas, pareciera que la Corte llega a su mayoría de edad con criterios claros respecto a esta forma de responsabilidad, que por lo demás no resulta mayormente problemática en su análisis legal.

4. Coautoría

La coautoría es la segunda hipótesis prevista en el artículo 25.3(a), que regula la hipótesis de quien comete un crimen “con otro”. Como veremos más adelante, la Corte ha desarrollado una forma especial de coautoría denominada “coautoría mediata”, que comparte los requisitos con esta forma de responsabilidad. Por consiguiente, en tanto ellas examinen los requisitos de la coautoría, en esta sección también haremos referencia a las sentencias que tratan la coautoría mediata, con un total de quince decisiones de confirmación de cargos³ y seis sentencias definitivas.⁴

En términos generales, cabe destacar que la doctrina del dominio del hecho cobra especial relevancia en el examen de la coautoría. Como fue ya explicado anteriormente, en Lubanga (2007), la Corte consideró que el concepto de coautoría tiene sus raíces en la idea del dominio del hecho. Más de una década después, en Al Hassan (2019), la Corte mantuvo esta interpretación, reiterando que el criterio para distinguir entre autores y partícipes es el control sobre el crimen, a partir de la división de las tareas esenciales entre dos o más personas que comparten el control.

Sin embargo, del examen más detallado de los requisitos, veremos que la jurisprudencia presenta inconsistencias que aún no han sido resueltas en estas casi dos décadas de trabajo de la Corte.

4.1. Primer requisito objetivo: un acuerdo o plan común entre dos o más personas

En términos generales sobre el plan, en Lubanga (2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2016) y Ongwen (2016), la Corte indicó que este requeriría que dos o más individuos trabajaran conjuntamente para la comisión de un crimen, existiendo entre ellos un acuerdo que puede ser expreso o tácito y estar previamente dispuesto o materializarse extemporáneamente. Igualmente, en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Banda, Nourain & Jerbo (Banda, 2011), Ruto,

3 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Banda (2011), Ruto (2012), Muthaura (2012), Bemba *et al.* (2014), Ntaganda (2014), Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Al Mahdi (2016a), Ongwen (2016), Al Hassan (2019) y Yekatom (2019).

4 Casos Lubanga (2012 y 2014), Ngudjolo (especialmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Al Mahdi (2016b), Bemba *et al.* (2016 y 2018a), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (especialmente las razones del juez Henderson, 2019).

Kosgey & Sang (Ruto, 2012), Lubanga (2012), Muthaura, Kenyatta & Ali (Muthaura, 2012), Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Al Hassan (2019), la Corte sostuvo que la existencia del acuerdo puede ser inferida de las acciones subsecuentes concertadas de los coautores. El requisito del plan común también fue mencionado en Ntaganda (2014), aunque sin mayor detalle.

Adicionalmente en Lubanga (2014), Blé Goudé (2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2016), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte señaló que el acuerdo o plan común es el que liga a los coautores y que justifica la imputación recíproca de sus actos respectivos. De hecho, la falta de evidencia sobre la existencia de un plan común fue justamente uno de los elementos que llevó a la absolución en Gbagbo & Blé Goudé (2019).

Sin embargo, en la confirmación de cargos de Bemba *et al.* (2014), la Corte utilizó un lenguaje diferente, refiriéndose a una “estrategia global” (“*overall strategy*”) en vez de a un plan común. Aun así, en la sentencia de apelación del mismo caso (2018a), la sala sostuvo que el concepto de estrategia global tiene un significado similar al del plan común.

Cabe destacar que el requisito del plan común fue criticado en el caso Ngudjolo por la jueza Van den Wyngaert (2012), quien destacó que bastaría con que exista una coordinación voluntaria de las acciones como consecuencia de una intención común, pudiendo el plan ser evidencia de esa intención, pero sin ser un elemento independiente. No obstante, esas críticas no resultan convincentes. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido suficientemente clara en determinar que el plan común no debe tener una configuración formal, ni estar previamente acordado o siquiera ser explícito. Lo esencial es, como la misma jueza lo reconoce, que exista una conducta intencionalmente coordinada. En consecuencia, pareciera que su opinión no se aparta en lo sustantivo de la jurisprudencia mayoritaria.

Si bien tras la opinión de la jueza Van den Wyngaert no se había vuelto a presentar una discusión sobre el requisito del plan común y la controversia parecía entonces superada, en el caso Yekatom & Ngaissona (Yekatom, 2019) la Corte volvió a reabrir este debate señalando que, a pesar de su aparente ubicuidad, la compatibilidad de la noción del plan común con el marco legal y su utilidad con respecto al artículo 25 estaba lejos de ser una conclusión obvia, aunque sin añadir mayor detalle. Resulta especialmente preocupante que la Corte no haya ahondado sobre este punto, limitándose a insinuar que el requisito mismo del plan común, que ha sido aplicado de manera relativamente sistemática por la Corte desde hace más de una década, en realidad continúa siendo disputado dentro de ella.

En lo que respecta al contenido del plan, las decisiones de la Corte también han demostrado variaciones y diferencias de criterio en los distintos casos que se han decidido.

Por ejemplo, en Katanga & Ndjulo (2008) la Corte sostuvo que el plan común debe incluir la comisión de un crimen. En cambio, en Lubanga (2007) y Banda (2011), la Corte señaló que bastaría que este incluya un “elemento de criminalidad”, sin ser necesario que dicho elemento esté dirigido específicamente a la comisión de un crimen. Lo mismo fue indicado en las razones del juez Henderson en Gbagbo & Blé Goudé (2019).

Sobre este último punto tampoco ha existido uniformidad. Por ejemplo, la Corte sostuvo en Lubanga (2007) que, para que se cumpliera el requisito del elemento de criminalidad, era suficiente que existiera un “riesgo” de que la implementación del plan resultara en la comisión del crimen, lo que fue reiterado en la sentencia definitiva del mismo caso (2012).

Por otro lado, en la apelación de Lubanga (2014), la Corte prefirió no utilizar el concepto de riesgo y, acudiendo al artículo 30 del ER, exigió que los coautores supieran que el crimen ocurriría en el curso ordinario de los eventos, con un nivel de “certeza virtual”. Lo mismo fue recogido en Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019). Dicho desarrollo resulta positivo. En efecto, la noción de riesgo llevaba a la Corte de vuelta a la controversial empresa criminal conjunta III, creando una equivalencia entre la comisión de un crimen y la mera creación de un riesgo de cometer un crimen que no se ha acordado (Gil & Maculan, 2015). Así mismo, se había indicado que ella supondría una confusión entre los elementos objetivos y subjetivos de esta forma de responsabilidad (Van Sliedregt & Yanev, 2019).

En algunas oportunidades, la Corte ha señalado expresamente que el elemento de criminalidad requiere que el plan incluya la comisión del crimen específico que se imputa, tal y como fue indicado en Muthaura (2012), Ruto (2012) y Ntaganda (2019). Sin embargo, en otros casos, la referencia al elemento de criminalidad no ha sido suficientemente precisa para determinar si requiere que el plan incluya el crimen específico que se imputa o basta con que incluya otros crímenes. La falta de precisión sobre este punto no es baladí, puesto que genera las mismas críticas ya formuladas sobre la extensión de responsabilidad respecto de crímenes que no forman parte del acuerdo original. Por lo mismo, es de esperar que la Corte pueda desarrollar este punto con mayor claridad, exigiendo que el plan común incluya el crimen específico, de manera de dar pleno cumplimiento al principio de culpabilidad.

4.2. Segundo requisito objetivo: contribuciones esenciales coordinadas de cada coautor, que resulten en el cumplimiento de los elementos objetivos del crimen

En el caso Lubanga (2007), la Corte señaló que cuando los elementos objetivos de un crimen son llevados a cabo por una pluralidad de personas, solo aquellos a quienes se les ha asignado una tarea esencial y, por lo tanto, pueden frustrar la comisión del crimen, tienen control sobre este. Lo mismo fue reconocido casi diez años después en Bemba *et al.* (2016).

La idea de que existan tareas esenciales también ha sido reconocida en Katanga & Ndgujolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Lubanga (2012 y 2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2018a), Al Hassan (2019) y Yekatom (2019), y si bien no fue mencionado expresamente en Gbagbo (2014), la Corte parece haberlo incorporado en su análisis de los hechos relevantes.

Esta aparente uniformidad en la jurisprudencia es descartada cuando se examinan en detalle las decisiones para determinar qué entiende la Corte por una contribución esencial. Por una parte, en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Banda (2011), Ntaganda (2014), Bemba *et al.* (2016), Ongwen (2016), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2018a), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte manifestó que la existencia de una contribución esencial supone el poder de frustrar la comisión del hecho. No obstante, en Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Bemba *et al.* (2018a) y Al Hassan (2019), la Corte admitió la posibilidad de que, sin tal contribución esencial, el crimen se habría cometido de una manera significativamente diferente. Esto no implicaría necesariamente un poder de frustrar el crimen, sino solo de influenciarlo significativamente.

Nos parece problemático que la Corte atenúe el requisito de la esencialidad, al punto de señalar que sin la contribución el crimen se habría cometido de una manera distinta. En nuestra opinión, la contribución realizada por el coautor debe ser esencial, en el sentido de que sin ella se frustraría la comisión del crimen, pues en solo ese escenario es que existe verdadero control sobre el crimen. De hecho, la posición de la Corte de atenuar este requisito va en sentido contrario a una parte de la doctrina, que no solo requiere que exista esencialidad, sino que añade a esta criterios normativos adicionales, *i. e.*, criterios subjetivos, como la intención, o criterios objetivos, como la indispensabilidad de la conducta o su inmediatez (Ohlin, Van Sliedregt & Weigend, 2013).

Otro aspecto sobre el cual es posible identificar inconsistencias en las decisiones de la Corte es en lo relativo a dónde debe dirigirse dicha contribución esencial. Por ejemplo, en Lubanga (2012), la Corte se refirió a la provisión de una contribución

esencial al plan común, mientras que en Blé Goudé (2014) y Al Mahdi (2016a) se hizo referencia a la contribución “en el marco del acuerdo”. Por su parte, en Bemba *et al.* (2018a), la Corte indicó que actos que no forman parte del *actus reus* del crimen pueden ser considerados como contribuciones esenciales, sin ser necesario que sean de naturaleza criminal, y luego en Al Hassan (2019), sostuvo que no sería necesario que la contribución tenga naturaleza criminal en la medida en que se efectúe en el marco de un plan criminal común. El lenguaje utilizado en dichas decisiones parece insinuar que lo relevante no es prestar una contribución esencial al crimen, sino que bastaría que ella se prestara al plan. Parte de la doctrina está de acuerdo con esta interpretación (Werle & Jessberger, 2017). Sin embargo, en Lubanga (2014), Al Mahdi (2016b) y Bemba *et al.* (2018a), la Corte exigió una contribución esencial al crimen, y, de hecho, la parte mayoritaria de la doctrina parece inclinarse por esta alternativa (Jain, 2014; Aksenova, 2015; Gil & Maculan, 2015).

Esta inconsistencia resulta problemática. Tal y como fue indicado por la jueza Van den Wyngaert en su opinión en Ngudjolo (2012), poner el énfasis en la contribución del individuo al plan común y no en su contribución al crimen podría llevar a que la forma de responsabilidad sea entendida como un crimen en sí mismo. En efecto, penalizar contribuciones que no tienen efecto sobre la comisión del crimen, sino solo sobre el plan, es cuestionable, puesto que resultarían en la imputación de responsabilidad de un individuo como autor de un delito en cuya realización no intervino (y cuya comisión no controló, en los términos de la teoría de Roxin). En ese escenario, parecería más apropiado imputarlo como partícipe.

En caso que la Corte favoreciera el requisito de contribución al crimen, ello permitiría resolver la crítica sobre la vaguedad que suscita que al plan común se le exija solo tener un elemento de criminalidad sin especificar si este debe incluir el crimen específico, según fue mencionado anteriormente. Así, el imputado sería adecuadamente categorizado como coautor al haber prestado una contribución esencial específicamente al crimen que se le imputa, y no solo al plan común.

Además de lo ya señalado, debe destacarse que en Katanga & Ngudjolo (2008), Lubanga (2007, 2012 y 2014), Muthaura (2012), Ruto (2012), Blé Goudé (2014), Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Ntaganda (2019) la Corte indicó que no es necesario que dicha contribución esencial se realice en la fase de ejecución del crimen, señalando además en Lubanga (2014) y Al Hassan (2019) que se debe hacer una apreciación normativa de su rol a fin de determinar si su contribución le permite ejercer control, compensando así su ausencia en el estado de ejecución. De hecho, en Katanga & Ngudjolo (2008) la Corte sostuvo que diseñar el ataque, proveer armas o coordinar las actividades podría constituir una contribución esencial, mientras que en Lubanga

(2014), Blé Goudé (2014), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019) la Corte manifestó expresamente que dicha contribución esencial puede ser prestada en la etapa de planificación o preparación. En un sentido similar, en las razones del caso Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) señaló que la contribución esencial puede llevarse a cabo antes de que el crimen ocurra, siempre y cuando el autor haya sabido que la conducta criminal relevante era parte integrante del plan común.

Por otro lado, en lo relativo a las contribuciones realizadas con posterioridad al crimen, ellas fueron consideradas factores para probar la existencia del plan común en Bemba *et al.* (2018a), pero no se aclaró si podrían por sí mismas ser suficientes para ser consideradas una contribución esencial.

Finalmente, en el caso particular de la coautoría mediata, en Katanga & Ngudjolo (2008), Ruto (2012) y Muthaura (2012), la Corte expresó que la contribución esencial puede ser activar los mecanismos que lleven al cumplimiento automático de las órdenes.

4.3. Primer requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier elemento subjetivo especial

Este requisito ha sido mencionado en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Banda (2011), Al Mahdi (2016b) y Bemba *et al.* (2016), y deriva de las reglas generales del artículo 30 del ER.

El mayor debate que se ha generado es respecto a la interpretación que se hizo en Lubanga (2007) de que este requisito subjetivo admitiría una forma de dolo eventual, cuestión que fue ratificada en Katanga & Ngudjolo (2008). No obstante, tanto en Bemba (2009) como en Lubanga (2012 y 2014), la Corte indicó que la hipótesis de dolo eventual había sido excluida del ER, cuestión que ha sido reiterada en Ruto (2012), Bemba *et al.* (2016) y Ntaganda (2019), y que parece relativamente zanjada en la jurisprudencia. La doctrina también está conteste en excluir dolo eventual del marco del ER (Ambos, 2009; Van Sliedregt, 2012; Schabas, 2016; Van Sliedregt & Yanev, 2019).

Cabe mencionar que en las razones de la mayoría tras la absolución de Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) se refirió a la previsibilidad requerida, indicando que, si bien un plan común implica el riesgo de que un individuo cometa un delito, la mera conciencia de esta posibilidad no sería suficiente. Por el contrario, la escala debe ser significativamente mayor y estar ligada a la ejecución de un aspecto identificable del plan. No resulta claro si esta construcción del juez Henderson corresponde a una forma de dolo directo de segundo grado, o a una hipótesis de dolo eventual, reabriendo en ese caso el debate respecto del elemento subjetivo que hasta entonces parecía cerrado.

4.4. Segundo requisito subjetivo: los coautores deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen

Este requisito se relaciona con la discusión respecto del elemento de criminalidad del plan común que discutimos antes. Así, en Lubanga (2007), se usó el concepto de “riesgo”, indicando que los coautores deben estar conscientes de que el plan común “puede resultar” en la realización de los elementos objetivos del crimen. El mismo lenguaje de probabilidad (“*may result*”) fue usado en Abu Garda (2010).

Sin embargo, en casos posteriores la Corte abandonó el concepto de riesgo. En la apelación de Lubanga (2014), la Corte exigió que los coautores supieran que el crimen ocurriría en el curso ordinario de los eventos, con un nivel de certeza virtual. Eso parece estar más en la línea con lo señalado en Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Banda (2011), Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Ntaganda (2014), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019), donde la Corte indicó que los sospechosos debían estar conscientes de que el plan resultará (“*will result*”) o resultaría (“*would result*”) en la comisión del crimen.

Sin perjuicio de ello, un aspecto que resulta cuestionable es la falta de sistematicidad de la Corte en la aplicación de este requisito. Por ejemplo, si bien en Muthaura (2012) la Corte mencionó este requisito (con el lenguaje de “*will result*”), ella señaló que era innecesario analizar si este requisito se verificaba. Igualmente, en Ruto (2012), la Corte mencionó el requisito (“*would result*”), pero consideró que, habiéndose acreditado el cumplimiento de la existencia de un plan común y los requisitos subjetivos, no era necesario analizar si el imputado cumplía con este elemento. Por su parte, en Al Mahdi (2016b), Bemba *et al.* (2018a) y Yekatom (2019) la Corte ni siquiera mencionó este requisito.

Esto resulta incomprensible. Si la existencia de un plan común y el cumplimiento del elemento subjetivo son requisitos independientes a este último (que los imputados están mutuamente conscientes y acepten que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen), entonces no corresponde que la Corte considere que el cumplimiento de los dos primeros requisitos da por sentado el cumplimiento del tercero. En cambio, si la Corte efectivamente considera que el requisito en cuestión se encuentra contenido en los demás, entonces no debería ser considerado un requisito subjetivo adicional (Fernández & Jiménez, 2016).

4.5. Tercer requisito subjetivo: los coautores deben estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen

Este requisito tampoco parece encontrarse bien resuelto, con importantes variaciones en la jurisprudencia. Por ejemplo, en Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte sostuvo que este requisito solo correspondía para la coautoría mediata, y no para la coautoría simple. Así, ha sido incluido en los casos en que la Corte examina formas de coautoría mediata, como Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Ntaganda (2014), Gbagbo (2014) y Al Hassan (2019).

No obstante, la Corte también lo ha incluido en algunos casos que corresponden a coautoría simple, como Lubanga (2007),⁵ Banda (2011), Bemba (2009) y Abu Garda (2010), aunque en otros, como Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Yekatom (2019), la Corte no lo ha mencionado. La falta de uniformidad en la jurisprudencia sobre este requisito resulta problemática, puesto que impide contar con la certeza necesaria en un proceso penal, y que permita tanto a la fiscalía como a la defensa realizar adecuadamente su trabajo.

Lo cierto es que no parece existir una justificación para la imposición de este requisito para formas de coautoría simple. En efecto, según reconocen Bantekas (2010) y Ambos (2012), a diferencia de la autoría (o coautoría) mediata, en que existe una relación vertical, y donde el autor puede efectivamente tomar conocimiento de su situación de control, en la coautoría simple se ejerce control conjunto sobre el crimen con otros individuos, operando todos en un plano horizontal. Por lo mismo, pareciera que este requisito subjetivo no debe ser considerado por la Corte en los casos de coautoría simple.

En resumen, contrariamente a lo que pueda parecer a primera vista, la Corte no parece tener una jurisprudencia claramente asentada respecto de la coautoría, existiendo una serie de debates pendientes sobre el requisito del plan común, la magnitud de la contribución, los elementos subjetivos, entre otros aspectos. Ello justifica que Van Sliedregt y Yanev (2019) sostengan que la jurisprudencia sobre coautoría se encuentra aún en la infancia. Es de esperar que ella pueda ser mejor desarrollada en casos venideros.

5 En la sentencia de Lubanga (2012), la Corte señaló simplemente que el acusado debe saber que está proveyendo una contribución esencial.

5. Autoría mediata

La autoría mediata, reconocida al final del artículo 25.3(a), regula la responsabilidad de quien comete un crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Así, de manera innovadora en el derecho penal internacional, el Estatuto reconoce dos formas de autoría mediata, dependiendo si el instrumento tiene o no responsabilidad (Bantekas, 2010; Ambos, 2013).

Igualmente, y como fue anticipado antes, la Corte ha desarrollado una forma adicional de responsabilidad denominada coautoría mediata. Dado que sus requisitos se superponen parcialmente con los de la autoría mediata, revisaremos las decisiones en las que se han examinado ambas formas de autoría, resultando en once decisiones de confirmación de cargos⁶ y cuatro sentencias definitivas.⁷

En términos generales, en Lubanga (2007) y Abu Garda (2010), la Corte indicó que son autores mediatos aquellos que controlan la voluntad de quienes llevan a cabo los elementos objetivos del crimen. Por su parte, en Ongwen (2016), la CPI sostuvo que la autoría mediata implica que el autor, quien tiene el control sobre el crimen, lo comete utilizando a otra persona que lleva físicamente a cabo los elementos materiales del delito, mientras que en Al Hassan (2019) señaló que la autoría mediata supone que una persona comete un crimen subyugando la voluntad de otra persona.

Además de la hipótesis de coautoría mediata —que revisaremos en la sección siguiente—, existen dos formas de autoría mediata “simple” que han sido examinadas por la Corte. Primero, una autoría mediata “directa”, que corresponde a los casos en que se ejerce control directamente sobre un individuo. En Ntaganda (2019), la Corte indicó que debe existir un control sobre la persona o personas que ejecutan los elementos materiales del crimen, a un grado en que la existencia de la voluntad de esa persona deviene irrelevante. Sin embargo, nos interesa detenernos en la segunda forma de autoría mediata, que ha sido desarrollada en mayor detalle por la CPI, y que corresponde a aquella que se ejerce por medio del control sobre una organización. En efecto, en Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte señaló que una hipótesis en la cual una persona puede ser responsable por los crímenes cometidos por otra, siendo ambos penalmente responsables, es en aplicación de la doctrina del control sobre la organización (“*Organisationsherrschaft*”). En sus decisiones, la CPI ha desarrollado los siguientes requisitos.

6 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Gbagbo (2014), Blé Goudé (2014), Ntaganda (2014), Ongwen (2016), Al Hassan (2019). En Yekatom (2019), la Corte confirmó cargos por autoría mediata, pero no especificó sus requisitos.

7 Casos Ngudjolo (especialmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Katanga (2014), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (principalmente las razones del juez Henderson, 2019).

5.1. Primer requisito objetivo: existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico

En el caso Katanga (2014), la Corte expresó que la existencia de un aparato organizado de poder permite ejercer control sobre un crimen si sus autoridades pueden asegurarse de que sus miembros realizarán los elementos materiales del crimen. Este requisito también fue reconocido en Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Ntaganda (2014) y Gbagbo (2014).

Si bien este requisito no fue explicitado en Ongwen (2016), la CPI señaló que los crímenes fueron cometidos a través de un aparato jerárquico, mientras que en Gbagbo (2014) la sala hizo referencia a la característica organizada y jerárquica de las fuerzas, dando a entender que el requisito estaba siendo aplicado.

5.2. Segundo requisito objetivo: control sobre el aparato de poder

El requisito de que exista control sobre el aparato organizado de poder fue mencionado en Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Muthaura (2012), Ruto (2012), Ntaganda (2014) y Al Hassan (2019). A su vez, en los casos Katanga & Ngudjolo (2008), Katanga (2014) y Al Hassan (2019), la Corte indicó que son las personas a la cabeza de la organización quienes ejercen tal control.

Así mismo, en Katanga (2014), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte aclaró que el aparato de poder, o al menos una parte de este, debía ser orientado intencionalmente a la comisión del crimen. Por su parte, en las razones de la mayoría tras la absolución de Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) manifestó que el o los coautores mediatos debían haber instruido a la organización a participar en la conducta que llevó a la comisión del crimen.

Recientemente, en Al Hassan (2019), a propósito de una hipótesis de coautoría mediata, la Corte aclaró que no es necesario que el autor ejerza control sobre ciertos o todos los autores directos, sino que lo que es decisivo es que los coautores ejerzan conjuntamente dicho control. Del mismo modo, en Ntaganda (2019), la Corte señaló que el autor mediato no necesita ejercer control sobre la organización completa, siendo suficiente que controle una o más partes cruciales de esta.

5.3. Tercer requisito objetivo: la ejecución de los crímenes debe encontrarse asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes

En Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte consideró necesario que exista una relación jerárquica, y que existan suficientes subordinados para garantizar que las órdenes serán ejecutadas. Así mismo, tanto en Katanga & Ngudjolo (2008) como

en Katanga (2014) la Corte sostuvo que la ejecución del plan no debe encontrarse comprometida por la falla de algún subordinado, pues este puede ser simplemente reemplazado por otro, siendo entonces fungible. Para ello, se requiere que la organización sea suficientemente grande. En este supuesto, la persona que emite la orden en la organización tiene control sobre el crimen, que le permite no solo ordenar la comisión del crimen, sino decidir esencialmente si y cómo será cometido este. El elemento de la fungibilidad también fue examinado en Ntaganda (2014), Muthaura (2012) y Al Hassan (2019).

Ahora bien, la Corte también ha reconocido que otros atributos de la organización, distintos de la fungibilidad, pueden lograr el mismo efecto. Por ejemplo, en Katanga & Ngudjolo (2008) mencionó la existencia de un sistema de entrenamiento intensivo, estricto y violento; en Blé Goudé (2014) hizo referencia a la manipulación del grupo; y en Ruto (2012) aludió a la existencia de mecanismos de pago o castigo. Por su parte, en Gbagbo (2014) la Corte no explicitó este requisito, aunque indicó que las órdenes se cumplirían casi automáticamente.

Así, cabe señalar que la aplicación de la doctrina de la *Organisationsherrschaft* y la imposición de estos requisitos ha sido criticada. En efecto, se ha resaltado que ella no tendría reconocimiento en el ER, que no se encontraría totalmente aceptada siquiera en Alemania y que no sería necesaria para interpretar el artículo 25.3(a) (Weigend, 2010). Algunas de esas críticas tuvieron eco dentro de la Corte, por ejemplo, en la opinión de la jueza Van den Wyngaert en el caso Ngudjolo (2012).

No obstante, al igual que como fue indicado respecto a la doctrina del dominio del hecho, creemos que la doctrina de la *Organisationsherrschaft* puede tener aplicabilidad en el marco del ER, sin que sea necesario acreditar que ella constituye costumbre internacional o un principio general del derecho. La doctrina puede ser aplicable en tanto ella constituye una interpretación de la norma relevante del artículo 25.3(a), que permite que un individuo penalmente responsable sea también un instrumento del autor mediato. En ese sentido, como reconocen Ambos (2012) y Jain (2014), todo examen del ER requiere una interpretación, que debe necesariamente acudir a nociones que no están expresamente previstas en este. En efecto, conceptos como ‘comisión’ o ‘contribución’ son términos del arte que requieren necesariamente adoptar una teoría. En ese sentido, esta doctrina representa el papel y culpabilidad de los autores intelectuales de mucho mejor manera que las formas de participación, y es adecuada desde un punto de vista criminológico (Smeulers, 2020).

Otra de las críticas que se han formulado a la doctrina es que los requisitos elaborados por la Corte resultarían poco apropiados para los conflictos étnicos en África que estaban siendo conocidos por la CPI, en los cuales no es posible identificar un control

del nivel exigido por la teoría (Van Sliedregt, 2015). Esta crítica debe ser examinada con precaución, pues el hecho de que una doctrina no sea aplicable en un caso concreto —o, incluso, en varios de los casos conocidos por la Corte—, no obsta a que ella se conforme con el ER y pueda tener aplicabilidad en el futuro.

Por lo demás, tal y como fue señalado en el caso Ntaganda (2019), la existencia de una organización jerárquica es solo una de las formas que puede adoptar la autoría mediata. Así, los criterios identificados en la doctrina del control sobre la organización son elementos que permiten acreditar la existencia de un control sobre la voluntad de un individuo —que es lo exigido por el artículo 25.3(a)—, pero no descartan la existencia de otros criterios que puedan dar lugar a una forma de control suficientemente estrecho como para constituir autoría mediata.

Por lo mismo, creemos que la ventaja de la *Organisationsherrschaft* es que regula un escenario bajo el cual se puede identificar la existencia de un control suficientemente estrecho sobre el autor directo —que se logra mediante la estructura jerárquica—, pero en el cual este aún mantiene su voluntad y puede decidir no cometer el delito.

5.4. Primer requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier dolo especial que corresponda

En Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte afirmó que deben cumplirse los requisitos del artículo 30 del ER y así mismo cualquier elemento mental que sea propio del crimen. Lo mismo fue afirmado en Ruto (2012), Muthaura (2012), Katanga (2014) y Al Hassan (2019).

Por su parte, tanto en Gbagbo (2014) como en Ongwen (2016), si bien este requisito no fue analizado en abstracto, parece haber sido incorporado en el análisis de los hechos relevantes. En este último caso, por ejemplo, la Corte señaló que el autor tenía la intención de realizar las conductas y tenía la intención de que se cumplieran los elementos objetivos de los crímenes que se le imputan o estaba consciente de que ocurrirían bajo el curso normal de los hechos.

5.5. Segundo requisito subjetivo: conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen

Este requisito fue incluido por primera vez en Katanga & Ngudjolo (2008), donde la Corte señaló que el autor mediato debe estar consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control. Este conocimiento puede adoptar diversas formas, que en el caso se manifestó en el conocimiento del autor material sobre la posición que tenía en la organización y las características esenciales de dicha organización. Dicha conciencia fue también referida en Abu Garda (2010), Ruto

(2012), Muthaura (2012), Katanga (2014), Ntaganda (2014), Ongwen (2016) y Al Hassan (2019). Si bien en Gbagbo (2014) el requisito no fue expresamente mencionado, parece haber sido incorporado en el análisis de los hechos.

En suma, el examen de las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre autoría mediata demuestra una jurisprudencia sistemática y relativamente uniforme, sin que existan grandes diferencias en los últimos 18 años, y sin que las críticas de la jueza Van den Wyngaert a la aplicación de la doctrina del control sobre la organización hayan resurgido con posterioridad.

Sin embargo, nos parece que un tema que no ha sido abordado de manera adecuada por la Corte es la determinación del nivel de control que se va a ejercer sobre el autor directo para dar lugar a esta forma de responsabilidad. Sobre este aspecto, debe recordarse que el ER reconoce que en la autoría mediata el autor material puede o no ser penalmente responsable. Por lo tanto, existen dos hipótesis de autoría mediata y de control: una en que el control será absoluto y, por lo tanto, el perpetrador físico no tendrá voluntad (y por ello no será penalmente responsable); y otra en que el control no será absoluto. Es en este último supuesto que debe explicarse en qué casos la dominación será suficiente para hacer responsable al autor mediato por los actos del perpetrador físico (Bantekas, 2010). Si el control es total, el autor directo no es más que un instrumento que carece de responsabilidad. En cambio, si el control es muy bajo, es posible que sea más adecuado imputar al “hombre de atrás” por figuras accesorias como ordenar o inducir.

Sobre este punto, creemos que el lenguaje utilizado por la Corte ha sido poco preciso. Por ejemplo, en Blé Goudé (2014) se indicó que, para ejecutar materialmente los elementos de un crimen a través de otra persona, el autor debe controlar la acción de la otra persona a tal nivel que la voluntad de este tercero se vuelve irrelevante y su acción debe ser imputada a los coautores como si fuera de ellos mismos. Lo mismo fue sostenido en Ongwen (2016), Ntaganda (2019) y Al Hassan (2019). Describir la voluntad del tercero como “irrelevante” resulta inadecuado, pues pareciera proponer una hipótesis de control absoluto, en que el perpetrador físico carece de voluntad, siendo solo un instrumento, y entonces privándolo totalmente de responsabilidad. Ello dificulta la comprensión de esta forma de responsabilidad, que precisamente supone que tanto el autor directo como el autor mediato son responsables. En ese contexto, la voluntad del perpetrador físico no puede ser irrelevante: si el instrumento es también penalmente responsable, su voluntad debe ser considerada, aunque ella esté siendo al mismo tiempo controlada por el autor mediato.

En definitiva, la jurisprudencia carece de una teoría que determine el nivel de control necesario para dar lugar a una forma de autoría mediata en que ambos

intervinientes tengan voluntad —y responsabilidad penal—. El lenguaje utilizado por la Corte respecto del nivel de control que resulta necesario para dar lugar a esta forma de responsabilidad es impreciso y no parece estar claramente delimitado. Es de esperar que este aspecto pueda ser analizado en mayor detalle en casos posteriores.

6. Coautoría mediata

Como ya fue adelantado, en su interpretación del ER, la CPI ha considerado que existe una cuarta forma de autoría: la coautoría mediata. Ella fue mencionada por primera vez en Katanga & Ngudjolo (2008), bajo una interpretación del artículo 25.3(a), que permitiría que la autoría podría ser conjunta y mediata al mismo tiempo. En efecto, la Corte sostuvo que el ER reconoce las formas de responsabilidad de coautoría y autoría mediata, unidas por el conector “o”, que puede tener un sentido inclusivo o exclusivo. La Corte optó por el sentido inclusivo, indicando que ello permitiría considerar que existe una forma adicional de autoría en el ER, que permitiría evaluar adecuadamente la responsabilidad de los máximos líderes. El mismo análisis fue realizado en Abu Garda (2010). Así mismo, en Ruto (2012), la Corte, señaló que, mediante la aplicación de un método de interpretación dinámico o efectivo, lo adecuado era concluir que la coautoría mediata tiene reconocimiento en el artículo 25.3(a).

Ahora bien, en Ongwen (2016), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte aclaró que la coautoría mediata correspondería a una forma particular de coautoría, en que el plan común es ejecutado por medio de otras personas. En ese sentido, no sería estrictamente una cuarta forma de autoría. Sin perjuicio de ello, y dado que el objetivo de este trabajo es sistematizar la jurisprudencia de la CPI a fin de identificar tanto las áreas de mayor claridad como las áreas en que no existe uniformidad sobre los requisitos de las distintas formas de autoría, resulta conveniente examinarla de manera separada.

A la fecha existen ocho decisiones de confirmación de cargos⁸ y cuatro sentencias definitivas⁹ que se han referido a esta forma de responsabilidad.

En sus decisiones, la Corte ha señalado que los requisitos de la coautoría mediata son la fusión de las dos formas de responsabilidad que ya revisamos antes. En consecuencia, los requisitos objetivos son: i) un acuerdo o plan común entre dos

8 Casos Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Gbagbo (2014), Blé Goudé (2014), Ongwen (2016) y Al Hassan (2019).

9 Casos Ngudjolo (en especial la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Katanga (principalmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2014), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (especialmente las razones del juez Henderson, 2019).

o más personas; ii) que cada coautor realice contribuciones esenciales; iii) control sobre una persona (o una organización); iv) en este último caso, la existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico; y v) que la ejecución de los crímenes se encuentre asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes. Por su parte, los requisitos subjetivos incluyen: i) cumplimiento con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, incluyendo cualquier dolo especial; ii) los coautores mediatos deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen; y iii) el coautor mediato debe estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen.

En las secciones anteriores, nos hemos referido en detalle a algunas de las críticas que se han generado respecto de varios de estos requisitos. Ahora bien, existen otras críticas que son propias de esta forma de responsabilidad.

No obstante, antes de enfrentar estas críticas es necesario realizar una distinción entre dos posibles formas de coautoría mediata. Una primera forma, que ha sido menos controvertida, es el modelo de la autoría mediata conjunta (también denominado el modelo de la “Junta”). En este supuesto, dos o más personas controlan conjuntamente la voluntad de un mismo individuo o de un mismo aparato organizado de poder (Weigend, 2010; Ohlin *et al.*, 2013). Este modelo de responsabilidad fue considerado admisible por la misma jueza Van den Wyngaert en su opinión del caso Ngudjolo (2012), donde reconoció la posibilidad de que se puedan combinar las formas de responsabilidad, siempre que se cumplan los requisitos de cada una de ellas.

En efecto, el modelo de la autoría mediata conjunta es menos controversial, puesto que solo supone dos formas de responsabilidad que se manifiestan conjuntamente, cuestión que el Estatuto permitiría (Ambos, 2016). De hecho, no castigar esa forma de intervención en los delitos sería admitir la existencia de una laguna de punibilidad (Fernández & Jiménez, 2016).

Sin embargo, es la segunda forma de coautoría mediata la que genera más cuestionamientos, y que fue la forma aplicada por la Corte en Katanga & Ngudjolo (2008). En tal caso, existían dos individuos que controlaban organizaciones distintas, y era la actuación conjunta de ambas organizaciones la que había permitido la comisión del crimen. En tal caso, se imputaron de manera cruzada los crímenes cometidos por los subordinados de la otra organización. Fue esa la forma de responsabilidad mayormente criticada, indicando la jueza Van den Wyngaert en el caso Ngudjolo (2012) que ella no tendría reconocimiento en el ER, que debía preferirse el sentido ordinario de las palabras y que una lucha contra la impunidad no justificaba una interpretación teleológica del Estatuto, ni tampoco acudir a fuentes

subsidiarias del derecho, como la teoría del dominio del hecho. Por ello, indicó que la coautoría mediata sería una expansión radical del artículo 25.3(a), y que permitiría a la CPI confirmar cargos por coautoría mediata sin probar los elementos ni de la coautoría ni de la autoría mediata. Algunos de estos puntos fueron reiterados en su opinión disidente en Katanga (2014).

No obstante, al igual que como ocurre con la autoría mediata conjunta, no creemos que la coautoría mediata constituya una expansión del artículo 25, sino que, siguiendo a Weigend (2010), creemos que esta forma de responsabilidad no es una creación jurídica, sino una coincidencia fáctica de dos tipos de responsabilidad, sin que se vulnere el principio de legalidad. Lo fundamental es que, al invocarse esta forma de responsabilidad, se cumplan estrictamente los requisitos de la coautoría y la autoría mediata, pues solo así no se generaría una transgresión al principio de legalidad (Van Sliedregt, 2015). Por lo mismo, no creemos que la imputación por coautoría mediata suponga una violación del principio *pro reo*, pues no se estaría interpretando de una forma que perjudique al acusado. Al contrario, al combinar ambos tipos de responsabilidad y sus requisitos, la Corte estaría exigiendo un estándar más alto de prueba a la fiscalía.

Por lo mismo, no creemos que la Corte haya trasplantado una teoría perteneciente a un sistema legal particular, sino que ha realizado un ejercicio interpretativo que da valor a todas las disposiciones del Estatuto de Roma. En cualquier caso, notamos que, más allá de las críticas teóricas que puedan hacerse a esta forma de responsabilidad, la jurisprudencia parece ser homogénea y consistente al llegar a la mayoría de edad, sin que se hayan presentado nuevas controversias relativas a la aplicabilidad de esta forma de autoría (en cualquiera de sus dos variantes) en el marco del Estatuto de Roma.

Conclusiones

Como puede verse del examen de las decisiones que han sido objeto de este análisis, la Corte cumple 18 años habiendo delimitado algunas formas de autoría previstas en el artículo 25.3(a) del ER con relativa precisión, como es el caso de la autoría directa o la autoría mediata por control de aparatos organizados de poder. Sin embargo, todavía existen varios aspectos en que la jurisprudencia manifiesta inconsistencias, o donde el desarrollo de los requisitos requiere aún mayor detalle. Por ejemplo, el requisito del plan común, el alcance del requisito de la “contribución esencial” en la coautoría (incluyendo si ella debe prestarse al plan común o al crimen), los requisitos subjetivos de esa forma de responsabilidad o el nivel de control necesario en la autoría mediata.

Igualmente, otro aspecto en el cual la jurisprudencia de la CPI resulta incompleta es en lo relativo a las formas de autoría por omisión. Si bien la Corte parece haber reconocido formas omisivas en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009) y Muthaura (2012), lo cierto es que no ha existido un análisis detallado de ellas en materia de autoría. Si bien la doctrina entiende que la comisión por omisión no estaría excluida del ER (Werle & Jessberger, 2017; Cryer, Robinson & Vasiliev, 2019), sería positivo que la Corte desarrolle esta forma de autoría en el futuro.

Finalmente, a nuestro parecer, el mayor logro de la Corte en estos 18 años es haber establecido una doctrina de responsabilidad individual aplicable al ER, dejando atrás los cuestionamientos de ilegitimidad que se suscitaban en su interior. Así, ha dado a los distintos actores de la justicia penal un marco legal respetuoso de los principios del derecho penal. Es de esperar que en sus futuras decisiones la Corte pueda resolver los temas pendientes y, de esta manera, cuando llegue a convertirse en la Corte Penal Internacional de mayor data, lo logre con un criterio bien formado en materia de autoría.

Referencias

- Aksenova, M. (2015). The modes of liability at the ICC. *International Criminal Law Review*, 15(4), 629-664. <https://doi.org/10.1163/15718123-01504002>
- Ambos, K. (2009). Critical issues in the Bemba confirmation decision. *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 715-726. <https://doi.org/10.1017/S0922156509990185>
- Ambos, K. (2012). The first judgment of the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*, 12(2), 115-153. <https://doi.org/10.1163/157181212X639644>
- Ambos, K. (2013). *Treatise on international criminal law. Vol. 1*. Oxford: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2016). Article 25. En O. Triffterer & K. Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (pp. 979-1030). Munich: C. H. Beck.
- Bantekas, I. (2010). *International criminal law*. Oregon: Hart Publishing.
- Cassese, A. (2003). *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2009). *The Oxford companion to international criminal justice*. New York: Oxford University Press.
- Cryer, R., Robinson, D., & Vasiliev, S. (2019). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Fernández Carter, C., & Jiménez Laurence, A. (2016). *Los criterios de la Corte Penal Internacional sobre autoría y participación* (Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Santiago, Chile).
- Gallant, K. (2008). *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gil, A. (2014). Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. En K. Ambos, E. Malarino & C. Steiner (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional* (pp. 263-301). Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Gil, A., & Maculan, E. (2015). Current trends in the definition of ‘perpetrator’ by the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, 28(2), 349-371. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000114>
- Jackson, M. (2016). The attribution of responsibility and modes of liability in international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, 29(3), 879-895. <https://doi.org/10.1017/S0922156516000352>
- Jain, N. (2014). *Perpetrators and accessories in international criminal law*. Oxford: Hart Publishing.
- Kiss, A. (2019). Indirect commission. En J. de Hemptinne, R. Roth & E. van Sliedregt (Eds.), *Modes of liability in international criminal law* (pp. 30-57). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ohlin, J. (2015). Co-perpetration. En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 517-537). New York: Oxford University Press.
- Ohlin, J., Van Siedregt, E., & Weigend, T. (2013). Assessing the control theory. *Leiden Journal of International Law*, 26(3), 725-746. <https://doi.org/10.1017/S0922156513000319>
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Raimondo, F. (2008). *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Roxin, C. (2011). Crimes as a part of organized power. *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), 191-205. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq083>
- Schabas, W. (2016). *The International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press.

- Smeulers, A. (2020). A criminological approach to the ICC's control theory. En K. Heller, F. Mégret, S. Nouwen, J. Ohlin & D. Robinson (Eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* (pp. 379-399). Oxford: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E. (2012). *Individual criminal responsibility in international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E. (2015). Perpetration and participation in article 25(3). En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 499-516). New York: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E., & Yanev, L. (2019). Co-perpetration based on joint control over the crime. En J. de Hemptinne, R. Roth & E. Van Sliedregt (Eds.), *Modes of liability in international criminal law* (pp. 85-120). Cambridge: Cambridge University Press.
- Vest, H. (2014). Problems of participation. *Journal of International Criminal Justice*, 12(2), 295-309. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu021>
- Weigend, T. (2010). Perpetration through an organization. *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), 91-111. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq077>
- Weigend, T. (2014). Problems of attribution in international criminal law. *Journal of International Criminal Justice*, 12(2), 253-266. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu012>
- Werle, G., & Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

- CPI, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Lubanga*. Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo. 1º de diciembre de 2014, Doc. ICC-01/04-01/06-3121-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Decision on the confirmation of charges. 29 de enero de 2007, Doc. ICC-01/04-01/06.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Bemba*. Decision on the confirmation of charges. 15 de junio de 2009, Doc. ICC-01/05-01/08-424.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Abu Garda*. Decision on the confirmation of charges. 8 de febrero de 2010, Doc. ICC-02/05-02/09-243-Red.

- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Banda, Nourain and Jerbo*. Decision on the confirmation of charges. 7 de marzo de 2011, Doc. ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Mbarushimana*. Decision on the confirmation of charges. 16 de diciembre de 2011, Doc. CC-01/04-01/10-465-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Gbagbo*. Decision on the confirmation of charges. 12 de junio de 2014, Doc. ICC-02/11-01/11-656-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Blé Goudé*. Decision on the confirmation of charges. 11 de diciembre de 2014, Doc. ICC-02/11-02/11-186.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *Procureur c. Al Hassan*. Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges. 13 noviembre de 2019, Doc. ICC-01/12-01/18.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*. Decision on the confirmation of charges. 30 de septiembre de 2008, Doc. ICC-01/04-01/07.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*. Decision on the confirmation of charges. 23 de enero de 2012, Doc. ICC-01/09-02/11-382-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*. Decision on the confirmation of charges. 23 de enero de 2012, Doc. ICC-01/09-01/11-373.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ntaganda*. Decision on the confirmation of charges. 9 de junio de 2014, Doc. ICC-01/04-02/06-309.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 11 de noviembre de 2014, Doc. ICC-01/05-01/13.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ongwen*. Decision on the confirmation of charges. 23 de marzo de 2016, Doc. ICC-02/04-01/15-422-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *Prosecutor v. Yekatom & Ngaïssona*. Decision on the confirmation of charges. 20 de diciembre de 2019, Doc. ICC-01/14-01/18.

- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 14 de marzo de 2012, Doc. ICC-01/04-01/06-2842.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Separate opinion of Judge Fulford. 14 de marzo de 2012, Doc. ICC-01/04-01/06-2842.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Gbagbo & Blé Goudé*. Reasons for oral decision of 15 January 2019. 16 de julio de 2019, Doc. ICC-02/11-01/15.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Gbagbo and Blé Goudé*. Reasons of Judge Henderson. 16 de julio de 2019, Doc. ICC-02/11-01/15.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Ngudjolo*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 18 de diciembre de 2012, Doc. ICC-01/04-02/12-3.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Ngudjolo*. Concurring opinion of judge Van den Wyngaert. 18 de diciembre de 2012, Doc. ICC-01/04-02/12-4.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Katanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 7 de marzo de 2014, Doc. ICC-01/04-01/07-3436.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Katanga*. Minority opinion of judge Van den Wyngaert. 7 de marzo de 2014, Doc. ICC-01/04-01/07-3436-AnXI.
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. *The Prosecutor v. Ntaganda*. Judgment. 8 de julio de 2019, Doc. ICC-01/04-02/06.
- CPI, Sala de Primera Instancia VII. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 19 de octubre de 2016, Doc. ICC-01/05-01/13-1989-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Al Mahdi*. Decision on the confirmation of charges. 24 de marzo de 2016(a), Doc. ICC-01/12-01/15-84-Red.
- CPI, Sala de Primera Instancia VIII. *The Prosecutor v. Al Mahdi*. Judgment and Sentence. 27 de septiembre de 2016(b), Doc. ICC-01/12-01/15-171.
- CPI, Sala de Primera Instancia. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”. 8 de marzo de 2018(a), Doc. ICC-01/05-01/13.

CPI, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VII entitled “Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute”. 8 de marzo de 2018(b), Doc. ICC-01/05-01/13.

La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo

The Special Jurisdiction for Peace:
A Predominantly Retributive Model
of Justice

A Jurisdição Especial para a
Paz: um modelo de justiça
predominantemente retributivo

Enith Carolina Bula Beleño*

Fecha de recepción: 17 de junio de 2020

Fecha de aprobación: 05 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9908>

Para citar este artículo: Bula Beleño, E. C. (2020). La Jurisdicción Especial para la Paz: un modelo de justicia predominantemente retributivo. *ANIDIP*, 8, 1-29. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9908>

Resumen

Este artículo analiza el modelo de justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y sostiene que este es predominantemente retributivo, es decir que el componente retributivo tuvo mayor peso en su diseño que los componentes restaurativo y distributivo. Para ello, parte de identificar las tensiones entre justicia restaurativa, retributiva y distributiva en la justicia transicional, y sitúa dichas tensiones en el contexto del diseño de la JEP durante la negociación del Acuerdo de Paz en Colombia. A partir de ello, analiza los componentes restaurativos, retributivos y distributivos del modelo de justicia de la JEP, identificando cómo se relacionan entre sí y se privilegian unos sobre otros. De esa manera, evidencia que se privilegió el componente retributivo y no se alcanzó la consolidación de un modelo de

* Abogada y politóloga de la Universidad del Norte; Especialista en Derecho Penal de la misma universidad; Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: enithbulab@gmail.com. Agradezco al profesor Manuel Iturralde por su apoyo y sus valiosos aportes a la escritura de la tesis de maestría de la que hace parte este artículo.

justicia más amplio que, desde unos componentes restaurativo y distributivo más sólidos, tuviera mayores posibilidades de responder a las causas del conflicto y, por consiguiente, prevenir nuevas formas masivas de violencia.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); justicia retributiva; justicia restaurativa; justicia distributiva.

Abstract

This article analyses the justice model of Special Jurisdiction for Peace (SJP) and argues that it is predominantly retributive; in other words, the retributive component had greater weight in its design than the restorative and distributive ones. It starts by identifying the tensions between restorative, retributive, and distributive justice in transitional justice and places these tensions in the context of the design of the SJP during the negotiation of the peace agreement in Colombia. Based on this, it analyses these components in the SJP's justice model, identifying how they relate to each other and how one is privileged over the other(s). It is evident that the retributive component was privileged, which did not allow to achieve the consolidation of a broader model of justice that, with more solid restorative and distributive components, would have greater possibilities of responding to the causes of the conflict and, therefore, preventing new massive forms of violence.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace (SJP); retributive justice; restorative justice; distributive justice.

Resumo

Este artigo analisa o modelo de justiça da Jurisdição Especial para a Paz (JEP) e sustenta que este é predominantemente retributivo, é dizer, que o componente retributivo teve maior peso em seu desenho que os componentes restaurativo e distributivo. Para isso, parte de identificar as tensões entre justiça restaurativa, retributiva e distributiva na justiça transicional, e situa ditas tensões no contexto do desenho da JEP durante a negociação do Acordo de Paz na Colômbia. A partir disso, analisa os componentes restaurativos, retributivos e distributivos do modelo de justiça da JEP, identificando como se relacionam entre si e se privilegiam uns sobre outros. Dessa maneira, evidencia que se privilegiou o componente retributivo e não se alcançou a consolidação de um modelo de justiça mais amplo que, desde uns componentes restaurativo e distributivo mais sólidos, tivesse maiores possibilidades de responder às causas do conflito e, portanto, prevenir novas formas massivas de violência.

Palavras-chave: Jurisdição Especial para a Paz (JEP); justiça retributiva; justiça restaurativa; justiça distributiva.

Introducción

El 24 de agosto de 2016 el gobierno colombiano, en cabeza del presidente Juan Manuel Santos, y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), bajo el mando de Timoleón Jiménez, firmaron un Acuerdo de Paz para poner fin al conflicto armado. Sin embargo, el Acuerdo debía ser refrendado popularmente para ser implementado, siguiendo lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2016, y la decisión de las partes fue someterlo a un plebiscito. Durante poco más de un mes, quienes habían dirigido la oposición a la negociación y firma del Acuerdo de Paz lideraron una fuerte campaña para promover el rechazo al Acuerdo en las urnas. El 2 de octubre de 2016 el Acuerdo fue sometido a un plebiscito, cuyo resultado fue la victoria del ‘No’, con el 50,23 % de los votos (*El Tiempo*, 2 de octubre de 2016). Ante dicha situación, el gobierno sometió el Acuerdo de Paz a un proceso de renegociación, al que fueron convocados actores políticos que lideraron la campaña en su contra.

Durante la renegociación se modificaron distintos puntos del Acuerdo, que volvió a ser firmado por las partes el 24 de noviembre. “[L]ogramos, con la justicia transicional, ajustada y articulada con nuestras instituciones y con el derecho internacional, que las víctimas puedan hacer valer su derecho a la verdad, a la reparación y a la no repetición. Esta justicia nos permitirá voltear la página de la violencia”, declaró el presidente Santos durante la nueva firma del Acuerdo Final (Oficina del Alto Comisionado para la Paz de Colombia, 2018a, p. 316). No obstante, el Acuerdo aún debía ser refrendado popularmente. En un contexto ampliamente polarizado, en el que quienes lideraron la victoria del No en el plebiscito continuaban en oposición al Acuerdo y una fuerte movilización ciudadana exigía al gobierno implementarlo, este fue sometido a la refrendación del Congreso. El 29 de noviembre el Acuerdo fue refrendado en el Senado y el 30 de noviembre en la Cámara de Representantes. Posteriormente, la Corte Constitucional reconoció la validez de la refrendación llevada a cabo en el Congreso.

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016) (en adelante ‘Acuerdo de Paz’) contempla seis puntos: 1) Reforma Rural Integral, 2) participación política, 3) fin del conflicto armado, 4) solución al problema del uso de drogas ilícitas, 5) víctimas y 6) implementación del Acuerdo. En el punto sobre víctimas se estableció la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), integrado por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas, las medidas de reparación

integral¹ y las garantías de no repetición. Los distintos componentes del SIVJRNR están orientados a garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas, funcionando articuladamente bajo el principio de integralidad. La JEP es el componente del sistema que, como mecanismo judicial, se encarga de administrar justicia.

Este artículo analiza el modelo de justicia de la JEP y sostiene que este es predominantemente retributivo, es decir que el componente retributivo tuvo mayor peso en su diseño que los componentes restaurativo y distributivo. Para ello, se divide en cuatro partes. En la primera, se abordan las tensiones entre justicia retributiva, restaurativa y distributiva, desde los debates teóricos sobre la materia. En la segunda, se señala cómo estas tensiones fueron abordadas por los equipos negociadores del gobierno y las FARC-EP al inicio de la negociación sobre víctimas del Acuerdo de Paz. En la tercera, se establecen las características del modelo de justicia de la JEP y se argumenta que en este se terminó privilegiando el componente retributivo. Por último, se presentan las conclusiones.

1. Justicia retributiva, restaurativa o distributiva en contextos de justicia transicional

Desde sus inicios, la justicia transicional² se ha enmarcado en el paradigma de la transición hacia la democracia liberal a través de reformas políticas o jurídico-institucionales, sin tomar en consideración la necesidad de implementar cambios socioeconómicos (Arthur, 2009). Bajo este paradigma, se ha atribuido a la responsabilidad penal individual y a los juicios penales un rol fundamental para el logro de la transición, en tanto se consideran imprescindibles para enfrentar la impunidad, entendida como un obstáculo para la superación del conflicto (Oficina del Alto Comisionado para la Paz de Colombia —OACPC—, 2006; Lessa, Olsen, Payne, Pereira & Reiter, 2014).

1 Las medidas de reparación integral dispuestas en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras continúan funcionando.

2 En la literatura sobre la justicia transicional, no existe un consenso sobre su definición. De Greiff (2015) señala que no se trata únicamente de la ausencia de consenso sobre una conceptualización que pueda considerarse como paradigma, sino de la falta de “intentos de articular sistemáticamente una concepción de la justicia transicional” (trad. propia) (p. 32). En este texto, la justicia transicional se entiende como el “conjunto de medidas políticas y jurídicas que adoptan las sociedades cuando están atravesando algún tipo de cambio político, usualmente de dictaduras a democracia o de conflictos armados hacia la paz, para enfrentar las violaciones de derechos que tuvieron lugar durante estos periodos” (Torres, 2019).

De acuerdo con Teitel (2006), en Nuremberg se sentaron los precedentes para que los juicios penales y el castigo fueran centrales en la justicia transicional.³ Posteriormente, se desarrollaron los tribunales penales internacionales y, como lo explica Payne (2015), con la creación del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional culminó la etapa de institucionalización del deber de perseguir. Por su parte, tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han consolidado en su jurisprudencia la prohibición de leyes generales de amnistías, mientras que tribunales nacionales también han avanzado en la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos, rechazando las amnistías (Payne, 2015).

De ese modo, se ha otorgado gran importancia a los mecanismos judiciales en el marco de los procesos de transición. Ahora bien, los mecanismos judiciales pueden tener diversas características, de manera que en el análisis del modelo de justicia de la JEP que se propone en este artículo se busca desentrañar y analizar algunos de sus componentes centrales. Este análisis se realiza teniendo en cuenta tres formas de justicia que pueden confluir en un sistema de justicia transicional y, específicamente, en su mecanismo judicial. Estas son las justicias retributiva, restaurativa y distributiva.⁴ A continuación, se define cómo se entiende cada una de ellas en este artículo para evidenciar que las variaciones en la comprensión del castigo/sanción y los fines que este persigue permiten entender diferenciadamente la impunidad en cada forma de justicia.

En primer lugar, la justicia retributiva supone que los delincuentes deben recibir un castigo proporcional a la gravedad de la conducta punible cometida porque así lo merecen, por lo que la pena constituye un fin en sí mismo (Braithwaite & Pettit, 2015). En general, la retribución se entiende como uno de los fines declarados de la pena y el único con un carácter absoluto. Sus antecedentes se remontan a la expiación propuesta por el cristianismo, que supone que el dolor o el sacrificio tienen la capacidad de redimir y eliminar los pecados y las culpas. Posteriormente, con el desarrollo del capitalismo, el trabajo se convirtió en el medio de redención bajo una perspectiva económica, porque a través de él se compensaba el daño social causado (Sandoval, 1982). La fundamentación del fin retributivo es desarrollada en las teorías de Kant (1968) —la pena es fin en sí misma porque configura un imperativo de justicia— y Hegel (1937) —la pena es fin en sí misma porque niega

3 Sin embargo, en el mismo Nuremberg también se instituyó una impunidad selectiva (en la que los vencedores de la Segunda Guerra Mundial no fueron juzgados), siendo esta una característica de muchos procesos transicionales enmarcados en el paradigma liberal (Nesiah, 2006).

4 Se trata de formas de justicia que surgieron y se desarrollaron con independencia de la justicia transicional.

el delito y restablece el orden jurídico—. Dado que el castigo no es un medio para alcanzar otros fines, en la justicia retributiva la impunidad es entendida como la falta del castigo proporcional merecido por el delito cometido.

En segundo lugar, la justicia restaurativa devuelve a las partes —la víctima, el ofensor y la comunidad— el conflicto (Christie, 1977). De esa manera, las víctimas y el ofensor pueden tramitar el conflicto y llegar a un acuerdo sobre la forma en que se reparará o restituirá el daño causado por la ofensa. Esta justicia es reacia al castigo,⁵ pues su propósito es restaurar a cada una de las partes (Braithwaite, 1999), sin eximir al ofensor de su responsabilidad o del reproche por su conducta. La ofensa es reprochada bajo la idea de vergüenza reintegrativa, es decir, se comunica al ofensor la desaprobación social, de tal manera que se le impulsa a desistir de nuevas ofensas: el ofensor es bueno, lo malo es su conducta (Braithwaite, s. f.). En la justicia restaurativa, la impunidad es entendida como la falta de una responsabilización incluyente del ofensor frente a la conducta cometida, que permita la reparación de las víctimas y la restitución de las partes y los lazos sociales.

Finalmente, la justicia distributiva puede entenderse como “una respuesta, que mira hacia atrás y hacia adelante, a la demanda de rectificación de las injusticias e inequidades distributivas del pasado” (Urueña & Prada, 2018, p. 402). Esta justicia debe reducir las diferentes formas de opresión estructural, que son reproducidas sistemáticamente por las instituciones económicas, políticas y culturales, generando desventajas para algunos y privilegios para otros (Young, 1988). Al atacar las diversas formas de injusticia estructural, la justicia distributiva ataca las causas estructurales de los conflictos y contribuye a que no se reproduzcan. En la justicia distributiva, la impunidad es entendida como la falta de respuesta adecuada a las injusticias estructurales o las desigualdades que están en la base del surgimiento y/o la persistencia de los conflictos o las violencias cometidas.

5 La justicia restaurativa surgió hacia la década de los setenta como una alternativa, no necesariamente excluyente, a los modelos de justicia existentes. En 1974, se dio el primer programa protorrestaurativo de reconciliación entre ofensor y víctima en Kitchener (Ontario). En 1977, Randy Barnett empieza a sugerir la *restitución* como nuevo paradigma de la justicia criminal. Pero es solo hasta los ochenta que la propuesta comienza a tomar auge. En Nueva Zelanda y Australia es donde empiezan a desarrollarse de manera más amplia los procesos restaurativos, y Braithwaite comienza a liderar la teoría de la justicia restaurativa (Hoyle, 2010). Cuando Barnett (1977) propuso un paradigma de la restitución, partió de la crisis del paradigma que se sustentaba tanto en fines retributivos como en fines relativos del castigo, a partir del colapso de dos de sus fundamentos: la legitimidad moral y la eficiencia práctica.

Tabla 1. Tipos de justicia, respuesta a la violencia y noción de impunidad

Tipo de justicia	Respuesta a la violencia	Impunidad
Justicia retributiva	La respuesta a la violencia es el castigo. El castigo es fin en sí mismo, es merecido y debe ser proporcional al delito.	La impunidad es la falta de castigo proporcional al delito.
Justicia restaurativa	La respuesta a la violencia es la responsabilización incluyente del ofensor, cuyo fin es restituir a las partes (víctima, ofensor, comunidad).	La impunidad es la falta de una responsabilización incluyente del ofensor frente a la conducta cometida, que permita la reparación de las víctimas y la restitución de las partes (incluido el mismo ofensor) y los lazos sociales.
Justicia distributiva	La respuesta a la violencia es la implementación de medidas que busquen transformar las injusticias estructurales que la reproducen.	La impunidad es la falta de respuesta adecuada a las injusticias estructurales que están en la base del surgimiento y/o la persistencia de los conflictos o las violencias cometidas.

Fuente: elaboración de la autora.

La forma en que deben relacionarse estas formas de justicia en los sistemas de justicia transicional ha sido ampliamente discutida. En este artículo se toman en consideración dos debates sobre la materia, que, como se verá más adelante, se reflejan en el diseño de la JEP.

En primer lugar, existe un debate, no exclusivo del campo de la justicia transicional, sobre la relación entre justicia retributiva y restaurativa en el que destacan dos visiones (Gavrielides, 2008). Por un lado, la visión normativa abolicionista, que considera que la justicia restaurativa debe ser independiente de la retributiva y que las medidas restaurativas no pueden ser punitivas. Por otro lado, la visión pragmática, según la cual la justicia restaurativa es dependiente y complementaria de la retributiva (Gavrielides, 2008, 2014), ambas justicias pueden fortalecerse mutuamente (Marshall, 1999) y no son excluyentes ni opuestas (Daly, 2002). En el campo de la justicia transicional, Minow (2011) y Lambourne (2015), desde una visión pragmática, afirman la necesidad de conciliar elementos retributivos y restaurativos. A su vez, Uprimny y Saffón (2006) y Uprimny, Sánchez y Sánchez (2014) señalan que en Colombia la justicia restaurativa debe ser complementaria a la justicia retributiva, pues esta no sería suficiente por sí sola para garantizar los derechos de las víctimas y la transición.

En segundo lugar, existe otro debate sobre la relación entre la justicia transicional y la justicia distributiva. La justicia distributiva no ha tenido un lugar significativo en la mayoría de los procesos transicionales (Urueña & Prada, 2018; Bergsmo, Rodríguez-Garavito, Kalmanovitz & Saffón, 2010; Muvingi, 2009; Miller, 2008; Franzki & Olarte, 2014). Con el paso del tiempo, se han cuestionado las formas en que la justicia transicional aborda las causas estructurales de los conflictos mediante medidas distributivas. Así, mientras muchos han sostenido que la justicia transicional no tiene la capacidad para abordar las dimensiones socioeconómicas de los conflictos, otros han propuesto una visión más amplia de la justicia transicional, sosteniendo que, sin la adopción de medidas distributivas que aborden las causas del conflicto, es imposible su superación⁶ (Torres, 2019; Waldorf, 2019).

Este artículo se propone un análisis más acotado de las relaciones de las formas de justicia desde los lentes de los debates mencionados, pues no pretender analizar el sistema de justicia transicional en su integralidad. Como se ha indicado, es el diseño del modelo de justicia de la JEP lo que se analizará a la luz de las nociones y debates planteados.

2. La negociación del modelo de justicia de la JEP

En Colombia, la negociación del Acuerdo de Paz estuvo orientada bajo el paradigma democrático liberal y neoliberal de la justicia transicional.⁷ De ahí que mientras algunos asuntos fueron excluidos de las negociaciones, otros ocuparon un lugar central. Así, antes del inicio de las negociaciones del Acuerdo de Paz, el gobierno estableció como consigna inalterable que no se negociarían los principios democráticos, el Estado de derecho ni el modelo económico (Santos, 2019; De la Calle, 2019; OACPC, 2018a). Mientras tanto, el componente de justicia judicial —particularmente el castigo y la preocupación por la impunidad— fue un tema central y altamente controversial en la negociación, que incluso requirió la delegación de equipos de juristas expertos para que acordaran una propuesta sobre la cual los negociadores pudieran decidir posteriormente (De la Calle, 2019; OACPC, 2018b). Su centralidad fue tal que terminó por agotar la mayor parte del esfuerzo de los negociadores, opositores y defensores del Acuerdo: “[E]l énfasis sobre la impunidad [...] termina por subestimar la importancia de los acuerdos estructurales logrados por las partes” (Rojas, 2017).

6 Incluso, entre quienes aceptan la inclusión de medidas distributivas en la justicia transicional, existen distintas visiones. Algunas desligan totalmente la distribución de la restitución (Kalmanovits, 2010) y otras consideran que deben complementarse (Uprimny & Saffón, 2009).

7 Este paradigma se entiende según lo planteado por Arthur (2009), Franzki y Olarte (2014).

Al principio de las negociaciones, las FARC-EP rechazaron la justicia retributiva, proponiendo la aplicación exclusiva de medidas de justicia restaurativa, que apuntaran a la “restauración a partir de la verdad” (Santrich, 2018), y rechazaron la cárcel (De la Calle, 2019; Institute for Integrated Transitions —IFIT—, 2018; Santos, 2019) —solicitando una amnistía general impuesta mediante sentencias caso a caso (IFIT, 2018; Santos, 2019)—. También rechazaron la justicia ordinaria⁸ y solicitaron un tribunal penal internacional o una comisión de la verdad con funciones judiciales (IFIT, 2018). Por su parte, el gobierno propuso inicialmente una mixtura entre justicia retributiva —que consideraba necesaria— y restaurativa —con un enfoque de sanciones reparatoras⁹ y que contribuyeran a la verdad—, y planteó la imposición de penas de cárcel graduables en centros especiales de detención para los máximos responsables autoseleccionados por el mismo grupo (De la Calle, 2018, 2019; IFIT, 2018; Santos, 2019). Además, accedió a un tribunal especial, siempre que este tuviera carácter nacional (IFIT, 2018; Santos, 2019).

Por su parte, la justicia distributiva ocupó un lugar reducido en el debate sobre el modelo del mecanismo judicial y careció de la visibilidad que tuvieron el castigo y la impunidad, porque no se entendía vinculada a estos. Este reducido lugar se evidencia, sin embargo, en dos discusiones. Por un lado, en los principios para la discusión del punto 5 sobre víctimas se había establecido que “se tendrán en cuenta las vulneraciones que en razón del conflicto hubieran tenido los derechos económicos, sociales y culturales” (OACPC, 2018a, p. 89). En los pronunciamientos de los equipos negociadores sobre estos principios, se evidenció que no los comprendían de la misma manera. Las FARC-EP entendía la necesidad de abordar de manera amplia las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y las causas estructurales del conflicto desde el punto 5.¹⁰ Específicamente, presentaron una propuesta “de incluir en el programa de reparación las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales [...]. Eso significaba que problemas prevalentes en muchas regiones de Colombia como la pobreza, la desigualdad o la falta de acceso a educación o salud constituirían violaciones a derechos por parte del Estado” (IFIT, 2018, p. 256).¹¹

8 Véase OACPC (2018a, p. 221).

9 El gobierno, en su propuesta de mapa del punto 5 del 23 de septiembre de 2014, se refirió a procesos de reparación simbólica y colectiva en las comunidades vinculadas a la justicia transicional (OACPC, 2018a, p. 262) que, posteriormente, corresponderían a las sanciones reparatoras de la JEP.

10 Véase OACPC (2018a, p. 97).

11 Además, hicieron referencia a la creación de un Plan Nacional para la Reparación Integral “enfocado en la justicia social, territorial y de género”, a través de programas territoriales (OACPC, 2018a, p. 235).

Mientras tanto, el gobierno entendía que la situación de DESC se abordaba principalmente desde las transformaciones contenidas en los puntos 1, 2 y 4 del Acuerdo,¹² o incluso desde lo que, posteriormente, serían las sanciones reparadoras, donde se daría prioridad a las regiones afectadas por el conflicto y a las víctimas (IFIT, 2018). Aunque no es del todo claro cuál era el vínculo del programa de reparación a violaciones de DESC con el componente judicial en la propuesta de las FARC-EP, se observa cómo se diluye la relación entre el mecanismo judicial y las violaciones a DESC en la posición del gobierno.

Por otro lado, el equipo de las FARC-EP fue claro en poner sobre la mesa la necesidad de establecer la responsabilidad de los actores económicos nacionales e internacionales y otros Estados en el conflicto armado.¹³ Al respecto, el gobierno coincidió en que el régimen de responsabilidad debía cobijar a terceros y agentes del Estado que no fueran miembros de la fuerza pública, que hubiesen tenido participación en el conflicto armado, accediendo a abordar una dimensión socioeconómica del conflicto.

De ese modo, se relegó mayoritariamente el componente distributivo fuera del punto 5 y se diluyó su relación con el componente judicial, que quedó limitada a las sanciones reparadoras y al abordaje de la participación de terceros, con poder político y económico, en el conflicto.

Tabla 2. Punto de partida de los equipos negociadores de las FARC-EP y el gobierno de Colombia en la negociación del componente de justicia del punto 5 del Acuerdo de Paz

Discusión de elementos claves	FARC-EP	Gobierno
¿Cárcel?	No penas de cárcel.	Penas de cárcel graduables para máximos responsables (autoselección).
¿Justicia ordinaria?	No justicia ordinaria. Tribunal penal internacional.	Tribunal especial nacional.

12 Véase la declaración de principios para la discusión del punto 5 de la agenda (OACPC, 2018a, p. 93); la propuesta de estructura del punto 5 del 23 de septiembre de 2014 del gobierno (OACPC, 2018a, pp. 267-268); el discurso en el que presidente Santos anunció la publicación de los borradores conjuntos de los puntos 1, 2 y 4 el 24 de septiembre de 2019 (OACPC, 2018a, p. 276); y la propuesta sobre reparación del gobierno del 17 de junio de 2015 (OACPC, 2018b, p. 249).

13 Véanse las diez propuestas mínimas de las FARC-EP para abordar los derechos de las víctimas del 6 de septiembre de 2014 (OACPC, 2018a, p. 230), y su visión del narcotráfico como “un problema global y social” que involucra a varios países (OACPC, 2018a, pp. 410-411).

Discusión de elementos claves	FARC-EP	Gobierno
¿Máximos responsables?	No. Amnistía general, sentencias caso a caso.	Sí. No amnistía general. Selección y priorización, máximos responsables.
¿Justicia retributiva o restaurativa?	Solo restaurativa.	Ambas. Se necesita la retributiva.
¿Distribución?	Sí. Programa de reparación a violaciones DESC.	No. Solo reparaciones a derechos humanos violados en el marco del conflicto armado. DESC a través de Reforma Rural Integral y PDET, con priorización de víctimas.

Fuente: elaboración de la autora a partir de: Santrich (2018), De la Calle (2018, 2019), IFIT (2018), Santos (2019), Oficina del Alto Comisionado para la Paz de Colombia (2018a, 2018b).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que los equipos negociadores tenían diferencias sustanciales sobre la forma en que entendían la impunidad. Las FARC-EP no entendían la impunidad en sentido retributivo, y consideraban que la justicia restaurativa, aunada quizás a medidas de justicia distributiva, era suficiente para superar la impunidad,¹⁴ mediante la reparación de las víctimas, la inclusión del ofensor y la transformación de las causas estructurales del conflicto. Así, promovían una visión abolicionista de la relación entre justicia retributiva y restaurativa en el mecanismo judicial del sistema transicional, y exigían la reparación de las violaciones a DESC por parte del Estado, lo que podría haberse vinculado de forma directa al mecanismo judicial.¹⁵

A su vez, el gobierno entendía la impunidad en sentido retributivo y consideraba que la justicia retributiva era necesaria y el tipo de castigo/sanción era un aspecto central.¹⁶ Así, promovía una visión pragmática de la relación entre justicia retributiva y restaurativa, y, al mismo tiempo, restaba importancia y diluía la relación entre el modelo del componente judicial y la justicia distributiva. Finalmente, como se verá en el siguiente apartado, esta fue la visión que predominó en el diseño de la JEP.

14 Véase Santrich (2018, p. 58).

15 Según Arbour (2019), los DESC pueden ser tenidos en cuenta en procesos transicionales en el ámbito penal, pero también en tribunales de derechos humanos, entre otros mecanismos.

16 Véase De la Calle (2019, pp. 113, 114, 128); Santos (2019, p. 477).

3. El diseño de la JEP: un modelo de justicia predominantemente retributivo

El Acuerdo de Paz (2016) y las normas de implementación señalaron que la justicia de la JEP no se entiende en términos meramente retributivos, y que la justicia restaurativa es uno de sus paradigmas orientadores. Incluso la Corte Constitucional se ha referido a la JEP como “una justicia esencialmente restaurativa” (Sentencia C-080 de 2018). Así, su modelo de justicia ha sido categorizado por algunos como un modelo mixto (Uprimny & Güiza, 2016) o híbrido (Rojas, 2017), en el que se interrelacionan elementos retributivos y restaurativos. Además, como ya se mencionó, también se ha entendido que los elementos restaurativos están vinculados con los puntos estructurales o distributivos del Acuerdo de Paz (Rojas, 2017). A continuación, se explica cómo se entendieron los componentes restaurativo, distributivo y retributivo en el modelo de justicia de la JEP, para luego plantear por qué el primero tuvo mayor peso en su diseño.

El paradigma restaurativo de la JEP apunta principalmente a tres objetivos: a) la restauración del daño causado; b) la reparación y satisfacción de los derechos de las víctimas; y c) la terminación de la situación de exclusión social que provocó la victimización (Acuerdo de Paz, 2016, pp. 144, 164; Acto Legislativo 1 de 2017, art. 1º). En ese sentido, el componente distributivo está incluido en la justicia restaurativa, tal como esta fue entendida desde el Acuerdo de Paz,¹⁷ a través de las sanciones propias. Esta relación entre el componente restaurativo y distributivo se aborda más adelante.

Para materializar el paradigma restaurativo, se estableció un procedimiento dialógico que conduce a la imposición de unas sanciones propias o restaurativas. El procedimiento dialógico apunta a lograr que la verdad se construya a partir de un proceso participativo deliberativo, al esclarecimiento de patrones de criminalidad, a que los comparecientes reconozcan de forma plena verdad y responsabilidad por las conductas cometidas, y a que, posteriormente, lleguen a acuerdos con las víctimas sobre las sanciones restauradoras. Las víctimas tienen oportunidades de participación, en calidad de intervinientes especiales, en las distintas etapas del procedimiento, tales como las versiones voluntarias, la audiencia pública de reconocimiento, la definición de los proyectos de sanción restauradora, etc., (Ley 1922 de 2018). A quienes reconozcan verdad plena y cumplan con las exigencias del sistema, se les imponen las sanciones restauradoras o propias, que son restricciones efectivas

17 Véase la nota al pie 5 sobre la perspectiva del gobierno. Esto también fue reconocido por las FARC-EP al final de la negociación del componente de justicia (OACPC, 2018b, p. 526).

de libertad (no carcelarias) con una duración de entre 5 y 8 años. Estas sanciones se construyen a partir del diálogo entre víctimas y ofensores, pero es la magistratura la que asegura, finalmente, que los proyectos restaurativos garanticen los derechos de las partes y respondan adecuadamente a los fines de la transición (Acuerdo de Paz, 2016; Ley 1957 de 2019; Ley 1922 de 2018). Ahora bien, como se explicará al abordar el componente retributivo, se ha señalado que las sanciones propias no son exclusivamente restaurativas, sino que también tienen un componente retributivo (Uprimny & Güiza, 2016; Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018).

Como se dijo previamente, el marco de sanciones propias o restaurativas, establecidas en el Acuerdo y las normas de implementación (Ley 1957 de 2019), constituye también el componente distributivo de la JEP. De acuerdo con Rojas (2017), existe una estrecha relación entre las sanciones restaurativas de la JEP y los puntos estructurales del Acuerdo —los que tienen la vocación de transformar las causas estructurales del conflicto—.¹⁸ Es decir, los cambios estructurales que buscan estos puntos se convierten en “complemento orgánico” del mecanismo de justicia de la JEP (Rojas, 2017). Así mismo, las sanciones propias también deben responder a relaciones generales de opresión, como, por ejemplo, las asociadas con el género (véase Ley 1922 de 2018, art. 64). Por ello, desde el proceso de negociación del Acuerdo, los fines restaurativos de las sanciones no pueden entenderse sin apuntar a los cambios estructurales que el Acuerdo también reconoce (Rojas, 2017).

Por su parte, el componente retributivo está presente tanto en los casos de ausencia de reconocimiento de verdad plena por parte de los comparecientes como en los casos de reconocimiento de responsabilidad (en los que se aplican las sanciones propias ya descritas) (Uprimny & Güiza, 2016; Corte Constitucional, Sentencia C-080 de 2018). Por un lado, en los casos en que los presuntos responsables no reconocen verdad plena y responsabilidad por las conductas cometidas en el procedimiento dialógico, se abre un proceso adversarial, que funciona bajo lógicas muy similares a las del proceso penal ordinario (Ley 1922 de 2018), y da lugar a la imposición de dos tipos de sanciones: las alternativas y las ordinarias. Si hay reconocimiento de responsabilidad antes del fin del proceso, se imponen sanciones alternativas de cárcel entre 5 y 8 años. Si termina el proceso sin reconocimiento y se encuentra penalmente responsable al acusado, se imponen sanciones ordinarias de cárcel hasta por 20 años (Acuerdo de Paz, 2016; Acto Legislativo 1 de 2017; Ley 1957 de 2019).

18 Esto fue planteado así desde la negociación. Véase, por ejemplo, notas al pie 3, 5, 9. Adicionalmente, en el comunicado conjunto del 15 de diciembre de 2015, en el que las FARC-EP y el gobierno anunciaron que habían llegado a un acuerdo sobre el punto 5, reconocieron expresamente que la implementación de los demás puntos del Acuerdo era la base de la justicia (OACPC, 2018b, p. 501). Esto también lo establece la Ley 1957 de 2019 (art. 141).

Por otro lado, en los casos de aplicación de sanciones propias, según Uprimny y Güiza (2016), la restricción efectiva de libertad constituye un componente retributivo de aflicción, aunque se combine con las sanciones restauradoras y reparadoras.¹⁹ Desde su perspectiva, el componente retributivo disminuye a medida que se incrementan el reconocimiento y la verdad; mientras el componente restaurativo se reduce a medida que disminuyen el reconocimiento y la verdad, y desaparece totalmente en las sanciones ordinarias (Uprimny & Güiza, 2016). En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que

la JEP deberá buscar la reparación de las víctimas a través de proyectos restaurativos, pero **sin dejar de lado la sanción por la gravedad de la ofensa** cometida contra las víctimas y contra la sociedad. En consecuencia, la sanción tendrá como objetivo no solo la reparación y la satisfacción de la víctima a través de los proyectos restaurativos, sino también **restablecer el equilibrio entre víctima y victimario, es decir, que los responsables sean tratados como tales** y la sanción restaurativa sea evidencia de que están bajo la ley y no por encima de ella. [...] las sanciones propias, que se caracterizan por ser unas sanciones que *no son exclusivamente retributivas*, es decir, los responsables no estarán en condiciones convencionales de privación de la libertad, sino que tendrán una *efectiva* restricción de tal derecho [...]. De esta manera, de un lado, **la sanción será retributiva, porque implica restricción de derechos y libertades bajo estrictas condiciones de supervisión durante el tiempo en que dicha sanción deba ser cumplida**. De otro lado, la sanción será restaurativa, pues asegurará el cumplimiento de funciones reparadoras por parte de los responsables, partiendo de su reconocimiento de responsabilidad, y siguiendo con el desarrollo de proyectos de interés social y de reparación (Sentencia C-080 de 2018, negrillas fuera del texto original).

A partir de esta breve descripción, se evidencia que el modelo de justicia de la JEP privilegió el componente retributivo sobre el restaurativo y el distributivo, lo cual no implica que estos dos componentes carezcan de peso o impacto en el procedimiento. Esto se explica a partir de cuatro factores que se exponen a continuación.

19 El equipo negociador del gobierno tenía una visión similar: “En nuestra opinión, estas sanciones [propias] tenían dos caras. Una mayoritaria, reparadora y restaurativa, pero otra, cuyo énfasis era menor pero de todos modos importante, que significaba que en todo caso la sanción tenía también un componente de castigo, no solo de reparación” (De la Calle, 2019, p. 128).

3.1. El componente retributivo es privilegiado bajo consideraciones políticas

Lo primero es problematizar la razón por la cual se ha atribuido un carácter también retributivo a las sanciones propias, que se producen como resultado de un procedimiento dialógico y deliberativo entre las partes, en el que existe un reconocimiento de verdad y responsabilidad por parte del ofensor. En principio, quien conozca el procedimiento dialógico podría pensar que no tiene fines retributivos, esto es, que no busca imponer un castigo proporcional²⁰ ni la imposición de un sufrimiento merecido como fin en sí mismo en el procedimiento.

En la interpretación de Uprimny y Güiza (2016), el componente retributivo de la restricción efectiva de libertad está dado por la aflicción que supone. A su turno, en la interpretación de la Corte Constitucional, dicho componente está dado por la restricción en sí misma, por el restablecimiento del equilibrio entre víctima y victimario, y el tratamiento del responsable como tal. No obstante, entendiendo que la retribución supone que el castigo proporcional y merecido es un fin en sí mismo, no será la restricción la que le aporte el carácter retributivo a las sanciones propias. Es decir, ni el procedimiento ni las sanciones que se imponen a partir de este adquieren un carácter retributivo porque esta sea una restricción en sí misma o porque supongan el tratamiento del responsable como tal. Como ya se ha advertido, la justicia restaurativa concede un peso importante al reproche al victimario, a través de la vergüenza reintegradora: no se trata de que el ofensor no reciba ningún reproche, sino de que este reproche se logre a partir del procedimiento deliberativo, el reconocimiento de responsabilidad y una sanción incluyente, y de que todo esto, entre otros fines, permita su reincorporación.

Así, se observa que en los planteamientos de Uprimny y Güiza (2016) y de la Corte Constitucional es realmente la consideración de la necesidad de restablecimiento del equilibrio entre víctima y victimario, como fin atribuido a las sanciones propias, la que otorga a estas su carácter retributivo. Es bajo esta consideración que subyacen las ideas de proporcionalidad y merecimiento, que hacen del sufrimiento derivado de la sanción propia un fin en sí mismo.

20 Seils (2015) planteó que el contenido retributivo de las sanciones, en contextos de violaciones masivas a derechos humanos, es cuestionable: “Es posible que una sentencia ‘desproporcionada’ conserve un elemento retributivo, en el sentido que puede basarse en la premisa de la responsabilidad moral por conductas anteriores y ser impuesta con el fin de causar cierto grado de sufrimiento. Sin embargo, muchos podrían pensar que un sufrimiento insuficiente mediante una sentencia reducida restringe la utilidad de la descripción de ‘retribución’ tal como ésta podría entenderse comúnmente” (p. 11).

De no ser por dicha consideración, podría entenderse que la imposición de la restricción efectiva de libertad en la sanción propia obedece a la necesidad de garantizar el cumplimiento de los proyectos restaurativos en lugares determinados, para que puedan cumplir con su cometido reparador y reintegrador. De hecho, siguiendo la distinción entre sistemas de restitución punitiva y sistemas de restitución pura, propuesta por Barnett (1977) en los inicios del paradigma restaurativo, en las posturas de la Corte Constitucional y Uprimny y Güiza (2016) se echa de menos el avance hacia un paradigma de restitución pura. En el paradigma de restitución punitiva se añadía la restitución a los fines tradicionales de la pena, mientras que en el de restitución pura la restitución era el único fin, y el logro de otros fines tradicionalmente perseguidos solo podía darse como resultado de la restitución. En este caso, parece existir una reticencia en la Corte y en los autores a renunciar al sufrimiento como fin en sí mismo de la sanción y a adoptar una visión de restitución pura.

Ahora bien, esta reticencia a dejar de atribuir un carácter retributivo a las sanciones propias parece responder, al menos en parte, a la necesidad política de contrarrestar los reclamos sociales y políticos contra la impunidad entendida en sentido retributivo para legitimar el proceso de negociación y el sistema de justicia transicional. Así, Uprimny y Güiza (2016) manifestaron que en la JEP una justicia exclusivamente restaurativa “comprometería seriamente el derecho a la justicia de las víctimas y el deber del Estado de investigar y castigar los crímenes de guerra y de lesa humanidad”.²¹ Así mismo, la Corte Constitucional, en la citada sentencia, dijo: “Puede generar una sensación de impunidad si las sanciones restaurativas eliminan completamente el componente retributivo de la sanción” (Sentencia C-080 de 2018). Esta preocupación por la impunidad responde a las exigencias del derecho internacional y los movimientos antiimpunidad en el ámbito nacional e internacional, situación que influyó en el proceso de negociación del Acuerdo y diseño de la JEP.

En ese orden de ideas, el carácter retributivo de las sanciones propias supuso la decisión política de atribuirles el fin en sí mismo de causar sufrimiento, lo cual responde, al menos en parte, a una tendencia a evitar la sensación de impunidad en sentido retributivo.

21 Tiempo atrás, Uprimny y Saffón (2006) ya habían señalado que “la individualización y el castigo de los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad resultan importantes para el éxito de un proceso de justicia transicional y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la justicia restaurativa no puede ser el imperante en estos contextos” (p. 135).

3.2. El componente retributivo se limita bajo consideraciones estrictamente utilitaristas

Otro elemento para tener en cuenta es el relacionado con las *limitaciones* en el ejercicio de la persecución penal en el marco de la JEP. Así, la JEP puede otorgar amnistías e indultos a delitos políticos y conexos (Ley 1820 de 2016). Igualmente, no todas las conductas punibles cometidas en el marco del conflicto serán sancionadas, aun cuando no sean delitos políticos y conexos, pues se seleccionarán las más graves y representativas (Ley 1957 de 2019). En cierta forma, medidas como el otorgamiento de amnistías o la selección de conductas restringen el componente retributivo, pues implican, en contraposición con la justicia retributiva, que no toda conducta punible debe recibir su castigo.

Sin embargo, lo que se precisa aquí es que estos mecanismos no suponen dar una prioridad o un mayor peso a la justicia restaurativa, sino que son instrumentales para el logro de los fines de la justicia transicional, y han sido ampliamente aceptados en el marco de los estándares internacionales sobre la persecución penal en contextos de violaciones masivas de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Por ejemplo, el otorgamiento de la mayor amnistía posible al culminar un conflicto es un mandato derivado del DIH (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, art. 6.5). A su vez, las estrategias de selección y priorización han sido institucionalizadas desde el derecho penal internacional dada la imposibilidad fáctica de juzgar y sancionar a todos los partícipes de violaciones al DIDH y al DIH en contextos en los que estas son cometidas masivamente (Jäger, 1998; ICTJ, 2019).

Esto no implica una crítica a las amnistías o a las estrategias de selección, que son necesarias y tienen impactos positivos en procesos transicionales como el colombiano. Lo que se destaca es que este tipo de medidas limitan el componente retributivo para evitar una impunidad *de facto* en sentido retributivo, sin, por ello, darle una mayor preponderancia a la justicia restaurativa.

3.3. El componente restaurativo (y, con él, las garantías de los derechos de las víctimas) es limitado y condicionado

La JEP está lejos de ser una “una justicia esencialmente restaurativa”, como la ha calificado la Corte Constitucional (Sentencia C-080 de 2018). Sobre este tema, Tonche y Umaña (2017) han destacado que el alcance de la justicia restaurativa en la JEP es limitado porque esta termina operando, en general, bajo lógicas propias de la justicia retributiva, basándose en tres razones. Primero, la condicionalidad del proceso dialógico y las sanciones propias o restaurativas es problemática, en

tanto convierte a la justicia restaurativa en una mera excepción de la retributiva. En esa medida, las sanciones restaurativas continúan funcionando bajo la lógica de obtención de ventajas para el victimario, propia del sistema penal tradicional. Segundo, el paradigma restaurativo está centrado exclusivamente en la reparación y restauración de la víctima, dejando de lado las necesidades del ofensor. Tercero, dado que el modelo establece las medidas restaurativas, se reduce notablemente el componente dialógico y la gestión constructiva del conflicto social.

Si bien se considera acertado el primer aspecto anotado por los autores, lo cierto es que deben hacerse precisiones sobre los otros dos. Sobre el segundo, no se puede desconocer que las sanciones propias son construidas en un procedimiento dialógico en que también participan los ofensores y son un camino para su reincorporación y responsabilización incluyente, en contraposición a otras vías de responsabilización excluyentes. Sobre el tercero, se precisa que el listado de sanciones restauradoras propuesto en la legislación no es taxativo y otras medidas pueden ser acordadas por las partes y aprobadas por la magistratura.

En relación con este tema, Rojas (2017) también resalta que el paradigma restaurativo es tímido, porque el modelo mixto no se compromete con los fines del modelo restaurativo, que no cuestiona las falencias estructurales de las sanciones retributivas de cara a la satisfacción de los derechos de las víctimas, y que las vías restaurativa y retributiva en la JEP no resultan siempre compatibles. Por ejemplo, en los casos en que no haya reconocimiento pleno de verdad, y se dé paso al proceso ordinario para la imposición de sanciones retributivas, no resulta claro cómo se garantizarían la verdad y la reparación.

Recogiendo algunos de estos elementos, en definitiva se observa que la condicionalidad de la justicia restaurativa supone que la centralidad de las víctimas —su participación deliberativa a propia voz en los procedimientos y en la definición de las sanciones—, la reparación transformadora con impactos distributivos a través de las sanciones propias y la reincorporación de los responsables a la sociedad también están condicionados, pues estos elementos desaparecen o se atenúan seriamente en los procesos en los que no hay reconocimiento. De ese modo, no se logró que estos aspectos fueran centrales en todo el proceso, mediante alternativas para expandir el paradigma restaurativo, y se les terminó restringiendo por la condicionalidad de este.

3.4. El componente distributivo es limitado y accesorio de un componente restaurativo potencialmente débil

Con respecto al componente distributivo, destacan dos aspectos. El primero deriva de las consideraciones recién esbozadas. Las sanciones propias o restaurativas

constituyen el componente con potencial distributivo de la JEP, en tanto suponen la conexión con los puntos estructurales del Acuerdo de Paz (Rojas, 2017) y porque apuntan a la reparación transformadora. No obstante, debe tenerse en cuenta que no es claro en qué medida puede considerarse que las pautas contenidas en estos tres puntos apuntaron a verdaderas transformaciones estructurales. Así, por ejemplo, se ha cuestionado el carácter transformador de la Reforma Rural Integral, señalando que terminó reproduciendo aspectos establecidos previamente en la Constitución Política (Alviar, 2016; Alviar & Engle, 2016). Además, aunque la priorización de las víctimas en los programas de la Reforma Rural Integral parecía ser la respuesta del gobierno ante la propuesta de las FARC-EP de incluir un programa de reparación a las violaciones de DESC en el punto 5 del Acuerdo (IFIT, 2018), el gobierno aprovechó esta oportunidad para acordar programas y políticas que, en realidad, estaban pendientes por implementar hacía mucho tiempo (Santos, 2019); y, adicionalmente, dar un impulso estratégico a la negociación, que consistía en permitir que el equipo negociador de las FARC-EP demostrara algunas victorias políticas a los miembros de su grupo durante la negociación (Santos, 2019).

Pero, además de estas limitaciones de los puntos estructurales del Acuerdo, como Rojas (2017) también parece reconocer, cuando se opta por la vía puramente retributiva por no haberse dado un reconocimiento de verdad completo por parte del procesado, la débil conexión entre la JEP y los demás puntos del Acuerdo de Paz se rompe. Es decir, en estos casos en los que no se imponen sanciones restauradoras, sino penas de cárcel, la JEP y los ofensores dejan de contribuir a la transformación de condiciones de injusticia estructural.

El segundo aspecto se refiere a una modificación a lo pactado establecida por la Corte Constitucional, que también limitó las posibilidades distributivas del Acuerdo. La exclusión de la obligación de los terceros que hubiesen participado en conductas punibles en el marco del conflicto armado de acudir a la JEP, mediante la Sentencia C-674 de 2017, permite que las conductas de empresas y actores privados que se beneficiaron o financiaron el conflicto armado,²² reproduciendo algunas situaciones de injusticia estructural, tengan mayores posibilidades de continuar sin ser juzgadas.

El argumento central de la Corte para sustentar esta decisión fue que la comparecencia obligatoria de terceros en la JEP violaba el principio del juez natural. Según su razonamiento, el problema radicaba en el hecho de que los terceros no

22 Como lo señalan Bernal y Marín (2018), los períodos en que las relaciones entre paramilitares y actores económicos se fortalecieron también fueron períodos de mayor violencia por parte de este grupo. Esto da cuenta de lo imperioso que resulta que los terceros rindan cuentas y garanticen los derechos de las víctimas afectadas por su participación en el conflicto.

hubiesen negociado la creación de la JEP —juez *ex post facto*—, pues, de acuerdo con su interpretación, solo se les podría someter a este tipo de tribunal si ellos así lo decidiesen voluntariamente.

Sin embargo, muchos tribunales que han buscado responder a violaciones masivas de derechos humanos en el mundo han sido creados después de la ocurrencia de estas. La misma JEP está investigando y juzgando los hechos cometidos por las FARC-EP y la fuerza pública antes del 1° de diciembre de 2016, aun cuando empezó a funcionar en marzo de 2018, situación que no es problemática para la Corte porque ellos fueron quienes lo acordaron de esa forma.

Para la justicia transicional es muy difícil responder a una situación de violación masiva de derechos humanos de la misma manera —con los mismos métodos, técnicas, enfoques y estructuras— que lo hace la justicia ordinaria frente a conductas que ocurren cotidianamente en un contexto de paz. Además, muchas veces se requiere construir un modelo de justicia que marque una separación frente a la situación anterior. La crítica a la construcción de un tribunal *ex post facto* podría tener mayor sentido si la JEP hubiese sido creada para juzgar una sola parte del conflicto, como ocurrió, por ejemplo, en Nuremberg (Krever, 2014) o en Ruanda (Waldorf, 2008). No obstante, la JEP no fue pactada de esa forma y estuvo pensada para juzgar con igual rasero a las personas que habían participado en el conflicto armado. Incluso, las magistradas y magistrados fueron elegidos mediante un comité de escogencia designado específicamente para ello, precisamente con el fin de garantizar su idoneidad, imparcialidad e independencia. Igualmente, debe destacarse que el modelo de justicia de la JEP ofrece un régimen favorable, en término de los beneficios y sanciones a las que se puede acceder, si se le compara con el régimen de justicia ordinaria. De ahí que varios terceros, con procesos avanzados o condenas en contra, solicitaron voluntariamente someterse a la JEP aun cuando la Corte Constitucional hubiese establecido que no tenían la obligación de hacerlo.²³

Adicionalmente, debe añadirse que la JEP surge como algo más que una justicia acordada entre los equipos negociadores de las FARC-EP y del gobierno nacional. El Acuerdo de Paz, que consignaba que la JEP también juzgaría a terceros, fue refrendado a finales de noviembre de 2016 en el Congreso y la validez de esta refrendación fue declarada por la Corte (Sentencia C-699 de 2016, M. P. María Victoria Calle). Esta aprobación no significó que la JEP empezara a funcionar inmediatamente, pues en todo caso hacía falta implementarla. Así que, posteriormente, el Congreso aprobó la

23 El plazo de sometimiento voluntario a la JEP por parte de terceros civiles y agentes del Estado no miembros de la fuerza pública venció el 6 de septiembre de 2019. A esa fecha, la JEP reportó 540 solicitudes de sometimiento de terceros civiles y 117 de agentes del Estado no miembros de la fuerza pública (JEP, 9 de septiembre de 2019).

Ley 1820 de 2016 y el Acto Legislativo 1 de 2017, donde, como se anotó, se establecía la comparecencia obligatoria de algunos terceros civiles y de todos los agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública ante la JEP. Por ello, no se puede desconocer que fue el Congreso, actuando como órgano representativo elegido democrático, el que puso a funcionar la JEP bajo un régimen en que era obligatoria la comparecencia de terceros.

Por todo lo anterior, se puede decir que con esta decisión la Corte dejó por fuera uno de los aspectos reivindicados por quienes exigen la inclusión de las dimensiones socioeconómicas de los conflictos en la justicia transicional: “La participación de empresas y actores privados en la financiación de los actores armados ilegales” (Torres, 2019, p. 49).

Conclusiones

En ese orden de ideas, se evidencia que en el modelo de la JEP la justicia retributiva tuvo un mayor peso que las justicias restaurativa y distributiva. Una apuesta más decidida por el paradigma restaurativo, que aparejaba medidas distributivas, no hubiese condicionado su aplicabilidad al reconocimiento de responsabilidad, lo que a su vez condicionó la centralidad de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas en la definición de las sanciones, la reincorporación del procesado y la reparación con vocación transformadora mediante los proyectos restaurativos de las sanciones propias. La relevancia de estos aspectos no es tenida en consideración en el procedimiento adversarial y las sanciones de contenido retributivo.

Ahora bien, alrededor de esta renuncia a los beneficios de la justicia restaurativa para las partes contrastan otras preocupaciones. Sin desconocer que el reconocimiento de responsabilidad en procesos como el de la JEP también puede perseguir ventajas penales, lo que puede poner a dudar a las víctimas sobre su autenticidad (Cohen, 2016, p. 258), lo cierto es que en casos de ausencia de reconocimiento no es posible continuar con un procedimiento estrictamente dialógico y es probable que sea necesario dar paso a un proceso con elementos adversariales para establecer las responsabilidades penales de los ofensores.

Sin embargo, habría sido posible buscar alternativas para mantener o ampliar el enfoque restaurativo, como, por ejemplo, mantener las sanciones propias (con mayor duración), incluyendo el punto de vista de las víctimas o delimitando previamente con ellas un marco de sanciones especiales con fines reparadores transformadores para tales casos, adicionar mecanismos adicionales de deliberación entre las partes para promover el reconocimiento, la posibilidad de construir memorias compartidas y de esclarecer verdad, etc. Pese a la falta de reconocimiento

de responsabilidad por parte del victimario, es evidente que la participación de las víctimas, la reincorporación del procesado, el esclarecimiento de verdad, la reparación transformadora y la reconstrucción del tejido social son más viables a través de un procedimiento en el que se dialogue con el ofensor y una sanción en la que este trabaje para reparar a víctimas y comunidades, que por medio de un procedimiento adversarial y de la cárcel.²⁴

Además, sin pretender homogeneizar los intereses de las víctimas, debe tenerse en cuenta que en algunos casos la reparación transformadora puede ser más prioritaria para ellas que la privación de la libertad del victimario, si en ambas situaciones se declara su responsabilidad por los hechos cometidos. Por ejemplo, Torres (2019) apunta que algunas víctimas “quieren en primer lugar es cubrir las necesidades socioeconómicas presentes y futuras de sus familias” (p. 40). Esto se evidenció en una encuesta realizada a un grupo de víctimas en Colombia en la que la mayoría señaló preferir garantías respecto a sus necesidades socioeconómicas sobre las sanciones penales a los victimarios (Rettberg, 2008), lo cual no implica que le hayan restado total relevancia a estas.²⁵

Adicionalmente, la pena retributiva de cárcel puede empeorar la situación del sistema carcelario en Colombia,²⁶ que se ha considerado insuficiente para alcanzar los fines que tradicionalmente se le han atribuido y que, en realidad, cumple funciones que pueden ser contrarias a lo que se busca con la justicia transicional.²⁷

24 Latimer *et al.* (2005) indican que la justicia restaurativa, en términos generales, puede ser más efectiva para mejorar la satisfacción de las víctimas y los victimarios, incrementar el cumplimiento del victimario con la restitución y reducir la reincidencia, en comparación con los métodos tradicionales no restaurativos del sistema de justicia penal.

25 Esta encuesta, desarrollada por Retteberg (2008), arrojó como resultados que las principales preferencias frente a medidas de reparación son: que me ayuden a cubrir mis necesidades económicas y las de mi familia (45,5 %); que se sepa la verdad sobre los hechos (44 %) (p. 58). Así mismo, también reportó que los juicios contra los responsables de los diferentes crímenes son, mayoritariamente, para conocer la verdad (41,1 %) y permitir que las personas puedan volver a convivir (26,1 %) (p. 75). Incluso, frente a la pregunta sobre cómo deberían ser castigados los culpables de los crímenes, las respuestas fueron divididas: el 37 % respondió que deberían pagarles a sus víctimas y otro 37 % que deberían ser encarcelados (p. 74).

26 En Colombia el sistema carcelario se encuentra en un estado de cosas inconstitucional, es decir, existe una situación de violación masiva y estructural de los derechos humanos de los reclusos, que imposibilita la resocialización, y es atribuida, desde 2013, a una política criminal irracional y altamente punitiva (Corte Constitucional, sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015). Véase Hernández (2018).

27 “[L]a cárcel refleja, sobre todo, en las características negativas a la sociedad” (Baratta, 2004, p. 197), que es una sociedad excluyente y altamente desigual, y reproduce las relaciones estructurales de opresión relacionadas con la clase, la raza y el género (Davis, 2016). Así, las cárceles colombianas son espacios deshumanizantes y excluyentes que, bajo el modelo de confinamiento celular, materializan la justicia retributiva y, al mismo tiempo, generan un daño social mayor del que buscan remediar, crean nuevos problemas sociales y violan sistemáticamente los derechos de los reclusos (Iturralde & Ariza, 2016). En ese sentido, la cárcel resulta contraria a las transformaciones estructurales que el componente distributivo de la JEP y los puntos estructurales del Acuerdo buscan y que se consideran necesarias para lograr la construcción de paz. Pero, además, lejos de permitir la reincorporación de los excombatientes, en ella se da la prisionalización (Baratta, 2004). Igualmente, en casos de grupos

Así mismo, los proyectos restaurativos por desarrollar en el marco de las sanciones propias son el único punto de conexión con los puntos con vocación distributiva del Acuerdo de Paz, por lo que el componente distributivo de la JEP también se encuentra condicionado. Probablemente, la inclusión directa y no condicionada de medidas distributivas en el componente de justicia tendría un mayor impacto distributivo. El vínculo actual entre la justicia de la JEP y la justicia distributiva es débil, por la condicionalidad del componente restaurativo y por las dudas sobre la vocación transformadora de los puntos estructurales del Acuerdo. Igualmente, la vocación distributiva del Acuerdo de Paz se encuentra en duda por las mencionadas cuestiones sobre su diseño, a lo que se suma el hecho de que estos puntos han tenido un nivel de implementación muy bajo.²⁸ Al respecto, debe considerarse que desde el mismo Acuerdo se pactó la priorización de la implementación de la JEP, que debía ser incluida de manera prioritaria en la Constitución mediante un acto legislativo (Acuerdo de Paz, 2016). En definitiva, si las sanciones de contenido reparador no estuvieran condicionadas, el componente distributivo de la JEP no lo estaría. Pero, además, si se hubiesen incluido medidas distributivas directamente vinculadas al componente de justicia de la JEP, estas habrían gozado de mayor prioridad y el modelo de justicia judicial de esta habría sido sin duda más amplio.

Finalmente, el componente retributivo, que se consideró necesario mantener para evitar la sensación de impunidad en sentido retributivo, fue predominante, mientras que no se alcanzó la consolidación de un modelo de justicia más amplio que, desde unos componentes restaurativo y distributivo sólidos, tuviera mayores posibilidades de responder a las causas del conflicto y, por ende, prevenir nuevas formas masivas de violencia.

Teniendo en cuenta que la JEP lleva dos años de funcionamiento, ha empezado a producir decisiones y a avanzar en el desarrollo de su mandato, vale la pena analizar, en una posterior investigación, cómo ha sido la materialización de los componentes retributivo, restaurativo y distributivo del diseño del modelo de justicia de la JEP y qué alcance les ha dado el tribunal en la práctica judicial y a través de sus decisiones. En esta primera etapa de su funcionamiento, en la que se están surtiendo los procedimientos dialógicos que pueden culminar en sanciones

armados organizados con fines políticos, contribuye más a prevenir el delito que se cambien las condiciones que estructuran la desigualdad, que son las que motivan la creación y mantenimiento de los grupos (Seils, 2015).

28 Al finalizar el segundo año de la implementación del Acuerdo, los puntos 1 y 4 eran los que tenían un nivel más bajo de implementación (Iniciativa Barómetro, Matriz de Acuerdos de Paz & Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz, 2019).

restauradoras, la JEP tiene la oportunidad de potencializar y maximizar los componentes restaurativo y distributivo, para aprovechar los beneficios que estos aportan a las víctimas, los ofensores, sus comunidades y la transición en general.

Referencias

- (2 de octubre de 2016). Polarización del país, reflejada en resultados del escrutinio. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/resultados-plebiscito-2016-42861>
- Alviar, H. (2016). La discusión en torno a la política de desarrollo agrario: ¿perspectivas encontradas?, ¿nuevas soluciones? En I. Jaramillo & H. Alviar (Eds.), *Perspectivas jurídicas para la paz* (pp. 11-39). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Alviar, H., & Engle, K. (2016). The distributive politics of impunity and anti-impunity: lessons from four decades of Colombian peace negotiations. In K. Engle, Z. Miller & D. M. Davis (Eds.), *Anti-impunity and the human rights agenda* (pp. 216-254). Cambridge: Cambridge University Press.
- Arbour, L. (2019). Justicia económica y social para sociedades en transición. En F. Torres (estudio preliminar), *Justicia transicional y postconflicto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Arthur, P. (2009). How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. *Human Rights Quarterly*, 31(2), 321-367. <https://doi.org/10.1353/hrq.0.0069>
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Barnett, R. (1977). Restitution: a new paradigm for criminal justice. *Ethics*, 87(4), 279-301. Retrieved from <https://www-jstor-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/stable/2379899>
- Bergsmo, M., Rodríguez-Garavito, C., Kalmanovitz, P., & Saffón M. (2010). Introduction. In M. Bergsmo, C. Rodríguez-Garavito, P. Kalmanovitz & M. Saffón (Eds.), *Distributive justice in transitions* (pp. 1-14). Oslo: Tokel Opsahl Academic Publisher-PRIO.

- Bernal, L., & Marín, D. (2018). Los empresarios en la guerra: elementos de la verdad judicial sobre la complicidad empresarial en Colombia. En Dejusticia (Ed.), *Cuentas claras: el papel de la Comisión de la Verdad en la develación de la responsabilidad de las empresas en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Ediciones Antropos.
- Braithwaite, J. (1999). A future where punishment is marginalized: realistic or utopian. *UCLA Law Review*, 46(6), 1727-1750. Retrieved from <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/uclalr46&i=1741>
- Braithwaite, J. (s. f.). *Reintegrative shaming*. Retrieved from http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/05/2000_Reintegrative-Shaming.pdf
- Braithwaite, J., & Pettit, P. (2015). *No sólo su merecido: por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Christie, N. (1977). Conflicts as property. *British Journal of Criminology*, 17(1), 1-15. Retrieved from <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/bjcrim17&i=11>
- Cohen, R. (2016). Restorative justice. In C. Sabbagh & M. Schmitt (Eds.), *Handbook of social justice theory and research* (pp. 257-272). New York: Springer.
- Colombia, Congreso de la República. Acto Legislativo 1 de 2017.
- Daly, K. (2002). Restorative justice: the real story. *Punishment & Society*, 4(1), 55-79. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1177/14624740222228464>
- Davis, A. (2016). *Democracia de la abolición. Prisiones, racismo y violencia*. Madrid: Editorial Trotta.
- De la Calle, H. (2018). “Que se entienda que el fin del conflicto es una oportunidad para Colombia”. En O. Behar, C. Ardila & P. Navarrete (Eds.), *Lo que la guerra se llevó*. Bogotá: Icono.
- De la Calle, H. (2019). *Revelaciones al final de una guerra*. Bogotá: Penguin Random House.
- Franzki, H., & Olarte, M. (2014). Understanding the political economy of transitional justice. A critical theory perspective. In S. Buckley-Zistel, T. Koloma, C. Braun & F. Mieth (Eds.), *Transitional justice theories* (pp. 201-221). New York: Routledge.

- Gavrielides, T. (2008). Restorative justice. The perplexing concept: conceptual fault-lines and power battles within the restorative justice movement. *Criminology & Criminal Justice*, 8(2), 165-183. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1177/1748895808088993>
- Gavrielides, T. (2014). Reconciling the notions of restorative justice and imprisonment. *The Prison Journal*, 94(4), 479-505. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1177/0032885514548010>
- Gobierno Nacional de Colombia, & FARC-EP. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016).
- Hegel, G. W. F. (1937). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A.
- Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad EAFIT.
- Hoyle, C. (2010). General introduction. In C. Hoyle (Ed.), *Restorative justice. Critical concepts in criminology. Vol. I. The rise of restorative justice* (pp. 1-16). New York: Routledge.
- ICTJ. (2019). *El enfoque de macrocriminalidad en el proceso penal de justicia y paz. Lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz*. ICTJ.
- Institute for Integrated Transitions (IFIT). (2018). *Los debates de La Habana: una mirada desde adentro*. IFIT.
- Iturralde, M., & Ariza, L. (2016). La prisión como espacio de exclusión o reconciliación. *Dearq*, (18), 20-31. <http://dx.doi.org/10.18389/dearq18.2016.02>
- Jäger, H. (1998). *¿Es criminalizable la política?* Berlín: Nomos. (Traducción por ICTJ).
- Kalmanovitz, P. (2010). Corrective justice versus social justice in the aftermath of war. In M. Bergsmo, C. Rodríguez-Garavito, P. Kalmanovitz & M. Saffón (Eds.), *Distributive justice in transitions* (pp. 71-96). Oslo: Tokel Opsahl Academic Epublisher-PRIO.
- Kant, I. (1968). *Principios metafísicos de la doctrina derecho*. México D.F.: UNAM.
- Lambourne, W. (2015). Transformative justice, reconciliation and peacebuilding. In S. Buckley-Zistel, T. Koloma, C. Braun & F. Mieth (Eds.), *Transitional justice theories* (pp. 19-39). New York: Routledge.

- Latimer, J., Dowden, C., & Muise, D. (2005). The effectiveness of restorative justice practices: a meta-analysis. *The Prison Journal*, 85(2), 127-144. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1177/0032885505276969>
- Lessa, F., Olsen, T., Payne, L., Pereira, G., & Reiter, A. (2014). Overcoming impunity: pathways to accountability in Latin America. *IJTJ*, 8(1), 75-98. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1093/ijtj/ijt031>
- Marshall, T. (1999). *Restorative justice: an overview*. London: Home Office, Research Development and Statistics Directorate.
- Miller, Z. (2008). Effects of invisibility: in search of the 'economic' in transitional justice. *The International Journal of Transitional Justice*, 2(3), 266-291. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1093/ijtj/ijn022>
- Minow, M. (2011). Memoria y odio: ¿se pueden encontrar lecciones por el mundo? En M. Saffón (Comp.), *Justicia transicional* (pp. 79-108). Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Muvingi, I. (2009). Sitting on powder kegs: socioeconomic rights in transitional societies. *The International Journal of Transitional Justice*, 3(2), 163-182. <https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1093/ijtj/ijp010>
- Nesiah, V. (2016). Doing history with impunity. In K. Engle, Z. Miller & D. M. Davis (Eds.), *Anti-impunity and the human rights agenda*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz de Colombia (OACPC). (2018a). *Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte 1. La discusión del punto 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz y el compromiso sobre derechos humanos. Y de las medidas de construcción de confianza*. Bogotá: Presidencia de la República, OACPC.
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz de Colombia (OACPC). (2018b). *Biblioteca del proceso de paz con las FARC-EP. Tomo V. Parte 2. La discusión del punto 5. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición", incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz y el compromiso sobre derechos humanos. Y de las medidas de construcción de confianza*. Bogotá: Presidencia de la República, OACPC.

- Rettberg, A. (2008). *Reparación en Colombia. ¿Qué quieren las víctimas?* Bogotá: GTZ.
- Rojas, G. (2017). *Hacia una justicia transicional crítica. La institución social del castigo en el Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP en Colombia* (Tesis doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia).
- Sandoval, E. (1982). *Penología: partes general y especial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Santos, J. (2019). *La batalla por la paz*. Bogotá: Planeta.
- Santrich, J. (2018). "Todo esto comenzó con Uribe. Él sí hizo gestiones para dialogar con nosotros, pero hubo una serie de traumatismos que no generaron confianza". En O. Behar, C. Ardila & P. Navarrete (Eds.), *Lo que la guerra se llevó*. Bogotá: Icono.
- Seils, P. (2015). *La cuadratura del círculo en Colombia. Los objetivos del castigo y la búsqueda de la paz*. Nueva York: ICTJ.
- Teitel, R. (2006). Transitional justice. Postwar legacies. *Cardozo L. Rev*, 27, 1615-1631.
- Tonche, J., & Umaña, C. (2017). Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa? *Revista Derecho del Estado*, (38), 223-241. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>
- Torres, F. (2019). Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post)conflicto. En F. Torres (estudio preliminar), *Justicia transicional y postconflicto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Uprimny, R., Sánchez, L., & Sánchez, C. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derechos a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R., & Güiza, D. (1° de septiembre de 2016). *La JEP: entre la cárcel y la justicia restaurativa*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/column/la-jep-entre-la-carcel-y-la-justicia-restaurativa/>
- Uprimny, R., & Saffón, M. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En R. Uprimny, M. Saffón, C. Botero & E. Restrepo (Eds.), *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 109-138). Bogotá: Dejusticia.

- Uprimny, R., & Saffón, M. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En C. Díaz, C. Sánchez & R. Uprimny (Eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contexto de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 31-70). Colombia: ICTJ-Dejusticia.
- Urueña, R., & Prada, M. (2018). Transitional justice and economic policy. *Annual Review of Law and Social Science*, 14, 397-410. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-101317-031259>
- Waldorf, A. (2019). Anticipar el pasado: la justicia transicional y los daños socioeconómicos. En F. Torres (estudio preliminar), *Justicia transicional y postconflicto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Waldorf, L. (2008). Rwanda's falling experiment in restorative justice. In D. Sullivan & L. Tift (Eds.), *Handbook of restorative justice: a global perspective* (pp. 422-434). Oxford: Routledge.
- Young, I. (1988). Five faces of oppression. *The Philosophical Forum*, 19(4), 270-290.

Jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015. M. S. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018. M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

SECCIÓN DE ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

desde otras áreas de las Ciencias Humanas y Sociales

Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y
brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016

Alejandro Sánchez Zárate y Karina García Morales

Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016

Comparative Analysis on Natives, Digital Migrants and Deep Digital Divide in Mexico and Uruguay, 2016

Análise comparativa sobre nativos, migrantes digitais e brecha digital profunda no México e no Uruguai, 2016

Alejandro Sánchez Zárate*

Karina García Morales**

Fecha de recepción: 31 de enero de 2020

Fecha de aprobación: 19 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9901>

Para citar este artículo: Sánchez Zárate, A., & García Morales, K. (2020). Análisis comparativo sobre nativos, migrantes digitales y brecha digital profunda en México y Uruguay, 2016. *ANIDIP* 8, 1-29. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9901>

Resumen

La brecha digital es concebida como la desigualdad en el acceso, habilidades, uso y disponibilidad de dispositivos o plataformas digitales. En el contexto actual de digitalización de muchas de las tareas cotidianas, esta desigualdad está cobrando cada vez más relevancia. El presente trabajo tiene como objetivo analizar las dimensiones de accesibilidad, motivación y uso de internet en México y Uruguay desde el marco interpretativo de la brecha digital profunda propuesto por Van Dijk (2005). Este análisis se enfoca en los factores socioeconómicos asociados a esta desigualdad, tales como el estrato socioeconómico, el grupo generacional (nativos o migrantes digitales) y el sexo. Como principales hallazgos se tiene que en ambos países continúan algunas brechas digitales, por ejemplo: en México el uso de internet es equitativo entre sexos, pero no así entre estratos socioeconómicos; mientras

* Doctor en Estudios Urbanos y Ambientales.

** Maestra en Demografía.

que en Uruguay la brecha digital es menor, aunque sobresale una mayor proporción de usuarios mayores de 45 años (catalogados como migrantes digitales) y que en estratos altos hay un grupo de personas que no usa internet por falta de interés. Estos resultados avanzan en el estudio de la brecha digital desde una perspectiva más detallada y de corte internacional para la región de América Latina.

Palabras clave: brecha digital profunda; nativos y migrantes digitales; acceso; motivación y uso de internet.

Abstract

The digital divide is conceived as the inequality in access, skills, use, and availability of digital devices or platforms. In the current context of daily tasks' digitization, this inequality is gaining more and more relevance. The present work aims to analyze the dimensions of accessibility, motivation, and use of the Internet in Mexico and Uruguay from the deep digital divide interpretive framework proposed by Van Dijk (2005). This analysis focuses on the socioeconomic factors associated with this inequality, such as socioeconomic status, generational group (natives or digital migrants), and gender. The main findings showed there continue to be digital gaps in both countries. For example, in Mexico, the use of the Internet is equitable between sexes, but not between socioeconomic strata. Meanwhile, in Uruguay, the digital divide is smaller, there is a greater proportion of users in the high strata and over 45 years of age (classified as digital migrants), but there is a group of people who do not use the Internet because they are not interested. These results advance the study of the digital divide from a more detailed and international perspective for the Latin American region.

Keywords: Deep digital divide; natives and digital migrants; access; motivation and use of the internet.

Resumo

A brecha digital é concebida como a desigualdade no acesso, habilidades, uso e disponibilidade de dispositivos ou plataformas digitais. No contexto atual de digitalização de muitas das tarefas cotidianas esta desigualdade está cobrando cada vez maior relevância. O presente trabalho tem como objetivo analisar as dimensões de acessibilidade, motivação e uso da internet no México e no Uruguai, desde o marco interpretativo da Brecha digital profunda proposto por Van Dijk (2005). Esta análise enfoca-se nos fatores socioeconômicos associados a esta desigualdade, tais como o estrato socioeconômico, o grupo geracional (nativos ou migrantes digitais) e o sexo. Como principais resultados se tem que, em ambos os países continuam algumas brechas digitais, por exemplo: no México o uso

da internet é equitativo entre sexos, mas, não assim entre estratos socioeconômicos; enquanto que, no Uruguai, a brecha digital é menor, ainda que sobressai uma maior proporção de usuários maiores de 45 anos (catalogados como migrantes digitais) e, que em estratos altos há um grupo de pessoas que não usa a internet por falta de interesse. Estes resultados avançam no estudo da brecha digital desde uma perspectiva mais detalhada e de corte internacional para a região da América Latina.

Palavras-chave: brecha digital profunda; nativos e migrantes digitais; acesso; motivação e uso da internet.

Introducción

Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) abarcan un gran conjunto de dispositivos y herramientas mediadas por el avance computacional. Dentro de esta categoría se incluyen los teléfonos fijos, móviles e inteligentes, las computadoras, las tabletas electrónicas (*tablets*) y el internet. En este sentido, se pueden distinguir dos tipos de TIC: por un lado, los dispositivos físicos y, por el otro, los no físicos, como internet. Al respecto, muchos de los debates sobre inclusión y desigualdad digital otorgan mayor importancia a la disponibilidad de internet y consideran que los dispositivos físicos son sustentos materiales para acceder a él (Petrisans-Aguilar, 2002).

El avance de las TIC es inminente y su influencia en las actividades cotidianas de todo tipo de actores también lo es. Estas no solo han sido importantes para el desarrollo de la ciencia, sino que ya son reconocidas como eje fundamental para el desarrollo de la humanidad a nivel global. Esta postura se ve reflejada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en 2015, ya que reconoce que la tecnología digital es un instrumento que puede ayudar al cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible definidos en dicha agenda.

Dado el reconocimiento y la relevancia de las TIC, y particularmente de internet como vector de desarrollo, la problemática de las personas que no tienen acceso a esta tecnología en comparación con la población con posibilidades de acceso se ha estudiado desde hace varias décadas, y se le ha denominado brecha digital (Hilbert, 2011; Kuttan, 2003; Warschauer, 2003). De esta manera, el interés de las agendas internacionales ha llevado a estudiar esta desigualdad desde un punto de vista internacional, sobre todo comparando el nivel de acceso a internet entre países en asociación con sus características económicas y sociales, tales como el PIB, nivel de urbanización, proporción de población joven (Graham *et al.*, 2012; Grazzi & Vergara, 2014; Lechman, 2014; Petrisans-Aguilar, 2002). Así, los estudios comparativos

internacionales han apuntalado ideas como la relación inversa entre desarrollo económico nacional y brecha digital.

Recientemente, se ha visto un incremento en el uso de internet debido a la mayor disponibilidad de dispositivos móviles y la reducción de los costos para su acceso (ITU, 2018). Esto ha representado la disminución, aparente, de la brecha digital. Sin embargo, esto ha repercutido en la generación de nuevas dimensiones de la desigualdad digital, tales como el diferencial en el uso, habilidades, motivaciones o plataformas digitales (DiMaggio *et al.*, 2001; Hargittai & Hsieh, 2013). Estas nuevas dimensiones de la desigualdad digital cobran cada día mayor importancia debido a la generalización de la sociedad del conocimiento y la mayor cantidad de actividades sociales sustentadas en plataformas de internet. De ese modo, en este contexto, pocos trabajos han enfocado estos niveles de la desigualdad digital desde un enfoque de comparación internacional (Galperin, 2017; Sánchez Galvis, 2010).

Otro fenómeno paralelo, para el análisis de la dimensión digital desde las ciencias sociales, tiene que ver con las ventajas que puede representar para las personas el nivel de exposición que han tenido a las TIC a lo largo de su vida. En este sentido, los grupos generacionales han sido objeto particular de estudio al surgir teorías que aseguran que la edad de las personas es un factor determinante para que estas puedan hacer un uso crítico y beneficiarse de las TIC. Así, los grupos más jóvenes tendrían ventajas para lograr dicho objetivo al tener más cercanía y familiaridad con dispositivos y otras tecnologías desde su nacimiento. Esta aproximación define que habría en la sociedad nativos y migrantes digitales (Bennett *et al.*, 2008; Prensky, 2001).

En este marco, el presente trabajo se inserta en la discusión sobre el aprovechamiento de las TIC y las brechas de acceso y uso de internet en dos países latinoamericanos: México y Uruguay. Se considera como objeto de análisis el diferencial en el acceso material, las motivaciones y usos de internet por parte de los residentes de dichos países, que fueron clasificados en grupos de acuerdo con su edad.

De esta forma, el análisis de la información se apoya en dos referentes teóricos de la discusión sobre desigualdades digitales: en primer lugar, las distintas dimensiones que condicionan al uso de internet en la teoría de la brecha digital profunda; en segundo lugar, la separación entre cohortes de usuarios denominados como *nativos* y *migrantes digitales*.

La selección de los países responde al interés de comparar dos realidades nacionales con estructuras socioeconómicas y demográficas diferentes, lo que permite analizar las diversas aristas de la relación de los *nativos* y *migrantes digitales* con la brecha digital profunda; también se consideró como un factor el tener antecedentes

de políticas públicas de inclusión digital, así como la disponibilidad de información sobre el uso de las TIC en los hogares, gracias a la existencia de encuestas nacionales realizadas con dicho fin.

El trabajo se compone de cinco secciones: en la primera, se hace un repaso de los marcos conceptuales que sustentan la investigación; la segunda revisa las políticas públicas y acciones gubernamentales en materia de inclusión digital en México y Uruguay; la tercera describe la metodología utilizada para el análisis; la cuarta presenta los resultados encontrados sobre el acceso, motivación y uso de las TIC con base en encuestas de hogares de los dos países considerados; y, finalmente, en la quinta sección se exponen algunas conclusiones del análisis.

1. Nativos digitales y migrantes digitales

El concepto de ‘nativos digitales’ hace referencia a las personas que han crecido con la oportunidad de tener en su entorno inmediato la posibilidad de usar TIC, mientras que los migrantes digitales son aquellas personas que nacieron antes del uso masivo de los dispositivos digitales. Para Prensky (2001), los nativos digitales son aquellas personas que han desarrollado nuevas habilidades en el ámbito del aprendizaje gracias a su interacción con las TIC. El autor propuso el concepto basado en su experiencia en el ámbito educativo y, por esta razón, ha sido ampliamente recuperado para dar cuenta de las posibilidades de las TIC en el campo educacional.

Sin embargo, el término de ‘nativos digitales’ también ha sido cuestionado (Bowe & Wohn, 2015; Jones *et al.*, 2010); las principales críticas se basan en que no define claramente el rango de edad para considerar a una persona como nativo digital, aunque la literatura internacional sobre el tema se enfoca en jóvenes nacidos al principio de la década de 1990 o posteriormente (Barak, 2018; Bowe & Wohn, 2015).

Aunado a lo anterior, otra severa crítica a la propuesta de Prensky es la base tecnodeterminista. Es decir, el autor asume que las personas nacidas en la última década del siglo pasado automáticamente tienen una mente más flexible y con capacidad de adaptarse al entorno cambiante de la actualidad. Al mismo tiempo, asume que el simple hecho de estar rodeado de dispositivos digitales o TIC es detonante del cambio en el proceso de aprendizaje.

No obstante, varios autores han cuestionado esta idea: por un lado, porque el concepto considera que la distribución y acceso a las TIC es ubicuo; por otro lado, el uso y habilidades de las TIC no garantiza el uso eficiente y crítico de estas. En otras palabras, si bien un niño o joven que siempre ha tenido contacto con dispositivos digitales sabe navegar en internet o usar redes sociales, este simple hecho

no garantiza que dicha persona realice búsquedas selectivas o diferencie entre información fidedigna o no (Bennett *et al.*, 2008; Chowdhury & Chowdhury, 2011).

En complemento, los migrantes digitales serían aquellas personas que nacieron antes de la década de 1990 y han tenido que adaptarse a las TIC sin haber convivido con ellas en los primeros años de su vida. La categoría de migrantes digitales ha sido un campo menos estudiado en comparación con su contraparte; aunque se pueden mencionar algunos estudios que comparan ambas categorías y cuestionan la visión tecnodeterminista entre nativos y migrantes digitales. Dichos estudios se han enfocado en dar cuenta de que en cada grupo de población los patrones de acceso, motivaciones y uso de las TIC tienen un comportamiento diferenciado (Barak, 2018; Metallo & Agrifoglio, 2015). Desde una perspectiva crítica, las personas migrantes digitales pueden desarrollar habilidades para manejar las herramientas digitales de manera más asertiva, crítica y precavida gracias a las habilidades generadas antes de la introducción de las TIC (Ransdell, 2013; Ransdell *et al.*, 2011).

2. Brecha digital profunda

La brecha digital (BD) en su versión más simple es el diferencial entre quienes tienen o no acceso a internet o, de manera más genérica, a las TIC. Sin embargo, este diferencial ha sido ampliamente cuestionado debido a que el acceso y uso de TIC se explica por factores subyacentes de múltiples naturalezas. Por lo tanto, la BD también puede ser entendida en dos niveles de análisis.

El primer nivel de la BD refiere al comportamiento binario del acceso o no acceso a internet y las TIC (Friemel, 2014). En contraparte, muchos autores proponen entender la BD como un fenómeno no binario, en el cual intervienen las motivaciones, habilidades y capacidades de las personas para hacer uso y aprovechar plenamente las TIC; a dicha postura se le ha denominado la brecha digital profunda (BDP) (Van Dijk, 2005). Bajo esta idea, se profundiza el análisis sobre la problemática de la BD al pasar de la dicotomía entre tener o no tener acceso a los múltiples crisoles del fenómeno de la desigualdad digital.

La BDP se constituye por cuatro dimensiones. Estas dimensiones hacen referencia al acceso material, motivación, uso y habilidades que requieren las TIC. Desde la perspectiva de la BDP cada una de las dimensiones aporta a la noción de la desigualdad digital. Al mismo tiempo, dichas dimensiones se encuentran entrelazadas para explicar la complejidad de la BDP (DiMaggio *et al.*, 2001; Hargittai & Hsieh, 2013; Van Dijk, 2005).

La primera dimensión apunta al acceso material de las personas a las TIC. En términos generales, la disponibilidad de computadora, teléfono, *tablet* o internet es

la primera barrera que debe ser superada por las personas. En este punto se puede mencionar que el acceso es condicionado por factores socioestructurales preexistentes al fenómeno digital, pero que adquieren nuevos matices ante este. Los principales factores dentro de esta dimensión son: sexo, edad e ingreso de las personas.

Respecto al primer factor asociado de acceso material a las TIC, se ha encontrado que las mujeres acceden y usan menos las TIC (Barbosa *et al.*, 2018; ITU, 2019), aunque esta brecha ha ido en reducción en algunos países (Delfino *et al.*, 2017). Este factor señala que las estructuras sociales han establecido el prejuicio de que las mujeres desarrollan en menor medida el pensamiento lógico-matemático que es necesario para el uso de tecnología, lo que se refleja en la menor proporción de mujeres que estudia en áreas vinculadas con tecnología, tales como computación, ingeniería o ciencias exactas (Sánchez Vadillo, Ortega Esteban & Vall Ilvera, 2012).

El segundo factor apunta a la brecha generacional del acceso material. Dicho factor se vincula con el punto desarrollado previamente sobre los nativos y migrantes digitales. Básicamente, la BDP recupera el planteamiento de la edad de las personas como un factor que condiciona que un grupo poblacional ha crecido bajo un entorno dominado por las TIC y otro no ha tenido tal experiencia. El tercer factor es el ingreso y es, quizás, el más importante en realidades de extrema desigualdad social y económica. En este punto se ha constatado que a mayor nivel de desarrollo, mayor es la proporción de los habitantes que usan ya sea computadora o internet (Graham *et al.*, 2012; The Broadband Commission, 2014); mientras que en los países en desarrollo el ingreso de las personas es el principal impedimento para acceder a las TIC (Grazzi & Vergara, 2014; Mariscal-Avilés *et al.*, 2016).

Aunque el acceso material explicado principalmente por el ingreso es importante, el enfoque de la BDP expone que, en ocasiones, la condición de no acceso no se explica por las condiciones socioestructurales previas, sino por el deseo de las personas de no utilizar las TIC. De esta manera, la BDP expone la motivación para usar TIC como la segunda dimensión relevante.

En particular, la BDP enfoca a las personas que no utilizan o no tienen disponibilidad de TIC por motivos personales más que por incapacidad material. Así, la dimensión de motivación distingue entre las personas que **no tienen** y aquellas que **no quieren**, y, al mismo tiempo, también reconoce que hay personas que disponen de TIC, pero no hacen uso continuo de ellas, ya sea por falta de conocimientos específicos, confianza o deseos (Beam *et al.*, 2018; Toudert, 2016b).

La tercera dimensión de la BDP es el uso de TIC; en esta se analiza con mayor fuerza la perspectiva no dicotómica de la brecha digital. En este sentido, la BDP enfatiza las desigualdades asociadas tras superar el acceso a internet. Entre estas

desigualdades se cuenta el tipo de uso de internet (educación, trabajo, entretenimiento, etc.), pensamiento crítico con respecto al contenido en internet y el desarrollo de habilidades y capacidades digitales de los internautas (Kuttan, 2003; Warschauer, 2003).

En este punto, se ha estudiado la independencia del acceso como factor importante de la BDP. La independencia implica que las personas tengan autonomía de usar computadora o internet sin restricción, esto debido a que existen múltiples factores que matizan el empleo continuo de este. Por ejemplo, Zhong (2011) identifica que el uso de internet de los jóvenes de un conjunto de países no se asocia directamente con la edad de los usuarios, sino con el lugar desde el que pueden acceder. En este sentido, el autor anota que el uso de internet se encuentra relacionado con la accesibilidad de este en el hogar en comparación con tener acceso en el entorno escolar.

La última dimensión describe las habilidades de las personas para utilizar las TIC, lo que apunta a matizar el acceso y uso basado en la destreza de una persona. Al respecto Van Dijk (2005) indica que las desigualdades digitales se observan más profundamente en esta dimensión. Esto debido a que las tendencias globales son hacia la universalización del acceso. Sin embargo, las capacidades de adopción y uso son las que diferencian el aprovechamiento que las personas pueden hacer de las TIC. El autor esquematiza tres tipos de habilidades: operacionales, de información y estratégicas.

Esta dimensión se puede vincular con el planteamiento de la existencia de nativos y migrantes digitales, ya que dicha propuesta enfatiza que los nativos digitales poseen mayores habilidades digitales por haber crecido en un entorno dominado por las TIC, mientras que los migrantes digitales han desarrollado menos habilidades para usarlas. No obstante, algunos estudios han cuestionado esta relación directa entre ambas dimensiones argumentando que los migrantes digitales tienen motivos para usar las TIC y que esto a su vez permite que desarrollen habilidades críticas en el entorno digital (Bowe & Wohn, 2015; Friemel, 2014; Hargittai & Dobransky, 2017).

La línea argumentativa de las cuatro dimensiones que componen la BDP no es lineal. Las dimensiones interactúan entre ellas y al mismo tiempo se refuerzan. En este sentido, se pueden construir diferentes modelos teóricos que expliquen la causalidad y desarrollo de cada una de las dimensiones para estudiar el comportamiento de la BDP ante casos concretos. Ejemplo de esto son los modelos teóricos construidos por Toudert (2016b, 2018) y Van Dijk (2012). El primero sigue la propuesta original de la BDP, pero se enfoca en la interacción entre las dimensiones de uso y habilidades. Por

su parte, Van Dijk (2012) toma como base el acceso material y las características sociodemográficas de las personas, y rescata la idea de la disponibilidad de infraestructura para las TIC como un desarrollo previo de causalidad entre las dimensiones de la BDP, luego presenta las dimensiones de uso y habilidades.

3. Políticas de inclusión digital en México y Uruguay

En los últimos años, ambos países han tratado de contrarrestar la brecha digital con la ejecución de acciones de inclusión digital. En México fue definida en 2013 la Estrategia Digital Nacional (EDN) para construir un México en el que la tecnología y la innovación contribuyan al desarrollo del país. Por su parte, Uruguay ha creado desde 2008 la Agenda Uruguay Digital (ADU), la cual integra los proyectos prioritarios para avanzar en la transformación digital del país. A continuación, se describen ambas políticas.

Primero, la EDN integra políticas en materia de adopción y desarrollo de TIC, gobierno digital e inserción de México en la sociedad del conocimiento. Su ordenamiento jurídico fue incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, garantizando con ello el derecho de las personas a la inclusión digital al considerar las telecomunicaciones como un servicio de interés general. Su gestión está a cargo de la Coordinación de Estrategia Digital Nacional (CEDN), una unidad de apoyo técnico de la Jefatura de la Oficina de la Presidencia de la República (Rojas, 2014).

Como parte de la EDN se diseñó una política de inclusión digital universal para México, la cual buscaba eliminar el rezago que el país experimentaba en comparación con otros países latinoamericanos como Chile, Uruguay o Colombia (Rojas, 2014). Se estipuló que al menos el 70 % de los hogares y el 85 % de las empresas contarán con acceso a internet con una velocidad conforme con el promedio en los países de la OCDE, aunque no se precisó la fecha en la cual dicha meta debería concretarse. El Instituto Federal de Telecomunicaciones fue señalado como la instancia encargada de llevar a cabo las acciones necesarias para cumplir con los objetivos de la política de inclusión digital universal (Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, 2013).

La EDN incorporó ambiciosas metas, por ejemplo, el programa México Conectado consistió en buscar la cobertura universal de internet mediante la conexión de banda ancha de sitios públicos tales como escuelas y hospitales; otros de los principales proyectos contemplados en la EDN fueron el programa @prende 2.0, el cual buscó promover el desarrollo de habilidades digitales y el pensamiento computacional; el

programa CódigoX, diseñado para promover la inclusión de mujeres y niñas en las TIC; y el programa Mi Compu.Mx, que repartió *laptops* para niños de 5º y 6º grado de primaria con el objetivo de contribuir a la mejora de sus condiciones de estudio, entre otros (México Digital, 2017).

Segundo, la ADU ha presentado distintas iniciativas para apoyar al gobierno uruguayo en sus objetivos de desarrollo económico basado en el conocimiento, la inclusión digital y el avance del gobierno electrónico. En este marco, se creó en 2005 la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) como una oficina técnica de la Presidencia de la República con la intención de articular la política digital de Uruguay, lo que ha incluido proyectos vinculados con el gobierno digital y la transformación equitativa de la sociedad para potenciar sus capacidades a través de las TIC (AGESIC, 2012). A partir de 2008, la AGESIC ha sido el organismo responsable de dar seguimiento y evaluar el cumplimiento de las metas y objetivos de la ADU.

Desde 2011, la ADU se ha enfocado en diseñar proyectos que generen beneficios para la ciudadanía, dado que anteriormente ya había logrado ampliar considerablemente la infraestructura de telecomunicaciones; además, se reconoce que algunas de las acciones implementadas han tenido efectos importantes para disminuir las brechas de acceso a las TIC entre distintos grupos poblacionales. Sus objetivos más recientes están enfocados en la convergencia hacia el logro de los ODS y la continuación hacia el tránsito de la sociedad uruguayo a una sociedad de la información y el conocimiento (AGESIC, 2011, 2017).

Entre los principales programas que se han desarrollado en Uruguay para avanzar en la inclusión digital cabe destacar dos: primero, el Plan de Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en Línea (Ceibal), que es una política pública de carácter universal que otorga una *laptop* a cada niña, niño y docente de todas las escuelas públicas del país. Dicha política fue basada en el proyecto One Laptop per Child (OLPC) del Instituto Tecnológico de Massachusetts y consiste en dar a cada niño y niña en educación básica una computadora que pueden llevar a su casa y acceder a internet desde ellas en una red diseñada especialmente para el programa. Segundo, en 2015 se inicia con el Plan Ibaripitá, el cual tiene la finalidad de brindar a los jubilados de Uruguay acceso al conocimiento e inclusión social en materia digital, mediante la entrega gratuita de una *tablet* con una interfaz especialmente desarrollada. Ambos proyectos están a cargo del Centro Ceibal para el Apoyo a la Educación de la Niñez y la Adolescencia, que, además de la entrega de los equipos, coordina talleres de capacitación y brinda el soporte técnico necesario (Plan Ibaratá, 2019; Decreto 130/015 de 2015).

Estas políticas que México y Uruguay han diseñado y ejecutado con el objetivo de disminuir la brecha digital y de que las TIC formen parte de diversos sectores de la sociedad y contribuyan al desarrollo sostenible de sus economías ya han permitido que se observen cambios positivos en la valoración de ambos países en proyectos internacionales como el Índice de Desarrollo TIC (IDT) instituido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). En 2016 México obtuvo la posición 90 y Uruguay la posición 48, mientras que en 2017 lograron escalar a las posiciones 87 y 42, respectivamente (ITU, 2017).

4. Descripción metodológica

En el presente trabajo se hace una descripción de las dimensiones de acceso, motivación y usos de internet en México y Uruguay, es decir, se consideran tres de los cuatro componentes de la BDP entre todas aquellas personas que utilizaron internet en un período de referencia de tres meses antes del levantamiento de la información respectiva.

Para obtener los datos referentes a la brecha digital en México, se utilizó la Encuesta Nacional de Disponibilidad y Uso de Tecnologías de Información en los Hogares 2016 (ENDUTIH 2016). Esta encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi) tiene como objetivo central: “Obtener información sobre la disponibilidad y el uso de las tecnologías de información y comunicaciones en los hogares y su utilización por los individuos de seis años y más de edad en México, para generar información estadística en el tema y apoyar la toma de decisiones en cuestión de políticas públicas; asimismo, ofrecer elementos de análisis a estudios nacionales e internacionales y público en general interesado en la materia” (Inegi, 2016).

Los datos referentes a la brecha digital en Uruguay fueron obtenidos de la Encuesta de Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones 2016 (EUTIC 2016). Esta encuesta es efectuada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), y busca conocer la realidad del acceso, tenencia, uso, actividades y limitaciones de las TIC en Uruguay por parte del conjunto de hogares y personas mayores de 14 años residentes en el país en viviendas particulares. La finalidad principal es proporcionar información oportuna para el diseño, evaluación y monitoreo de políticas públicas nacionales en el área de la sociedad de la información y el conocimiento (INE, 2016).¹

1 Dada la restricción metodológica de la EUTIC de incluir únicamente a personas mayores de 14 años, los datos recuperados de la ENDUTIH también se limitan a la población de 14 años o más de edad. Esto permite tener información de 91 568 110 personas en México y 2 422 637 personas en Uruguay.

La información recopilada por ambas encuestas permite dimensionar el acceso a internet por medio de tres dispositivos principales: computadora (de escritorio o *laptop*), teléfono móvil (*smartphone*) y tableta electrónica (*tablet*). También es posible conocer los lugares y frecuencia de acceso a internet a través de estos dispositivos y las actividades y experiencias en internet que tienen los usuarios de estas tecnologías. Es decir, se posibilita tener información acerca de la desigualdad digital en México y Uruguay en los diferentes componentes de la brecha digital profunda mencionados previamente.

Se adoptaron los conceptos de nativos y migrantes digitales; para ello se categorizó a los usuarios de internet en tres grupos de edad que coinciden con lo que la literatura menciona sobre dichos grupos de población:

1. Nativos digitales (ND): 14-24 años
2. Migrantes digitales jóvenes (MD-1): 25-44 años
3. Migrantes digitales mayores (MD-2): 45 años o más

A su vez dentro de cada grupo se hace una diferenciación por sexo.

En lo que respecta a la variable de ingreso que es analizada en la BDP en este trabajo, se retoma el estrato socioeconómico como una aproximación del ingreso monetario. En primer lugar, la decisión obedece a que el estrato es una característica más robusta de segmentación de la población en comparación con el ingreso, ya que este puede fluctuar rápidamente en el tiempo (Echarri Cánovas, 2008). En segundo lugar, la selección de estrato se debe a las limitaciones de las bases de datos utilizadas, ya que en ninguna se recupera el ingreso de la población, en cambio en la EUTIC 2016 se ofrece una variable en este rubro. Por su parte, en la ENDUTIH 2016 se ha construido esta categoría con base en la propuesta de Echarri Cánovas (2008).²

En cuanto a la estrategia cuantitativa para analizar los resultados, se hacen análisis de frecuencias basados en tablas de contingencia que muestran la distribución de cada una de las variables antes descritas en sus respectivas categorías. Aunado a esto, para indagar sobre la asociación estadística entre las variables planteadas, se implementa la medida de asociación de V de Cramer (1966), la cual se basa en el estadístico χ^2 propuesto por Pearson sobre la independencia estadística entre dos variables categóricas (Agresti, 2007).

2 La construcción del estrato socioeconómico recupera elementos de la calidad de vivienda, escolaridad promedio según sexo y edad, y situación ocupacional. Así mismo, se ha construido con base en un modelo de análisis factorial.

$$\chi^2_{(c-1 \times r-1)} = \sum \frac{(n_{ij} - \mu_{ij})^2}{\mu_{ij}}$$

Donde:

$\chi^2_{(c-1 \times r-1)}$ = estadístico χ^2 de Pearson con $c-1 \times r-1$ grados de libertad (donde c es el número de columnas y r el número de renglones de las tablas de contingencia)

n_{ij} = frecuencia observada en la categoría del renglón i y la columna j en la tabla

μ_{ij} = frecuencia esperada en la categoría del renglón i y la columna j en la tabla

Basado en el estadístico χ^2 , se establece la asociación entre las variables categóricas involucradas. Dicho estadístico parte de la hipótesis nula de no asociación entre ambas variables (H_0) contra la alternativa de existencia de asociación (H_a). Al mismo tiempo, dicho estadístico se emplea para la construcción del indicador V de Cramer a fin de conocer el grado de tal asociación.

$$v = \sqrt{\frac{\chi^2_{(c-1 \times r-1)} / N}{\min(c-1, r-1)}}$$

El estadístico V adquiere valores entre 0 y 1, donde 0 es nula asociación y mientras más cercano a uno implica mayor asociación.

Para realizar el análisis de asociación entre los factores sociodemográficos estructurales y algunas dimensiones de la BDP tales como la accesibilidad, motivación y uso de internet, se emplea una aproximación cuantitativa basada en frecuencias y los estadísticos χ^2 y V . Con esta propuesta metodológica se pueden evaluar las diferencias de la BDP entre los países de estudio. Así, en primera instancia, se desarrollan los elementos que conciernen a la perspectiva binaria de la brecha digital, en otras palabras, un panorama de la situación de acceso y no acceso a internet en ambos países. En segundo lugar, se recuperan otras dimensiones de la BDP. Al respecto, se presentan los resultados concernientes a la dimensión de motivación, particularmente se analiza la motivación para no usar internet. En tercer lugar, se exponen los elementos referentes a los lugares de uso de internet. De esta manera, se muestran las interacciones existentes entre las distintas dimensiones de la BDP para ambos países.

5. Resultados y discusión

Dado que el presente estudio implica un ejercicio comparativo entre México y Uruguay de la BDP, el primer elemento por considerar es el nivel de acceso a internet en ambos países. En segunda instancia se analizan los factores sociodemográficos asociados con las dimensiones de acceso, motivación y uso de internet en ambos

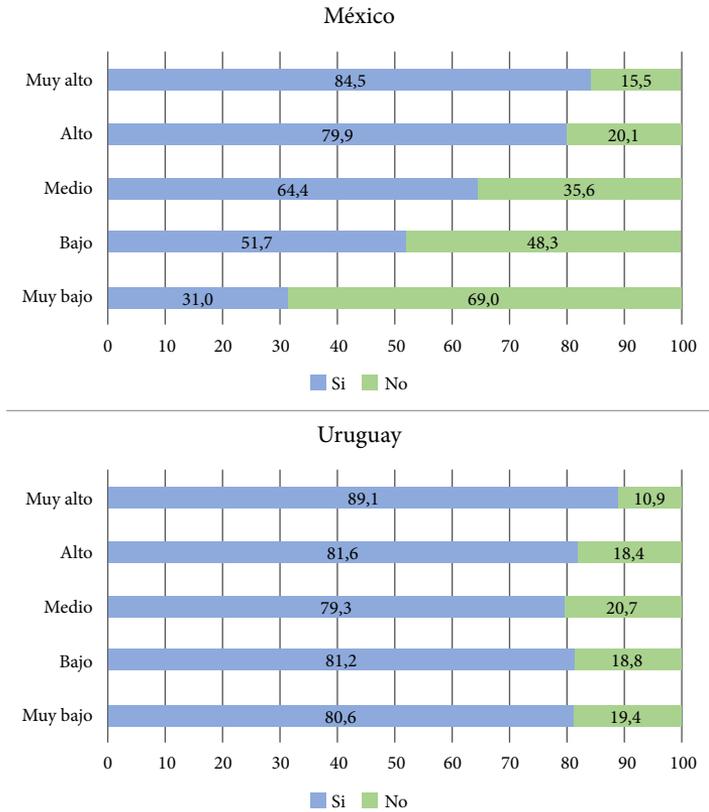
países. En este sentido, es preciso mencionar que la elección de los países responde a las diferencias en magnitud poblacional, las características socioeconómicas de la población y las estrategias de política pública antes descritas que podrían influir en los aspectos de interés.

Por un lado, Uruguay presenta una estructura de población homogéneamente distribuida a lo largo de sus estratos socioeconómicos, es decir, la desigualdad económica es poco acentuada entre la población uruguaya (ver en la tabla del anexo la distribución de población por estrato). Además, Uruguay ha emprendido diversas acciones de política pública en la última década, que van dirigidas a reducir la brecha digital bajo una concepción de inclusión digital. Por otro lado, México presenta gran heterogeneidad en la estratificación social, esto quiere decir que, de acuerdo con la estratificación realizada, el grueso de la población se encuentra en los estratos medios y un pequeño porcentaje en cada uno de los estratos muy alto y muy bajo. De igual forma, si bien la preocupación por la inclusión digital ha comenzado a tomarse en cuenta y se han diseñado políticas públicas, no se han dado grandes avances en dicha materia.

Tal contraste, entre las dos realidades nacionales, permite abonar a la discusión internacional sobre la brecha digital a nivel nacional, así como matizar e identificar buenas prácticas en términos de políticas públicas para erradicar la desigualdad digital existente. Así, el primer apunte muestra que el acceso de la población mayor a 14 años a internet en Uruguay es mayor, en términos relativos de la población, con respecto a México; y mientras que en el primer país el 82 % de las personas son internautas, en México el porcentaje es solo del 61 %. Esto sugiere una primera desigualdad en la BDP entre ambos países, la cual se analiza con base en los datos presentados en la figura 1.

En México, el porcentaje de personas que accede a internet varía ampliamente en función del estrato socioeconómico al que pertenecen las personas. Al dividir la población en cinco estratos, se observó que entre las personas del estrato muy bajo solo el 30 % sí utilizaba internet en 2016 y cerca de un 70 % no. En el estrato bajo la distribución entre usuarios y no usuarios muestra un ligero predominio de los primeros del 51,7 %, por lo que cerca de la mitad de las personas de este grupo no accedía a internet. El estrato medio, que concentra a una mayor proporción de la población, es el que tiene una proporción de usuarios más parecida al promedio nacional, ya que el 64,4 % de las personas en tal grupo eran usuarias en 2016, frente a un 35,6 % que no lo eran. En el estrato alto, 4 de cada 5 personas mayores de 14 años eran usuarias de internet. El estrato muy alto alcanza el mayor porcentaje de usuarios de internet, puesto que el 84,5 % de las personas en dicho grupo cumple esta condición.

Figura 1. Distribución porcentual de la población según condición de acceso a internet por estrato socioeconómico, 2016



Fuente: elaboración de los autores con base en ENDUTH 2016 (Inegi - México) y EUTIC 2016 (INE - Uruguay).

En Uruguay, el uso de internet es generalizado entre los distintos estratos considerados, dado que en cada uno de ellos al menos el 79% de las personas mayores de 14 años era usuaria de internet en 2016. De hecho, solo en el estrato muy alto hay una diferencia considerable respecto a los otros quintiles que demuestra la gran cobertura de internet en el país, ya que el 89% de las personas de dicho quintil acceden a internet, lo que implica que alrededor del 10% de las personas más favorecidas por la estructura socioeconómica del país no lo usan, pero, como se explicará más adelante, no necesariamente es porque no tengan acceso o los medios para hacerlo.

Para dar mayor validez a la relación observada en los países entre el estrato socioeconómico y el uso de internet, se calculó el estadístico χ^2 para analizar la dependencia entre dichas variables. Los resultados mostraron que existe una asociación estadísticamente significativa entre ambas variables. Además, con el estadístico V se

observa que en México la asociación entre el estrato socioeconómico de las personas y el uso de internet es moderada, ya que el valor fue de 0,31; mientras que en Uruguay la relación, aunque significativa, es débil, pues el mismo estadístico reporta un valor de 0,08. De esta manera, la evidencia empírica para México refuerza la idea de que la posición socioeconómica de las personas es un factor importante para acceder a las TIC en países con una marcada desigualdad económica (Grazzi & Vergara, 2014; Mariscal-Avilés *et al.*, 2016).

No obstante, entre los distintos estratos de cada país hay diferencias entre el porcentaje de personas que acceden a internet desde su hogar y las que no. Las tablas 1 y 2 ilustran el porcentaje de personas que acceden a internet en México y Uruguay, respectivamente; para aquellos que no tienen acceso, el porcentaje se distribuye según la razón por la cual experimentan esta limitación tecnológica. Se consideran tres razones principales que limitan el acceso a internet: la primera es no saber cómo usar los dispositivos y las herramientas para navegar en internet o para qué podría ser útil dicha actividad; la segunda es no poder acceder ya sea por no disponer de algún dispositivo, tener alguna restricción física o no contar con el tiempo y/o dinero necesario para establecer una conexión a internet; la tercera es no tener interés, disposición o motivación para acceder a internet aunque se tengan los conocimientos y los medios necesarios.

En México, el porcentaje de personas que no acceden a internet por no saber cómo o para qué usarlo es relativamente bajo: el 8,1 % y el 12,3 % de los estratos muy alto y alto, respectivamente, no acceden a internet por esta razón. En contraste, solo el 31 % de las personas mayores de 14 años en el estrato muy bajo tienen conectividad digital, mientras que el otro 53,3 % en este estrato no accede a internet por no saber usarlo o aprovecharlo (tabla 1).

Tabla 1. Condición de uso de internet según estrato socioeconómico en México, 2016

Estrato	Condición de uso				Total
	Sí	No			
		No sabe	No puede	No le interesa	
Muy bajo	31,03	53,30	8,13	7,54	100,00
Bajo	51,72	34,94	6,48	6,87	100,00
Medio	64,42	24,77	3,57	7,23	100,00
Alto	79,88	12,32	1,39	6,41	100,00
Muy alto	84,51	8,10	1,12	6,28	100,00

Fuente: elaboración de los autores con base en ENDUTH 2016 (Inegi - México).

El porcentaje de personas que no acceden a internet porque no pueden en México se asocia negativamente con el estrato socioeconómico, pero los porcentajes en dicha categoría son menores a aquellos de las personas que no acceden porque no saben cómo. Por ejemplo, en el estrato bajo, del 48,3% de las personas que no tienen acceso a internet, el 34,9% es porque no sabe y el 6,5% porque no puede; en el estrato medio los porcentajes son del 35,6% que no acceden a internet y, de estos, el 24,8% y el 3,6% no saben cómo y no pueden, respectivamente. Por otra parte, quienes no tienen interés en tener conectividad digital representan entre el 7,5% y el 6,3% de las personas que no acceden a internet en los distintos estratos, lo que hace que esta razón sea la que se distribuye más homogéneamente entre los distintos estratos.

Tabla 2. Condición de uso de internet según estrato socioeconómico en Uruguay, 2016

Estrato	Condición de uso				Total
	Sí	No			
		No sabe	No puede	No le interesa	
Muy bajo	80,65	6,95	5,20	7,19	100,00
Bajo	81,18	10,22	3,69	4,90	100,00
Medio	79,33	7,33	3,37	9,97	100,00
Alto	81,61	6,58	3,28	8,53	100,00
Muy alto	89,11	3,46	1,30	6,12	100,00

Fuente: elaboración de los autores con base en EUTIC 2016 (INE - Uruguay).

En Uruguay, el porcentaje de personas que declara no usar internet en su hogar porque no tiene los recursos para hacerlo es bajo, pero, al igual que lo observado en México, tiene una relación inversa con el estrato socioeconómico. Esta situación no se repite entre las personas que reportaron como explicación de no uso el no tener conocimiento para hacerlo. Esto se muestra en que la mayor proporción de no usuarios por este motivo se encuentra en los estratos bajos y medios, con porcentajes del 10,22% y del 7,33%, respectivamente, lo que podría llevar a pensar en una brecha en el acceso por una dimensión de habilidades más que de capacidades económicas (Toudert, 2016b). Finalmente, la tabla 3 muestra una relación casi directa entre el porcentaje de población no usuaria por falta de interés y el estrato socioeconómico. Esto se muestra en que alrededor de 1 de cada 10 personas del estrato medio de Uruguay no está interesada, mientras que en el estrato muy alto esta proporción es del 6,12% de personas que reportan el mismo motivo. Este hallazgo apunta a explorar la relación de no uso de internet por seguridad (Ting, 2014) o, en general, a ampliar

la brecha en el conocimiento sobre las condiciones socioeconómicas personales o familiares para no tener motivos de uso de internet (Selwyn *et al.*, 2005).

En conjunto, las tablas 1 y 2 muestran dos dimensiones de la BDP; por un lado, la dimensión binaria de la desigualdad y, por otro lado, la explicación de dicha desigualdad desde el punto de vista motivacional. En este sentido, la comparación de ambos países evidencia que, mientras en Uruguay la primera parte está mayoritariamente cubierta, en México hay una gran proporción de personas que no tienen acceso a internet y el acceso está condicionado por la posición socioeconómica. Luego, mientras que en Uruguay la principal razón de la mayoría de los no usuarios es que no quieren involucrarse con las TIC, en México no saben cómo hacerlo o qué utilidad tiene, lo cual, además de la posición socioeconómica, puede ser reflejo del nivel educativo de la población en los distintos estratos considerados.

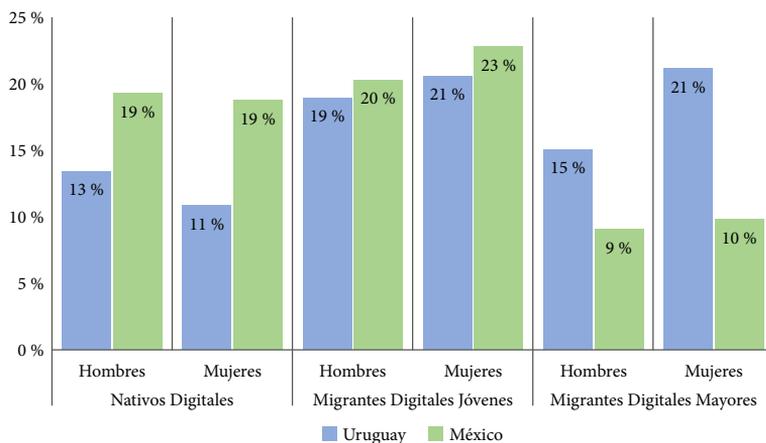
En la figura 2 se observa la distribución de usuarios de internet en ambos países por grupos de edad y sexo según las categorías de ND, MD-1 y MD-2. En primer lugar, el comparativo entre países en las categorías de ND y MD-2. Mientras que en México la distribución según sexo en ambas categorías es similar, el 19% de los usuarios son ND hombres, al igual que ND mujeres, en Uruguay se nota una ligera diferencia de más ND hombres con respecto a mujeres. Por su parte, en la categoría de MD-2 en México no se muestran diferencias según sexo, pero en el caso uruguayo se reporta que el 20% de los usuarios de internet son mujeres MD-2 y solo 15% son hombres. En otras palabras, en México no se aprecia una brecha de acceso entre hombres y mujeres en los nativos digitales. Esto es consistente con la literatura reportada en países como Argentina o países europeos, en donde la BDP según sexo se ha reducido (Castaño *et al.*, 2011; Delfino *et al.*, 2017). Sin embargo, las diferencias por sexo se manifiestan en las categorías de ND y MD-2.

El segundo elemento por resaltar es el mayor acceso de las personas MD-2 en Uruguay, ya que los programas gubernamentales en dicho país se han enfocado, particularmente, en cerrar la brecha en los adultos mayores. Esto se demuestra en que las personas MD-2 representan el 36% de los usuarios totales. En contraparte, la brecha digital en el grupo MD-2 da muestra del comportamiento esperado en cuanto al poco uso de este grupo poblacional en el uso de internet.

Finalmente, el estadístico χ^2 sobre la asociación entre los grupos de edad y sexo en el uso de internet muestra dependencia entre ambas variables, ya que en el caso uruguayo el valor de χ^2 es de 20915 y en el caso mexicano es de 60993, lo que implica asociación significativa. Adicionalmente, el estadístico V en Uruguay es de 0,07 y en México 0,02, esto apunta a que, aunque existe asociación entre el sexo y la categoría de edad, dicha relación es muy baja. Este hallazgo ayuda a comprender

mejor el comportamiento de la BDP entre los ND y los MD, sobre todo en las variantes por sexo (Nikou *et al.*, 2019).

Figura 2. Distribución de usuarios de internet según grupo de edad y sexo en México y Uruguay, 2016



Fuente: elaboración de los autores con base en ENDUTH 2016 (Inegi - México) y EUTIC 2016 (INE - Uruguay).

Uno de los elementos centrales de la BDP es la independencia en el acceso y la frecuencia de uso (Van Dijk, 2005). En este sentido, el 81 % de los internautas mayores de 14 años en México accede desde el hogar, el 21 % en la escuela y el 41 % lo hace en el trabajo. Estos porcentajes no son excluyentes uno de otro, es decir, una persona puede tener acceso a internet desde uno, dos o tres de los lugares mencionados. Así, en 2016 alrededor de 53 millones de personas navegaban en internet desde su hogar, 13,7 millones lo hacían en el entorno escolar y 26,7 millones en el trabajo. En lo que respecta a la frecuencia de uso, en México el 82 % de internautas accedía a internet diariamente, el 14 % lo hacía una vez a la semana y solo el 3 % con periodicidad mensual. El porcentaje que accede diariamente implica que 53,6 millones de personas utilizan internet al menos una vez todos los días, y la frecuencia de uso muestra que los MD son los que tienen mayor presencia cotidiana en internet.

La desagregación de cada uno de los lugares de acceso revela diferencias marcadas por grupo de edad y sexo. Al respecto, el grupo más representativo de usuarios de internet en el hogar es el compuesto por MD-1, que en conjunto constituye el 44 % de los usuarios en el hogar. Dentro de este grupo, se puede observar que existe una pequeña diferencia por sexo; la proporción de MD-1 que accede a internet

desde casa supera por 3 puntos porcentuales a los hombres en situación análoga. Por su parte, el segundo conjunto poblacional que más accede en el hogar son los ND; del 35 % de los internautas en el hogar, se observa que los ND hombres y mujeres acceden en la misma proporción (tabla 3).

En lo que se refiere al acceso desde la escuela en México, la mayoría de los usuarios se ubican en el grupo de los nativos digitales. Este resultado, en cierta medida, es esperado, dado que en las edades consideradas para este grupo sus actividades más importantes están relacionadas con el ámbito educativo en los distintos niveles de escolaridad que pueden estar cursando (Toudert, 2016a). Sin embargo, en este grupo se observa que los hombres acceden en ligeramente una mayor proporción que las mujeres en la escuela.

Tabla 3. Lugares de acceso y periodicidad de uso de internet según categoría de edad y sexo en México y Uruguay, 2016

Grupo de edad	Sexo	México			Uruguay		
		Lugar de acceso			Lugar de acceso		
		Casa	Escuela	Trabajo	Casa	Escuela	Trabajo
ND	Hombre	17,51	40,77	11,89	13,70	28,60	7,90
	Mujer	17,58	38,81	8,72	10,40	28,20	5,90
MD-1	Hombre	20,21	8,35	32,72	18,60	13,50	29,80
	Mujer	23,87	8,99	24,78	20,50	20,20	25,70
MD-2	Hombre	9,75	1,58	12,98	15,30	1,60	15,80
	Mujer	11,08	1,50	8,92	21,50	8,00	14,90
Total		100	100	100	100	100	100

Fuente: elaboración de los autores con base en ENDUTH 2016 (Inegi - México) y EUTIC 2016 (INE - Uruguay).

El tercer lugar de acceso a internet es el trabajo. En este, la mayor proporción de internautas se ubica en el grupo de MD-1, que representa el 57,5% de los internautas con acceso en el trabajo. En cuanto a los nativos digitales, el 20% de los internautas en el trabajo provienen de este grupo, y una proporción semejante se tiene en el grupo de migrantes digitales mayores, el 21,9%. Dentro de cada grupo de edad se observan diferenciales de acceso según sexo, de manera que el entorno laboral es el lugar donde más se acentúa la brecha digital por sexo en todos los grupos de edad.

En Uruguay, el porcentaje de acceso según lugar es semejante al reportado en México. Es decir, el 96 % de los internautas mayores de 14 años accede en el hogar, el 23 % desde la escuela y el 46 % en el trabajo. Estos porcentajes representan en cifras absolutas 1,8 millones, 440 000 y 881 000 personas, respectivamente, de igual manera que en México una persona puede tener acceso a internet desde uno, dos o tres de los lugares mencionados. También, cabe mencionar que el 84 % de los usuarios de internet en Uruguay accede de forma diaria, el 13 % semanalmente y el 2 % lo usa una vez al mes.

En Uruguay igualmente se observó que el hogar es el principal lugar de acceso a internet por parte de los usuarios. En este rubro se tiene que el principal grupo que accede en el hogar son MD-1, que representa un 39,1 %. Por su parte, el segundo grupo que más accede en el hogar se conforma por MD-2, estos implican el 36,8 % del total. Dentro de este grupo, la proporción de mujeres que accedía a internet desde el hogar es 6 puntos porcentuales más que en los hombres. Finalmente, el grupo de nativos digitales es, proporcionalmente, el que menos accede en el hogar; estos usuarios implican el 24,1 % del total de usuarios desde casa. Así, el ámbito del hogar favorece a las usuarias en el acceso a internet, primordialmente hacia las mujeres MD-2, que representan, tanto en términos absolutos como relativos, el grupo poblacional que más accede en este entorno (tabla 3).

En cuanto al acceso en entornos educativos, la proporción de usuarios según estrato de edad muestra el comportamiento esperado. Es decir, la mayor parte de personas que accede en escuelas son ND, el 56,8%; seguido de los MD-1, el 33,7%; y los MD-2 suman el 9,6 % restante. En primera instancia, los nativos digitales no reportan una diferencia en el uso guiada por el sexo, esto se puede observar en la proporción semejante que reporta el 28 % para cada sexo.

El último entorno de acceso es el laboral, en el que acceden cerca de la mitad de los internautas uruguayos. De manera específica, el grupo con mayor proporción es de MD-1, el 55,5 %. La desigualdad de acceso guiado por sexo en este entorno reporta los resultados esperados: una mayor cantidad de hombres acceden en el trabajo en comparación con las mujeres, este diferencial es de 4 puntos porcentuales entre ambos sexos para MD-1. El siguiente grupo de edad que más accede en el trabajo es el de migrantes digitales mayores, el 30,7 % del total de este grupo. El tercer grupo son los ND, estos son el 13,8%; en este grupo, los porcentajes apuntan de nueva cuenta a un diferencial en el acceso mediado por el sexo, dado que los nativos hombres corresponden al 7,9 % de usuarios en trabajo mientras que las mujeres ND representan 2 puntos porcentuales menos.

Consideraciones finales

El presente trabajo ha tenido como objetivo analizar la situación de las desigualdades digitales en dos países de América Latina, México y Uruguay. Dicho análisis ha utilizado dos aproximaciones teóricas-metodológicas que se insertan en la discusión internacional sobre tales desigualdades. Por un lado, los nativos y migrantes digitales (Barak, 2018; Prensky, 2001), y, por el otro, la brecha digital profunda (Hilbert, 2011; Toudert, 2016b; Van Dijk, 2005). Ambas perspectivas permiten analizar más profundamente cada realidad nacional en torno al ámbito digital.

La BDP establece que la interpretación binaria de acceso/no acceso a internet no es suficiente, ya que es una relación más compleja. En este sentido, se deben evaluar las habilidades, motivaciones y usos de las TIC. Con esto en mente, se ha analizado como punto de partida el acceso a internet, pero profundizando en las motivaciones de uso de este, así como la independencia de acceso y las dimensiones socioestructurales vinculadas a estos elementos, tales como estrato socioeconómico, sexo y edad.

Como principales hallazgos se tiene una aproximación de la BDP en países con realidades económicas y demográficas diferentes. De manera general, se ha visto que para el caso mexicano la BDP se basa en el acceso material a internet, ya que este primer acercamiento a las tecnologías se relaciona positivamente con el estrato socioeconómico. Sin embargo, una vez que la población en México puede acceder a este recurso, la diferencia según sexo es casi inexistente, lo que concuerda con la reducción de la brecha digital de género en otros países de Latinoamérica (Delfino *et al.*, 2017). En cuanto a las motivaciones para el no acceso, el principal motivo reportado por los mexicanos es la falta de recursos y las nulas habilidades para hacer uso de las TIC. Esto refuerza la idea de la BDP sobre la necesidad de condiciones materiales favorables para reducir esta desigualdad.

Por otra parte, en el caso uruguayo, se tiene como antecedente una distribución de población más equitativa entre los estratos económicos y la generación de políticas públicas enfocadas a reducir la brecha digital. Por ello, la BDP se manifiesta de maneras diferentes en este país. Por ejemplo, se ha visto que el estrato económico es poco importante para el acceso a internet y que tanto hombres como mujeres acceden en igual proporción. No obstante, el no uso de internet en Uruguay poco está relacionado con los recursos socioeconómicos o las habilidades y más por la falta de motivación. En este punto, se ha encontrado que los estratos medio y alto en este rubro son proporcionalmente mayores a los estratos más bajos. Esto puede estar vinculado con la dimensión de falta de confianza en las actividades en internet (Galperin, 2017; Ting, 2014).

Por otra parte, también se encontraron rasgos no compartidos por México y Uruguay en el tema de acceso y uso a las TIC. Así, se ha mostrado que los internautas en México responden en mayor medida a los planteamientos sugeridos por la BDP. Es decir, dentro de dichos usuarios el diferencial de frecuencia e independencia de uso se encuentra ampliamente marcado por los factores estructurales como edad y sexo, esto pese a que el tema de inclusión digital forma parte de las políticas públicas del país y ya se han llevado a cabo varios programas que buscan combatir diversas aristas de la desigualdad digital.

En el caso uruguayo, ya se refleja la igualdad entre hombres y mujeres jóvenes en el uso de internet desde la escuela, lo que ayuda a superar la brecha que ha vulnerado los derechos de niñas y mujeres jóvenes de aprender e integrarse a las TIC; por otra parte, también en beneficio de la integración de las mujeres a las TIC y el uso de internet, hay una importante participación del grupo de mujeres mayores de 45 años, puesto que son el grupo que acceden a internet en mayor proporción de manera cotidiana y desde el hogar. Estos resultados podrían estar relacionados con las políticas públicas de inclusión digital puestas en marcha en Uruguay durante la última década y que se han dirigido justamente a tales grupos poblacionales, particularmente el Plan Ceibal y el Plan Ibirapitá (AGESIC, 2017); no obstante, solo se puede referir a brechas en las dimensiones de acceso y uso de internet.

De este modo, el presente estudio abre la puerta para realizar trabajos a futuro que estudien más en profundidad las diferentes interacciones de la BDP y su relación con los nativos y migrantes digitales en América Latina. Al mismo tiempo, también sugiere la realización de estudios que analicen a mayor profundidad las realidades nacionales de las desigualdades digitales y las maneras en que los gobiernos pueden incidir en ellas, ya que los estudios comparativos en esta temática solo han partido de indicadores de la desigualdad digital binaria, sin considerar todos los matices que pueden existir en pro de generar la igualdad y equidad en el uso de las tecnologías para el mejor desarrollo de la humanidad.

Finalmente, la brecha digital y sus factores asociados cobran mayor relevancia en la situación de la pandemia provocada por el Covid-19, dado que muchas de las actividades han requerido del apoyo de las TIC; además, las brechas digitales se han magnificado y han mostrado que los recursos materiales e inmateriales son importantes para que mediante las herramientas digitales ninguna persona quede atrás.

Referencias

- AGESIC. (2011). *Agenda Uruguay Digital. Transformación con equidad 2020*. Recuperado de https://uruguaydigital.gub.uy/wps/wcm/connect/urudigital/Ff2fba97-7871-474e-85ec-A43a75ef3376/Descargar+Agenda+Digital+2020+-+Original.Pdf?Mod=Ajperes&Convert_To=Url&Cacheid=Ff2fba97-7871-474e-85ec-A43a75ef3376
- AGESIC. (2012). *Creación y evolución histórica*. Recuperado de <https://www.gub.uy/Agencia-Gobierno-Electronico-Sociedad-Informacion-Conocimiento/Institucional/Creacion-Y-Evolucion-Historica>
- AGESIC. (2017). *Agenda Digital Uruguay. 15 objetivos para el 2015*. Recuperado de <https://uruguaydigital.gub.uy/wps/wcm/connect/urudigital/5ffafb0d-470b-4fac-Afcc-1740dcfc3e34/Descargar+Agenda+Digital+2011+-+2015.Pdf?Mod=Ajperes>
- Agresti, A. (2007). *An introduction to categorical data analysis*. Florida: Wiley.
- Barak, M. (2018). Are digital natives open to change? Examining flexible thinking and resistance to change. *Computers & Education, 121*, 115-123.
- Barbosa, R. C., Pessoa, M. E., & Montané-López, A. (2018). Inclusão educacional, digital e social de mulheres no interior da Paraíba: uma experiência na UFPB. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, 99(251)*, 148-171.
- Beam, M. A., Hmielowski, J. D., & Hutchens, M. J. (2018). Democratic digital inequalities: threat and opportunity in online citizenship from motivation and ability. *American Behavioral Scientist, 62(8)*, 1079-1096. <https://doi.org/10.1177/0002764218764253>
- Bennett, S., Maton, K., & Kervin, L. (2008). The “digital natives” debate: a critical review of the evidence. *British Journal of Educational Technology, 39(5)*, 775-786.
- Bowe, B. J., & Wohn, D. Y. (2015). Are there generational differences? Social media use and perceived shared reality. *Proceedings of the 2015 International Conference on Social Media & Society, 15*, 1-5.
- Castaño, C., Martín, J., & Martínez, J. L. (2011). La brecha digital de género en España y Europa: medición con indicadores compuestos. *Reis, 136*, 127-140.
- Chowdhury, G. G., & Chowdhury, S. (2011). *Information users and usability in the digital age*.

- Cramer, H. (1966). *Mathematical methods of statistics*. Princeton: Princeton University Press.
- Delfino, G., Sosa, F., & Zubieta, E. (2017). Uso de internet en Argentina: género y edad como variables asociada a la brecha digital. *Investigación y Desarrollo*, 25(2), 100-123.
- Dimaggio, P., Hargittai, E., Celeste, C., & Shafer, S. (2001). *From unequal access to differentiated use: a literature review and agenda for research on digital inequality*.
- Echarri Cánovas, C. (2008). Desigualdad socioeconómica y salud reproductiva: una propuesta de estratificación social aplicable a encuestas. En S. Lerner & I. Szasz (Eds.), *Salud reproductiva y condiciones de vida en México* (pp. 59-113). México: El Colegio de México.
- Friemel, T. N. (2014). The digital divide has grown old: determinants of a digital divide among seniors. *New Media & Society*, 18(2), 313-331.
- Galperin, H. (2017). Why are half of Latin Americans not online? A four-country study of reasons for internet nonadoption. *International Journal of Communication*, 11, 332-354.
- Graham, M., Hale, S., & Stephens, M. (2012). Digital divide: the geography of internet access. *Environment and Planning A: Economy and Space*, 44, 1009-1010.
- Grazzi, M., & Vergara, S. (2014). Internet in Latin America: who uses it?... And for what? *Economics of Innovation and new Technology*, 23(4), 327-352.
- Hargittai, E., & Dobransky, K. (2017). Old dogs, new clicks: digital inequality in skills and uses among older adults. *Canadian Journal of Communication*, 42(2), 195-212.
- Hargittai, E., & Hsieh, Y. P. (2013). *Digital inequality*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/Oxfordhb/9780199589074.013.0007>
- Hilbert, M. (2011). The end justifies the definition: the manifold outlooks on the digital divide and their practical usefulness for policy-making. *Telecommunications Policy*, 35(8), 715-736.
- INE. (2016). *Principales resultados encuesta usos de las tecnologías de la información y comunicación*.
- Inegi. (2016). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) 2016*.

- ITU. (2017). *Development index 2017*. Retrieved from <http://www.itu.int/net4/itu-d/idi/2017/index.html?#idi2017comparison-tab>
- ITU. (2018). *Bridging the digital innovation divide*.
- ITU. (2019). *Measuring digital development facts and figures 2019*. Retrieved from <https://www.itu.int/en/itu-d/statistics/documents/facts/factsfigures2019.pdf>
- Jones, C., Ramanau, R., & Healing, G. (2010). No titlenet generation or digital natives: is there a distinct new generation entering university? *Computers & Education*, 54(3), 722-732.
- Kuttan, A., & Peters, L. (2003). *From digital divide to digital opportunity*. Lanham: Scarecrow Education.
- Lechman, E. (2014). ICT diffusion trajectories and economic development: empirical evidence for 46 developing countries. In H. Kaur & X. Tao (Eds.), *ICTs and the millennium development goals* (pp. 19-40). New York: Springer.
- Mariscal-Avilés, J., Benítez-Larghi, S., & Martínez-Aguayo, M. A. (2016). The informational life of the poor: a study of digital access in three Mexican towns. *Telecommunications Policy*, 40, 661-672.
- Metallo, C., & Agrifoglio, R. (2015). The effects of generational differences on use continuance of Twitter: an investigation of digital natives and digital immigrants. *Behaviour & Information Technology*, 34(9), 869-881.
- México. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones (2013).
- México Digital. (2017). *Inclusión y habilidades digitales*. Recuperado de <https://www.gob.mx/mexicodigital/articulos/inclusion-y-habilidades-digitales>
- Nikou, S., Brännback, M., & Widén, G. (2019). The impact of digitalization on literacy: digital immigrants vs digital natives. *Proceedings of the 27th European Conference on Information Systems*.
- Plan Ibaratá. (2019). *Acerca del Programa Ibirapitá*. Recuperado de <https://ibirapita.org.uy/Acerca-Del-Programa-Ibirapita/>
- Petrissans Aguilar, R. (2002). La brecha digital: situación regional y perspectivas. *Estudios Internacionales*, 35(138), 55-70.
- Premsky, M. (2001). Digital natives, digital immigrants. Part 1. *On the Horizon*, 9(5), 1-6.

- Ransdell, S. (2013). Meaningful posts and online learning in blackboard across four cohorts of adult learners. *Computers in Human Behavior*, 29(6), 2730-2732. <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.chb.2013.07.021>
- Ransdell, S., Kent, B., Gaillard-Kenney, S., & Long, J. (2011). Digital immigrants fare better than digital natives due to social reliance. *British Journal of Educational Technology*, 42(6), 931-938. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8535.2010.01137.x>
- Rojas, W. (2014). La política de inclusión digital universal en México: avances y retos. *CPR Latam Communication Policy Conference 2014*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2460043
- Sánchez Galvis, M. (2010). Implicaciones de género en la sociedad de la información: un análisis desde los determinantes de uso de internet en Chile y México. *Journal of Technology Management & Innovation*, 5(1), 108-126.
- Sánchez Vadillo, N., Ortega Esteban, O., & Vall Ilvera, M. (2012). Romper la brecha digital de género. Factores implicados en la opción por una carrera tecnológica. *Athenea Digital*, 12(3), 115-128.
- Selwyn, N., Gorard, S., & Furlong, J. (2005). Whose internet is it anyway?: Exploring adults' (non)use of the internet in everyday life. *European Journal of Communication*, 20(1), 5-26. <https://doi.org/10.1177/0267323105049631>
- The Broadband Commission. (2014). *The state of broadband 2014: broadband for all. A report by the Broadband Commission*.
- Ting, C. (2014). The role of awareness in internet non-use: experiences from rural China. *Information Development*, 32(3), 327-337. <https://doi.org/10.1177/0266666914550425>
- Toudert, D. (2016a). Aislamiento geográfico y disponibilidad de la internet en las escuelas mexicanas. *Nova Scientia*, 8(17).
- Toudert, D. (2016b). Teoría del recurso apropiación: una cercamiento empírico a partir de las etapas del modelo de acceso digital en México. *Acta Universitaria. Multidisciplinary Scientific Journal*, 26(4), 79-90.
- Toudert, D. (2018). Brecha digital, uso frecuente y aprovechamiento de internet en México. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 79, 1. <https://doi.org/10.29101/crcs.v0i79.10332>

- Uruguay, Presidencia de la República. Decreto 130/015 de 2015. Creación del Programa Ibirapitá. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/130-2015>
- Van Dijk, J. (2005). *The deepening divide. Inequality in the information society*. Thousand Oaks-London-Nueva Delhi: SAGE Publications Inc.
- Van Dijk, J. (2012). The evolution of the digital divide. The digital divide turns to inequality of skills and usage. En J. Bus, M. Crompton, M. Hildebrandt & G. Metakides (Eds.), *Digital enlightenment yearbook 2012* (pp. 57-75). IOS Press.
- Warschauer, M. (2003). *Technology and social inclusion: rethinking the digital divide*. Cambridge, Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology.
- Zhong, Z.-J. (2011). From access to usage: the divide of self-reported digital skills among adolescents. *Computers & Education*, 56(3), 736-746. <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.compedu.2010.10.016>

Anexo

Tabla 1-A. Frecuencias absolutas de uso y no uso de internet según características sociodemográficas en México y Uruguay, 2016

Característica	México			Uruguay		
	Usuarios	No usuarios	Total	Usuarios	No usuarios	Total
Población 14 y más	54 345 804	37 222 306	91 568 110	1 916 370	506 267	2 422 637
Sexo						
Hombres	26 398 007	16 528 041	42 926 048	908 288	237 417	1 145 705
Mujeres	27 947 797	20 694 265	48 642 062	1 008 082	268 850	1 276 932
Grupo edad						
ND-H	10 449 360	1 522 347	11 971 707	256 997	8405	265 402
nd-m	10 179 140	1 786 779	11 965 919	208 100	5592	213 692
md-1 h	10 990 638	4 888 184	15 878 822	362 319	26 478	388 797
md-1 m	12 408 766	6 391 977	18 800 743	394 502	31 505	426 007
md-2 h	4 958 009	10 117 510	15 075 519	288 971	202 534	491 505
md-2 m	5 359 891	12 515 509	17 875 400	405 479	231 753	637 232
Muy bajo	3 378 615	7 862 345	11 240 960	439 255	140 478	579 733
Bajo	13 052 957	12 755 270	25 808 227	446 673	123 478	570 151
Medio	21 721 191	12 525 365	34 246 556	352 137	103 206	455 343
Alto	12 472 625	3 346 677	15 819 302	354 973	89 598	444 571
Muy alto	3 720 416	732 649	4 453 065	323 331	49 508	372 839

Fuente: elaboración de los autores con base en ENDUTH 2016 (Inegi - México) y EUTIC 2016 (INE - Uruguay).

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados del IX Certamen Blattmann, Odio Benito y Steiner

La depuración étnica en el derecho internacional: entre el
derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger

Luciano Pezzano

La desaparición forzada de la identidad: la justicia
internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los
niños robados

Raquel Vanyó Vicedo

Compatibilizando el ordenamiento jurídico brasileiro y el
Estatuto de Roma a la luz del transconstitucionalismo: la
cuestión de la cadena perpetua

Francisco Camargo Alves Lopes Filho

El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la
adopción de una perspectiva comparada

Isabel García Domínguez

La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger

Ethnic Cleansing in International Law:
Between International Criminal Law
and the Responsibility to Protect

A depuração étnica no direito internacional:
entre o direito penal internacional e a
responsabilidade de proteger

Luciano Pezzano*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 15 de junio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9897>

Para citar este artículo: Pezzano, L. (2020). La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la responsabilidad de proteger. *ANIDIP* 8, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9897>

Resumen

La inclusión de la depuración étnica, un concepto que carece de significado jurídico propio en el derecho internacional, dentro del ámbito material de la responsabilidad de proteger, junto a crímenes bien tipificados en el derecho penal internacional, ha dado lugar a ciertas dificultades conceptuales. Este ensayo busca explorar, a través de la caracterización de la depuración étnica en el derecho internacional y, en particular, de sus posibles configuraciones como crímenes según el derecho penal internacional, los problemas que esa inclusión a primera vista anómala puede plantear en la interpretación del alcance material de esta. Con tal fin, se aborda el nacimiento y evolución del concepto de la depuración étnica en las relaciones internacionales y en su consideración por los órganos de las Naciones Unidas; se

* Abogado (UCES); magíster en Relaciones Internacionales (CEA-UNC); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); becario posdoctoral CUIS-UNC/Conicet. Profesor titular de Derechos Humanos desde la Perspectiva Internacional (UCES); profesor asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES); profesor ayudante 'A' de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UNC).

lo analiza luego a la luz del derecho penal internacional, para determinar si puede constituir uno o más de los crímenes internacionales reconocidos, teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y las normas aplicables; finalmente, se estudia la inclusión de la depuración étnica en el ámbito de la responsabilidad de proteger y los problemas que plantea, para elaborar una posible alternativa de solución a partir de los resultados del análisis.

Palabras clave: depuración étnica; genocidio; crímenes de lesa humanidad; crímenes de guerra; responsabilidad de proteger.

Abstract

The inclusion of ethnic cleansing, a concept that has no legal significance of its own in international law, within the material scope of the responsibility to protect (R2P), together with crimes well-defined in international criminal law, has led to certain conceptual difficulties. This article presents the exploration, through the characterization of ethnic cleansing in international law and, in particular, its possible configurations as crimes under international criminal law, of the issues that such anomalous inclusion may pose in the interpretation of the material scope of the R2P. To this end, the origins and evolution of the concept of ethnic cleansing in international relations and its consideration by the United Nations organs are addressed. Then it presents the analysis in the light of international criminal law to determine whether it may constitute one or more of the recognized international crimes, taking into account international jurisprudence and applicable rules. Finally, the inclusion of ethnic cleansing in the context of the R2P and the issues it poses are explored in order to develop a possible solution based on the results of the analysis.

Keywords: Ethnic cleansing; genocide; crimes against humanity; war crimes; responsibility to protect.

Resumo

A incluso da depuração étnica, um conceito que carece de significado jurídico próprio no direito internacional, dentro do âmbito material da responsabilidade de proteger, junto a crimes bem tipificados no direito penal internacional, tem dado lugar a certas dificuldades conceituais. Este ensaio busca explorar, através da caracterização da depuração étnica no direito internacional e, em particular, de suas possíveis configurações como crimes segundo o direito penal internacional, os problemas que essa inclusão à primeira vista anómala pode apresentar na interpretação do alcance material dela. Com este fim, se aborda o nascimento e evolução do conceito da depuração étnica nas relações internacionais e em sua consideração pelos órgãos das

Nações Unidas; analisa-o logo à luz do direito penal internacional, para determinar se pode constituir um ou mais dos crimes internacionais reconhecidos, tendo em consideração a jurisprudência internacional e as normas aplicáveis; finalmente, estuda-se a inclusão da depuração étnica no âmbito da responsabilidade de proteger e os problemas que apresenta, para elaborar uma possível alternativa de solução a partir dos resultados da análise.

Palavras-chave: depuração étnica; genocídio; crimes de lesa humanidade; crimes de guerra; responsabilidade de proteger.

Introducción

Pese a ser una de las más odiosas violaciones a los derechos humanos, la ‘depuración étnica’ (DE) no constituye, como tal, una categoría jurídica autónoma en el derecho internacional, ni posee una definición legalmente aceptada. Aunque no es en sí misma un crimen internacional, puede, de acuerdo con las modalidades y contexto de su ejecución, constituir genocidio, o uno o varios crímenes de guerra o de lesa humanidad.

No obstante esta falta de autonomía jurídica, fue incluida dentro del alcance material de la responsabilidad de proteger (RDP), tal cual fue receptada por las Naciones Unidas (NU) en el *Documento final de la Cumbre Mundial 2005* (DF), junto con las tres categorías de crímenes internacionales antes referidas. Esta inclusión ha dado lugar a ciertas dificultades conceptuales al momento de referirse al ámbito material de la RDP: ¿significa que la DE tiene en el contexto de la RDP un significado jurídico propio? O, por el contrario, al carecer de sentido jurídico autónomo, ¿se trata de una anomalía en el DF? En todo caso, ¿por qué se produjo?

El propósito de este ensayo es, entonces, explorar, a través de la caracterización de la DE en el derecho internacional y, en particular, de sus posibles configuraciones como crímenes según el derecho penal internacional, los problemas que su inclusión junto a estos en el ámbito de la RDP puede plantear en la interpretación del alcance material de esta, por tratarse de un concepto que carece de un significado jurídico preciso que acompaña a categorías bien definidas del derecho penal internacional.

Cabe recordar que, desde la perspectiva de la RDP, los autores no se han detenido particularmente en esta cuestión, más allá de aclarar que la DE no es un crimen en sí misma conforme con el derecho internacional. Sin embargo, no reflexionan sobre qué sentido tiene su inclusión dentro del ámbito material de la RDP ni, mucho menos, por qué es problemática. Este estudio pretende, entonces, abordar estas cuestiones desatendidas por la mayoría de la doctrina.

Con tal fin, comenzaremos abordando la cuestión del nacimiento y evolución del concepto de la DE en las relaciones internacionales, haciendo especial hincapié en su consideración por los órganos de las NU, para luego analizarlo a la luz del derecho penal internacional, en aras de determinar si puede constituir uno o más de los crímenes internacionales reconocidos, teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y las normas aplicables; estudiaremos la inclusión de la DE en el ámbito material de la RDP y los problemas que plantea, teniendo presente el resultado de nuestro anterior análisis, lo que nos lleva a elaborar una posible alternativa de solución a la cuestión problemática.

1. La depuración étnica

1.1. Etimología y origen histórico

La DE es una práctica de larga data en los conflictos armados; no obstante, tomó dramática actualidad con ese nombre durante las guerras en la ex-Yugoslavia en los años noventa, cuando fue rápidamente adoptada por los medios de comunicación en sus informes y notas sobre la situación en diferentes áreas de Bosnia y Croacia.

Su etimología puede encontrarse en *el serbocroata etničko čišćenje*, que literalmente significa “limpieza étnica” (Andreopoulos, 2004). Sin embargo, como señala Petrovic (1994), su origen histórico es difícil de establecer: hay informes de medios de comunicación que discutieron el establecimiento de “territorios étnicamente limpios” en Kosovo después de 1981, pero el término se difundió masivamente y adquirió su significado actual durante la guerra en Bosnia y Herzegovina (p. 343).

La expresión se tradujo literalmente al inglés como “*ethnic cleansing*”¹ y al francés como “*nettoyage ethnique*”. En castellano, los documentos oficiales de las NU emplean indistintamente “limpieza étnica” y “depuración étnica” (sin haberse nunca explicitado por qué la opción por uno u otro término), aunque en los documentos relativos a la RDP siempre se ha utilizado “depuración étnica”, que es la que preferiremos aquí.

Aunque de fuente incierta, la expresión puede tener origen en la jerga castrense respecto de ‘limpiar’ determinada área de operaciones,² dado el rol preponderante

1 En inglés, *cleansing*, del verbo *cleanse*, deriva de *clean*, ‘limpiar’, pero en el sentido más específico de deshacerse de impurezas (Merriam-Webster Dictionary, definition of “cleanse”, s. f.), es decir, dejar algo completamente limpio o puro (Cambridge Dictionary, definition of “cleanse”, s. f.).

2 Al respecto, podemos recordar que la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Kordić* debió enfrentarse a una discusión lingüística, dado que la Sala de Primera Instancia había valorado como decisivo el testimonio de un testigo que afirmó haber participado en una “operación de limpieza” (*cleansing operation*), que había sido entendida como “limpieza étnica”, y la defensa sostenía que debía entenderse como una operación de limpieza (*mopping up*), común en el lenguaje militar en casos de combate urbano (que se refiere a las operaciones posteriores al combate en las que se busca neutralizar las fuerzas y materiales del enemigo que pudieron haber permanecido; de allí que se trate de ‘limpiar’ la zona). La Sala rechazó la argumentación de la defensa: “The Appeals Chamber notes that in this context

que jugaron oficiales militares del ex Ejército Popular Yugoslavo en los eventos en Bosnia. La expresión “limpiar el territorio” se dirige contra los enemigos, y es utilizada principalmente en la fase final del combate en orden de adquirir control total sobre el territorio ocupado. Es probable que el adjetivo ‘étnico’ se haya agregado al término militar porque los ‘enemigos’ eran considerados tales por su pertenencia a otras comunidades étnicas (Petrovic, 1994, p. 343).

1.2. La depuración étnica en los órganos de las Naciones Unidas

Prácticamente desde el comienzo de la consideración por parte de los órganos de las NU de la situación en la ex-Yugoslavia, la DE formó parte de la discusión.

En julio de 1992, el Consejo de Seguridad (CS) empleó por primera vez el término en la Resolución 771 (1992), en la que condenó “enérgicamente las violaciones del derecho internacional humanitario, especialmente la que entraña la práctica de ‘limpieza étnica’”. Así, el CS la calificó como una “práctica” que constituye una violación del derecho internacional humanitario.

En agosto de ese año, la Asamblea General (AG), en su Resolución 46/242, sobre la situación en Bosnia y Herzegovina, “condenando enérgicamente la práctica odiosa de ‘depuración étnica’, que constituye una grave y seria violación del derecho internacional humanitario”, condenó “las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, especialmente la práctica odiosa de ‘depuración étnica’, exigió “que se ponga fin de inmediato a esta práctica y que se adopten otras medidas, con carácter urgente, para detener el desplazamiento masivo y forzoso de la población”, e instó “a todos los Estados y organizaciones internacionales a que no reconozcan las consecuencias [...] de la práctica odiosa de ‘depuración étnica’”. Además de compartir la caracterización del CS, la AG la calificó como una “práctica odiosa” y la vinculó al desplazamiento masivo y forzoso de la población.

Unos días antes, la Comisión de Derechos Humanos (CDH), en su primer período extraordinario de sesiones, había aprobado la Resolución 1992/S-1/1, en la que, “expresando su particular rechazo del concepto y la práctica de la ‘limpieza étnica’ [...], que como mínimo entraña las deportaciones y los traslados o expulsiones forzados y masivos de personas de sus casas en violación flagrante de sus derechos

the expression ‘cleansing operation’ is ambiguous since it could be understood as synonymous with ‘mopping up operation’ in the military sense or with unlawful ‘ethnic cleansing’. The Appeals Chamber notes further that, in the presence of a compound question such as the one containing the Prosecution’s description of the attacks in which Witness AS participated as an ‘ethnic cleansing campaign’, a trier of fact must be particularly cautious when interpreting the answer given by the witness. However, read in context, the answer ‘yes’ given by Witness AS applied to all aspects of this question, including the ethnic connotation, supported by his answer that looting was also exclusively directed against Muslims. Additionally, there was nothing to ‘mop up’ in a military sense” (*Kordić*, párr. 403). El caso es ilustrativo de lo compleja que puede ser la cuestión semántica en torno a la DE.

humanos, con el objeto de disgregar o destruir los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos”, condenó “de modo absoluto el concepto y la práctica de la ‘limpieza étnica’”. De modo interesante, la Comisión aporta el primer intento de definición de DE para un órgano de las NU.

En la Resolución 787 (1992), el CS reafirmó que “toda práctica de ‘limpieza étnica’ es ilícita e inaceptable”, reiteró su condena a “la práctica de la ‘limpieza étnica’³ y reafirmó “que se considerarán responsables individualmente de esos actos a aquellos que los cometan o que ordenen su comisión”,⁴ lo que reiteró en su Resolución 819 (1993), en la que condenó la “abominable campaña general de ‘depuración étnica’”. El CS dio un paso más al reconocer la responsabilidad individual de los autores o instigadores de la DE, indicando así su naturaleza de crimen (Pégorier, 2013, p. 18).

El relator especial de la CDH sobre la situación de derechos humanos en la ex-Yugoslavia sostuvo que “el principal objetivo del conflicto militar en Bosnia y Herzegovina es el establecimiento de regiones étnicamente homogéneas. La limpieza étnica no parece ser la consecuencia de la guerra sino más bien su objetivo. Este objetivo, en gran medida, ya ha sido alcanzado por medio de matanzas, palizas, violaciones, destrucción de casas y amenazas” (NU, 1992, p. 4).

En el mismo informe, definió la DE como

la eliminación de miembros de grupos étnicos por otro grupo étnico que ejerce control sobre un territorio determinado. Para alcanzar este fin se utiliza una amplia variedad de métodos, incluidas las amenazas, el hostigamiento y la intimidación; los disparos o el empleo de explosivos en hogares, tiendas y sitios donde se realizan operaciones comerciales, la destrucción de los lugares de culto y las instituciones culturales; la transferencia o reubicación por la fuerza de las poblaciones; ejecuciones sumarias; atrocidades cometidas con el propósito determinado de infundir terror entre la población, como la tortura, la violación y la mutilación de los cadáveres, y el bombardeo de centros de población civil (NU, 1992, p. 5).

En la Resolución 47/121, la AG, tomando nota del informe, se mostró seriamente preocupada por una pauta constante de violaciones graves y sistemáticas de los de-

3 También hay expresiones de alarma por la práctica de la ‘limpieza étnica’ en el preámbulo de las resoluciones 779 (1992), 780 (1992), 808 (1993) y 827 (1993), y condenas en las resoluciones 820 (1993), 824 (1993), 836 (1993) y 859 (1993).

4 La AG, en su Resolución 47/80, reiteró su convicción de que quienes cometen u ordenan que se cometan actos de “depuración étnica” son responsables a título individual de esos actos y deben ser procesados, lo que también se sostuvo en la Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993, p. 18).

rechos humanos, una creciente población de refugiados resultante de la expulsión masiva de civiles, “en aplicación de la abominable política de ‘limpieza étnica’, que constituye una forma de genocidio”. Aquí, la AG no solamente la calificó como una “abominable política”, es decir, no solamente una “práctica” (sobre lo que volveremos), sino que directamente la consideró como una forma de genocidio.

El cs pidió al Secretario General (SG) que estableciera una Comisión de Expertos para que informara sobre las violaciones del derecho internacional humanitario en la ex-Yugoslavia. En su informe preliminar, la Comisión sostuvo: “La expresión ‘depuración étnica’ es relativamente nueva. En el contexto de los conflictos en la ex-Yugoslavia la práctica de ‘depuración étnica’ consiste en dar homogeneidad étnica a una zona utilizando la fuerza o la intimidación para expulsar a personas o a determinados grupos de dicha zona. La ‘depuración étnica’ contraviene el derecho internacional” (cs, 1993b, p. 15).

Además de dar su definición —la que como veremos será una de las más utilizadas—, la Comisión también describió cómo se llevó a cabo “mediante asesinatos, torturas, detenciones y encarcelamientos arbitrarios, ejecuciones sin beneficio de proceso judicial, violaciones y agresiones sexuales, confinación de poblaciones civiles en zonas de gueto, expulsiones por la fuerza, desplazamientos y deportación de poblaciones civiles, ataques militares deliberados o amenazas de ataque contra civiles y zonas civiles, y destrucción inexcusable de bienes” (cs, 1993b, p. 15).

La Comisión también hizo una valoración jurídica: “Estas prácticas constituyen crímenes de lesa humanidad y pueden asimilarse a crímenes de guerra concretos. Esos actos también podrían considerarse comprendidos en el marco de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio” (cs, 1993b, p. 15).

En su informe, la Comisión consideró que la creación de un tribunal internacional *ad hoc* estaría de acuerdo con la orientación de sus trabajos. El cs decidió establecer dicho tribunal penal internacional en su Resolución 808 (1993), encargando al SG la presentación de un informe al respecto. En dicho informe el SG no solo incluyó la DE dentro de los crímenes de lesa humanidad, sino que también la vinculó a formas de violencia sexual que se emplearon durante los conflictos en la ex-Yugoslavia (cs, 1993a, pp. 13-14).

En su informe final, la Comisión de Expertos reiteró los términos de su informe preliminar y afirmó “que la ‘depuración étnica’ es una política deliberada concebida por un grupo étnico o religioso para desplazar por la violencia y el terror a la población civil de otro grupo étnico o religioso de determinadas zonas geográficas” (cs, 1994, p. 34). La Comisión describió los medios y la forma en que la DE fue llevada a cabo, y concluyó que existía una política en ese sentido y que se aplicó de manera

sistemática (cs, 1994, pp. 34-36). Igualmente, sostuvo que “había una política dominante en favor de utilizar la violación como método de ‘depuración étnica’” (cs, 1994, p. 59), pero no realizó ninguna consideración jurídica diferente a la que había hecho en su informe preliminar.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) menciona en numerosas oportunidades a la DE en su jurisprudencia, pero rara vez la define o aporta sus elementos característicos. De hecho, en el caso *Krajišnik*, se sostuvo: “With regard to the term ‘ethnic cleansing’, which was sometimes used by witnesses or in reports, the Chamber wishes to note that it has not treated the term as legally significant” (*Krajišnik*, párr. 293). Así que, por lo general, se usa para describir hechos o conductas, o incluso un panorama histórico, como se hizo en *Tadić* (párr. 84). En otras sentencias, el TPIY ha efectuado algunos aportes para caracterizar la DE dentro de los crímenes de su competencia, como lo veremos más adelante.

Finalmente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su sentencia sobre el fondo en el caso *Genocidio*, dijo: “The term ‘ethnic cleansing’ has frequently been employed to refer to the events in Bosnia and Herzegovina which are the subject of this case” (*Genocidio*, párr. 190). La Corte se refiere a las resoluciones de la AG y el CS, así como al informe de la Comisión de Expertos, y considera: “It will be convenient at this point to consider what legal significance the expression may have” (*Genocidio*, párr. 190), para lo cual adoptó la definición del informe preliminar de la Comisión de Expertos, y continuó con su análisis jurídico a la luz de las disposiciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (la Convención de 1948), según veremos más adelante.

1.3. Hacia una definición de la depuración étnica

Este repaso por las diferentes opiniones y acciones de los órganos de las NU nos permite abordar la cuestión de la definición y caracteres de la DE en la práctica internacional.

Comenzaremos, por supuesto, por la definición de la Comisión de Expertos, que, al haber sido empleada por la CIJ, tiene un gran peso en la discusión. Conforme con la Comisión, la DE es una práctica que consiste en dar homogeneidad étnica a una zona utilizando la fuerza o la intimidación para expulsar a personas o a determinados grupos de dicha zona.

La definición es útil por su sencillez, y reúne varios de los elementos que la doctrina ha identificado como caracterizadores de la DE. Bulutgil (2016) identifica tres criterios como particularmente importantes: los autores de la violencia, que son los líderes de un Estado —en cuanto son los capaces de formular y llevar a cabo una

política de DE—; el blanco de la violencia, que es un grupo étnico y no individuos seleccionados por otros criterios; y los métodos que los autores emplean para llevar a cabo la violencia —que implican que las poblaciones son desplazadas involuntaria y permanentemente—. Estos criterios le permiten definir la DE como cualquier evento en el que una organización que tiene la capacidad de usar la coerción en un territorio dado deporta permanentemente y/o mata una parte sustancial de un grupo étnico que vive dentro de su territorio (Bulutgil, 2016, pp. 4-7).

Petrovic (1994) llama la atención sobre la forma de caracterizar la DE, y que, como hemos visto, oscila entre su consideración como una “práctica” o una “política”. Si se caracteriza como una “práctica”, se está apuntando a la descripción de las acciones que tienen lugar en el área donde se está llevando a cabo; esa fue la primera aproximación de los órganos de las NU, tanto el CS como la AG y la CDH, así como la Comisión de Expertos en su informe preliminar, la calificaron de esa manera. Pero si, en cambio, se la describe como una “política”, se apunta a la existencia de un plan⁵ y de una intención detrás de esas acciones. Fue el relator especial de la CDH quien primero la caracterizó como una política desde su primer informe (CDH, 1992), enfoque luego seguido por la AG y por la Comisión de Expertos en su informe definitivo, al igual que por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que se refiere a la existencia de una “política sistemática” de DE (CERD, 1996, p. 41).

En función de ello, nos permitimos, a los fines de este ensayo, reformular los criterios identificados por Bulutgil de la siguiente manera: 1) la existencia de una práctica generalizada de conformidad con la política formulada por un Estado u organización; 2) la finalidad discriminatoria dirigida en contra de uno o más grupos étnicos con miras a su eliminación (mediante la destrucción o la expulsión) de determinado territorio; y 3) el empleo de medios violentos que implican diferentes formas de uso de la fuerza y la coacción, contrarios al derecho internacional, para lograr tal finalidad.

La noción de DE no está exenta de críticas. Dos son las principales que se han dirigido contra el concepto. La primera es que es un concepto sin contenido ni valor jurídico que parece concebido para ser un eufemismo de ‘genocidio’ y así eludir las obligaciones internacionales que se derivan de la Convención de 1948 (Blum, Stanton, Sagi & Richter, 2008). Esta crítica puede tener alguna repercusión al momento de analizar la DE en el contexto de la RDP, por lo que volveremos sobre ella.

5 De hecho, la existencia de una ‘política’ es uno de los elementos que caracterizan el “ataque contra una población civil” en la definición de los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el artículo 7.2.a) del *tr.*

La segunda crítica refiere a la connotación peyorativa del término (Pégorier, 2013, p. 2), ya que fue creado por los propios perpetradores —lo que explica que en los documentos de las NU se haya empleado principalmente entre comillas—, y su reiteración puede implicar, en cierta forma, condonar la utilización de un eufemismo (‘limpieza’) que encubre una atroz violación de derechos humanos. Aunque compartimos esta apreciación, lo cierto es que su uso se ha generalizado en la práctica y en los documentos relativos a la RDP ya ni siquiera figura entre comillas.

2. La depuración étnica en el derecho penal internacional

Al no estar tipificada como tal por el derecho internacional, es necesario contrastar la DE con los crímenes de derecho penal internacional a los fines de determinar si puede ser identificada con alguno de ellos.

2.1. La depuración étnica como genocidio

En su Resolución 47/121, la AG consideró que la DE constituye una “forma de genocidio”, aunque no elaboró más al respecto. Por su parte, el TPIY en el caso *Krstić* sostuvo que existían “obvias similitudes” entre una política genocida y la política comúnmente conocida como “depuración étnica” (*Krstić*, párr. 562). Esto es así por la finalidad discriminatoria que inspira a ambas figuras, pero no es suficiente para equipararlas, ni para considerar, como la AG, que la DE como tal es una forma de genocidio.

La relación quedó establecida con mayor claridad (Schabas, 2007, p. 109) en la sentencia de la CIJ en la causa *Genocidio*. Allí, la Corte recordó que la expresión “depuración étnica” no aparece en la Convención de 1948 y que, de hecho, una propuesta durante la redacción de la Convención para incluir en la definición las “medidas con la intención de obligar a miembros de un grupo a abandonar sus hogares en orden a escapar de la amenaza de ulteriores malos tratos” no fue aceptada (*Genocidio*, párr. 190). En efecto, la Corte se refirió a una enmienda propuesta por Siria (AG, 1948a) que se rechazó principalmente porque la mayoría de las delegaciones en la Sexta Comisión de la AG entendía que, si bien se trataba de una conducta de cierta gravedad, el genocidio implicaba la destrucción de un grupo humano, y que aceptar la propuesta habría resultado en una ampliación del concepto de genocidio (AG, 1948b).⁶

6 Sobre la propuesta, v. Quigley (2006, pp. 11-13).

La CIJ argumentó que la DE solo puede constituir una forma de genocidio dentro del significado de la Convención si corresponde o cae dentro de una de las categorías de actos prohibidos por el artículo II:⁷

Neither the intent, as a matter of policy, to render an area “ethnically homogeneous”, nor the operations that may be carried out to implement such policy, can as such be designated as genocide: the intent that characterizes genocide is “to destroy, in whole or in part”⁸ a particular group, and deportation or displacement of the members of a group, even if effected by force, is not necessarily equivalent to destruction of that group, nor is such destruction an automatic consequence of the displacement (*Genocidio*, párr. 190).

Esto no significa, aclaró la Corte, que los actos descritos como DE nunca puedan constituir genocidio, si pueden caracterizarse como, por ejemplo, “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”, contrario al artículo II, párrafo c), de la Convención, siempre que tal acción se lleve a cabo con la intención específica (*dolus specialis*) necesaria, es decir, con miras a la destrucción de un grupo, diferente de la intención de removerlo de una región (*Genocidio*, párr. 190).

No es casual que la CIJ haya escogido el supuesto del inciso c) del artículo II como ejemplo de acto genocida en el que podría estar incluida la DE. En su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) incluyó el genocidio en su artículo 17, en el que siguió textualmente el artículo II de la Convención. En el comentario, al referirse al apartado c), la CDI señala que se sugirió incluir en este la deportación, pero que estimó “que el apartado comprendía la deportación en los casos en los que con ésta se pretende destruir el grupo, total o parcialmente” (CDI, 2002, p. 50). También los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER) confirman esta interpretación. Así, el elemento 4 del crimen de genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que

7 El artículo II de la Convención de 1948 dispone: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”. El artículo 6º del ER reproduce textualmente la disposición.

8 Aunque la Corte no lo señale en apoyo de su afirmación —ya que su competencia estaba limitada a la interpretación y aplicación de la Convención—, los Elementos de los Crímenes del ER confirman su opinión, al requerir, en cada caso, la intención del autor de destruir total o parcialmente un grupo.

hayán de acarrear su destrucción física incluye la siguiente nota: “La expresión ‘condiciones de existencia’ podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares” (énfasis añadido). Ambas fuentes, aunque no mencionen expresamente la DE, sí admiten que su contenido puede coincidir con actos genocidas, como lo indicó la CIJ, siempre que se satisfaga el dolo específico.

La CIJ también recurre a la jurisprudencia del TPIY, recordando lo que afirmó en el caso *Krstić*, pero igualmente lo que se sostuvo en el caso *Stakić*, respecto a que debe hacerse una clara distinción entre la destrucción física y la mera disolución de un grupo: “The expulsion of a group or part of a group does not in itself suffice for genocide” (*Stakić*, párr. 519).

Así, la CIJ concluye:

Whether a particular operation described as “ethnic cleansing” amounts to genocide depends on the presence or absence of acts listed in Article II of the Genocide Convention, and of the intent to destroy the group as such. In fact, in the context of the Convention, the term “ethnic cleansing” has no legal significance of its own. That said, it is clear that acts of “ethnic cleansing” may occur in parallel to acts prohibited by Article II of the Convention, and may be significant as indicative of the presence of a specific intent (*dolus specialis*) inspiring those acts (*Genocidio*, párr. 190).

La Corte aclara, entonces, que la DE no es en sí misma una forma de genocidio —negando así, aunque implícitamente, la afirmación de la AG—, y que para que constituya genocidio deben cometerse alguno de los actos enunciados en el artículo II de la Convención con el dolo específico de destrucción de un grupo nacional, racial, étnico o religioso (Pégorier, 2013, p. 70) —confirmando así la idea que subyació al rechazo de la enmienda siria durante la redacción de la Convención—, pero sí parece acordar con la opinión del TPIY en *Krstić*, en cuanto a que la DE sí puede usarse como indicio de la existencia de una intención genocida, idea que ya había sido adelantada por la doctrina (Quigley, 2006, p. 195).

De este modo, aunque no pueda trazarse una equivalencia lineal entre el genocidio y la DE, la jurisprudencia nos permite afirmar que esta sí existirá en cuanto se satisfagan los requisitos del artículo II de la Convención de 1948 y del artículo 6º del ER. Pero ¿qué sucede cuando la práctica de DE no cumple con esos requisitos?

2.2. La depuración étnica como crimen de lesa humanidad

Comentando la sentencia de la CIJ en *Genocidio*, Schabas (2016) expresó que el debate acerca de si la DE estaba o no subsumida dentro de la definición de genocidio perdía su relevancia en el contexto de la CPI porque incluso si no satisficiera la definición, estaba indudablemente cubierta por el artículo 7º del ER, relativo a los crímenes de lesa humanidad (p. 137).

En efecto, de acuerdo con el artículo 7.1 del ER, los crímenes de lesa humanidad requieren, para ser calificados como tales, ser cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”. El artículo 7.2.a) del ER define al “ataque contra una población civil” como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”.

La DE, prácticamente por definición, satisface el elemento de contexto establecido por el ER: está dirigida contra una población civil y se corresponde con una política diseñada por un Estado o por una organización —en el caso de los Balcanes, los grupos paraestatales formados por los serbios de Bosnia—. En cuanto a los requisitos de ser un ataque “generalizado” o “sistemático”, el TPIY ya se había pronunciado. Sobre el primero, sostuvo en *Nikolić*: “The implementation of that discriminatory policy, commonly referred to as ‘ethnic cleansing,’ over the region of Vlasenica alone seems to have been so widespread as to fall within the Tribunal’s jurisdiction under Article 5” (*Nikolić*, párr. 27). Sobre el segundo, afirmó en *Karadžić y Mladić* que “a deliberate and systematic line of conduct called ‘ethnic cleansing’ has been substantiated” (*Karadžić y Mladić*, párr. 59).

Satisfecho el elemento de contexto, corresponde analizar cuál o cuáles de los actos enumerados en el artículo 7º del ER se corresponden con la DE, aclarando desde ya que, como se dijo, los medios de su comisión son múltiples y podrían caer dentro de varios crímenes de lesa humanidad.

2.2.1. Exterminio

Contemplado en el artículo 7.1.a) del ER, el exterminio consiste, conforme con los Elementos de los Crímenes, en una matanza de miembros de una población civil, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población. En la medida en que la DE puede llevarse a cabo mediante matanzas, como lo advirtieron en su momento los órganos de las NU respecto de la situación en los Balcanes, tales conductas quedarán incluidas bajo el crimen de lesa humanidad de exterminio. Aunque este

no exige una finalidad discriminatoria, ello no es óbice para considerar incluidos actos de DE mientras los elementos materiales y mentales se satisfagan.

Sin embargo, de ello no debe derivarse una total asimilación entre la DE y el exterminio, toda vez que aquella puede llevarse a cabo mediante otros medios que no caerán dentro de este.

2.2.2. Deportación o traslado forzoso de población

La trágica experiencia de los Balcanes ha hecho que probablemente el crimen de lesa humanidad previsto en el artículo 7.1.d) del ER sea el más asociado a la idea de la DE, dado que, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes, requiere para su configuración que el autor haya deportado, desplazado o trasladado por la fuerza (que no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra o aprovechando un entorno de coacción), sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción, a una o más personas a otro Estado o lugar.

Como modalidad de DE, es la más frecuentemente descrita en los informes y resoluciones de los órganos de las NU. De hecho, en su Resolución 1997/29, la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías incluyó la “limpieza étnica” como una forma de desplazamiento forzoso de poblaciones.

2.2.3. Crímenes sexuales

En el artículo 7.1.g) del ER se tipifican diferentes conductas de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad. Como vimos, ya la Comisión de Expertos había llamado la atención sobre este punto, señalando que en los conflictos de la ex-Yugoslavia las violaciones y otros abusos sexuales formaban parte de una campaña sistemática de DE. También es interesante destacar a este respecto la figura del crimen de embarazo forzado, ya que requiere para su configuración la “intención de modificar la composición étnica de una población”, intención presente en una política de DE.

2.2.4. Persecución

El artículo 7.1.h) del ER califica como crimen de lesa humanidad la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género [...], en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

El crimen de lesa humanidad de persecución es particularmente cercano a la idea de DE (Pégorier, 2013, p. 107). Por un lado, comparten la finalidad discriminatoria (aunque en aquel es más amplio que en esta) y reconoce a la vez la multiplicidad de medios de comisión, al establecer una conexión con cualquier crimen de competencia de la CPI. Así mismo, fue el crimen cuya conexión con la DE más se discutió explícitamente en la jurisprudencia del TPIY. Así, en *Kupreškić*, la Sala de Primera Instancia indicó:

If persecution was given a narrow interpretation, so as not to include the crimes found in the remaining sub-headings of Article 5, a lacuna would exist in the Statute of the Tribunal. There would be no means of conceptualising those crimes against humanity which are committed on discriminatory grounds, but which, for example, fall short of genocide, which requires a specific intent “to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial, or religious group”. An example of such a crime against humanity would be the so-called “ethnic cleansing”, a notion which, although it is not a term of art, is particularly germane to the work of this Tribunal (*Kupreškić*, párr. 606).

De esta forma, el TPIY reconoció que, aunque la DE no es un concepto jurídico, sí la consideró dentro del crimen de persecución, precisamente por su finalidad discriminatoria.

En definitiva, aunque no pueda identificarse con un crimen de lesa humanidad en particular, los medios para llevar a cabo una campaña de DE pueden constituir varios de estos crímenes, y la propia política de DE provee el elemento de contexto necesario para la calificación de estas conductas.

2.3. La depuración étnica como crimen de guerra

Si podemos definir sucintamente a los crímenes de guerra como violaciones graves de las normas del derecho internacional humanitario (Ambos, 2011, p. 20), el hecho de que los órganos de las NU hayan considerado casi desde el comienzo que la política de DE constituye una violación de este tipo la acerca a esta noción.

La pregunta que de inmediato surge es a cuál de los múltiples crímenes de guerra tipificados en el extenso artículo 8° del ER podemos asimilar la DE. La respuesta, al igual que sucede con los crímenes de lesa humanidad, lleva a identificar múltiples crímenes de guerra que pueden formar parte de una campaña de DE. Esto puede incluir, entre otros, crímenes sexuales, tipificados en el artículo 8.2.b.xxii) del ER para los conflictos armados internacionales y en el artículo 8.2.e.vi) para los conflictos

sin carácter internacional, y en particular, por su finalidad cercana a la DE, el crimen de embarazo forzado (Cottier & Mzee, 2016, p. 499), o el crimen de guerra más genérico de dirigir ataques contra una población civil —artículo 8.2.b.i) del ER para los conflictos armados internacionales y el artículo 8.2.e.i) del ER para los conflictos sin carácter internacional—, modalidad que, como se mencionó, fue empleada por algunas unidades militares como parte de las campañas de DE en la ex-Yugoslavia.

Sin embargo, al igual que sucede con los crímenes de lesa humanidad (Cottier & Baumgartner, 2016, p. 414), el crimen de guerra que ha quedado más asociado a la DE es el de la deportación o traslado de la población de un territorio ocupado, en el caso de un conflicto armado internacional —art. 8.2.b.viii) del ER— o el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, en caso de un conflicto armado sin carácter internacional —art. 8.2.e.viii) del ER— (Pégorier, 2013, p. 47). El primero de ellos ya era considerado una “infracción grave” en los términos del artículo 147 del IV Convenio de Ginebra —y del artículo 85.4.a) del Protocolo Adicional I—, dado que infringe la disposición del artículo 49 del mismo instrumento, en cuanto prohíbe los traslados y deportaciones de índole forzosa; mientras que el segundo constituye una violación a la prohibición de los desplazamientos forzados contenida en el artículo 17 del Protocolo Adicional II. Si bien en ningún caso se requiere la finalidad discriminatoria que caracteriza a la DE, se trata de uno de los medios más tristemente célebres de ejecución de esta y, como tal, basta para ser considerado como crimen de guerra.

En definitiva, es posible calificar como crímenes de guerra las distintas formas de comisión de actos de DE en la medida en que se satisfaga el elemento de contexto de estos crímenes, es decir, se cometan en un conflicto armado (tanto internacional como no internacional), lo cual ha sucedido en los casos modernos de DE.

2.4. Conclusión: una política, muchos crímenes

Como se advierte, la DE, pese a no ser un crimen como tal, es llevada a cabo mediante actos que sí son considerados crímenes en virtud del derecho internacional. Particularmente interesante es su vinculación con los crímenes de lesa humanidad, puesto que las condiciones de su comisión constituyen el elemento de contexto requerido para ellos, y las modalidades en que se ejecuta caen dentro de varios de los incisos del artículo 7º del ER. No obstante, tampoco puede descartarse su carácter de crimen de guerra cuando es cometida durante un conflicto armado ni la posibilidad, reconocida por la CIJ, de que en algún caso pueda constituir genocidio. De esta manera, no vemos posible que actos ejecutados como parte de una campaña de DE no caigan dentro de alguno de los más graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La DE, por lo tanto, no es un crimen de derecho internacional como tal, pero todas las conductas empleadas en su ejecución sí lo son; de allí que no exista necesidad de tipificarla por separado. Esta conclusión, trasladada al ámbito de la RDP, no solamente no soluciona, sino que complejiza la discusión al respecto, como veremos a continuación.

3. La depuración étnica y la responsabilidad de proteger

A grandes rasgos, podemos considerar que la RDP implica que los Estados tienen la responsabilidad de proteger a su población de graves atrocidades masivas (el genocidio, los crímenes de guerra, la DE y los crímenes de lesa humanidad), y que cuando no ejerzan esa responsabilidad (por incapacidad o por falta de voluntad), la comunidad internacional, a través de las NU, puede adoptar medidas para ayudar a proteger a esa población, incluso mediante el uso de la fuerza armada.

El concepto fue acuñado en 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), que incluyó la DE dentro de uno de los requisitos que justificarían una intervención militar en ejercicio de la RDP, al que denominó “causa justa”:

La intervención militar con fines de protección humana está justificada cuando se dan dos amplios conjuntos de circunstancias, es decir, cuando se trata de atajar o evitar:

- grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, o de su negligencia o incapacidad de actuar o del colapso de un Estado; o
- *una “depuración étnica” en gran escala, real o previsible, llevada a cabo mediante el asesinato, la expulsión forzosa, el terror o la violación* (CIISE, 2001, pp. 35-36, énfasis añadido).

La CIISE aclara qué tipo de situaciones están incluidas dentro de estas dos condiciones, entre las que se encuentran:

- diferentes tipos de “depuración étnica”, como el asesinato sistemático de los miembros de un grupo concreto con el fin de reducir o eliminar su presencia en una zona determinada; el traslado sistemático de los miembros de un grupo concreto fuera de una determinada zona geográfica; los actos de terror encaminados a

forzar la huida de ciertas personas; y la violación sistemática de mujeres de un grupo determinado con objetivos políticos (ya sea como otra forma de terrorismo o para modificar la composición étnica de dicho grupo);

- los crímenes de lesa humanidad y las infracciones de las leyes de la guerra [...] que conlleven matanzas o depuraciones étnicas en gran escala (CIISE, 2001, p. 36).

Lo que caracteriza a las dos condiciones, resaltó la CIISE, es que los actos deben cometerse “a gran escala” para justificar una intervención. Aunque parece que la CIISE distingue entre graves pérdidas de vidas y DE, ello no significa que esta última no implique pérdidas de vidas, sino que el hecho de que se lleve a cabo mediante expulsiones forzadas o violaciones sistemáticas basta para considerarla dentro del umbral que justifica la intervención, siempre que se cumpla con el requisito de escala (Kolb, 2003, pp. 130-131).

La RDP fue luego adoptada en 2004 en el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, las Oportunidades y el Cambio (GAN), creado por el SG:

Aprobamos la norma que se está imponiendo en el sentido de que existe una responsabilidad internacional colectiva de proteger, que el Consejo de Seguridad puede ejercer autorizando la intervención militar como último recurso en caso de genocidio y otras matanzas en gran escala, de depuración étnica o de graves infracciones del derecho internacional humanitario que un gobierno soberano no haya podido o no haya querido prevenir (GAN, 2004, p. 63).

Bellamy (2010) afirma que el informe del GAN amplió sutilmente el umbral de justa causa de la CIISE, al agregar “graves infracciones del derecho internacional humanitario” a la lista de genocidio, matanzas en gran escala y DE. No obstante, la CIISE también se había referido a las violaciones del derecho humanitario en la medida en que conllevaran matanzas o DE a gran escala. Lo que sí advertimos aquí es la adopción de un criterio mixto fáctico-jurídico a la hora de definir el umbral de protección: junto a las matanzas y la DE, que son descripciones de situaciones de hecho (como lo había realizado la CIISE), el GAN agrega el genocidio y las graves violaciones del derecho humanitario, que son conceptos jurídicos.

El SG también adoptó la RDP en el informe que presentó a la Cumbre Mundial 2005, en el que instó a los Estados miembros a que pidieran al CS que reafirmara el derecho de este “a utilizar la fuerza militar, incluso de forma preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales, especialmente en casos de genocidio, depuración étnica y otros crímenes de lesa humanidad [...]” (Annan, 2005, p. 64); y a que adopten “el principio de la ‘responsabilidad de proteger’ como base para la acción colectiva contra el genocidio, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad [...]” (Annan, 2005, p. 65).

Con respecto al umbral de protección, el SG también se aparta de las soluciones de la CIISE y del GAN, limitando la RDP al genocidio, la DE y ‘otros’ crímenes de lesa humanidad, inclinándose así por un criterio eminentemente jurídico —en el que no se mencionan las violaciones al derecho humanitario—, pero manteniendo a la DE como categoría de hecho separada, a la que parece considerar como un crimen de lesa humanidad.

Ya en el proceso de la Cumbre Mundial 2005, durante todas las etapas de redacción del proyecto de DF se mantuvo el criterio que había propuesto el SG, pero agregando los crímenes de guerra (que estaban en el informe del GAN como “graves infracciones del derecho internacional humanitario”). Jean Ping —presidente de la AG, a cargo de las negociaciones del DF— atribuyó esta fórmula al embajador de Pakistán, que se mantendría hasta el final en el proyecto (Luck, 2009, p. 13).

Así, la redacción definitiva del DF, aprobado por la Resolución 60/1 de la AG, incluyó cuatro menciones a la DE, siempre con referencia a la responsabilidad de proteger a las poblaciones “del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”.

Por lo que respecta al ámbito material de la RDP, las diferencias entre la CIISE y el DF son evidentes. La primera recurría a un criterio fáctico, es decir, descriptivo de una situación de hecho, mientras que el segundo parece inclinarse por un criterio jurídico, toda vez que tanto el genocidio como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad son figuras típicas del derecho penal internacional. Ello podría plantear un importante inconveniente a la hora de determinar cuándo se han cometido o se están cometiendo tales crímenes, dado que, por ser figuras penales su determinación correspondería a tribunales, se debería esperar al menos la iniciación —cuando no la finalización— de un proceso penal internacional (Añaños Meza, 2010, p. 213), lo cual es un absurdo tratándose de la adopción de

una respuesta ‘oportuna y decisiva’ en virtud de la RDP. En ese caso, la descripción de la CIISE, que requiere una mera constatación de hechos sin ninguna calificación jurídica,⁹ parecía más apropiada,¹⁰ aunque tal vez más vaga y susceptible de abuso.

El mayor problema para nuestro análisis, relacionado con el anterior, lo plantea la inclusión de la DE junto a los tres crímenes; a diferencia de estos, como vimos, la DE no constituye un tipo penal diferente y, según las circunstancias, podrá ser un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o, incluso, un caso de genocidio,¹¹ es decir, *ya está incluida* dentro de tales crímenes. ¿Por qué, entonces, se la agregó en el DF con categorías penales claramente definidas en el derecho internacional?

Strauss (2009) comparte con la mayoría de la doctrina que el término “depuración étnica” no tiene significación jurídica propia y que puede subsumirse en los tres crímenes, pero agrega que su inclusión entre los crímenes listados permite una evaluación de los eventos en el terreno más fáctica que jurídica, que debería ser explorada más sistemáticamente por su capacidad de proveer un punto de entrada para la aplicación de la RDP (pp. 315-316). Este último comentario lo indica como uno de los pocos autores que ha reparado en la diferencia de la DE con los crímenes como una característica con utilidad práctica para la evaluación de situaciones sin tener que caer en debates jurídicos respecto de las figuras penales.

Kleffner (2012) parte de la misma premisa para llegar a una conclusión diametralmente opuesta, al sostener que el concepto de RDP —como se lo entiende actualmente— mezcla estrictas nociones jurídicas en la forma de bien reconocidos crímenes en virtud del derecho internacional, con la noción más coloquial de DE. Tal inconsistencia conceptual vuelve a la mención separada de la DE redundante y puede reintroducir un elemento de vaguedad que la introducción de los crímenes internacionales pretendió reducir en primer lugar. En última instancia, destaca, esto podría socavar la utilidad operacional del concepto de RDP (Kleffner, 2012, p. 87).

9 Davis (2011) indica que la CIISE no define el umbral de la RDP a través del lenguaje del derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos, y que evita términos como genocidio o crímenes de lesa humanidad —aunque la CIISE entiende estos umbrales como inclusivos de muchos de tales crímenes— en favor de unas directrices descriptivas más discrecionales, en marcado contraste con los informes y resoluciones de las NU, que nombran los crímenes específicos que activan la RDP (p. 893). No estamos convencidos de que las directrices de la CIISE sean ‘más discrecionales’. Ambas situaciones deben superar un umbral de magnitud —‘a gran escala’—, y, de hecho, hay ciertos crímenes que podrían no superar ese umbral, haciendo a la redacción del DF más amplia.

10 En contra, otros autores resaltan las virtudes de la clarificación al recurrir a categorías con un significado jurídico preciso (Bellamy, 2008, p. 623; Arredondo, Rodríguez & Serbin, 2011, p. 10).

11 Tanto la falta de autonomía jurídica de la DE como la posibilidad de considerarla dentro de los otros crímenes es destacado por numerosos autores que discuten la RDP (Evans, 2008, pp. 12-13; Luck, 2008, p. 4; Arredondo, 2009, p. 252; Rosenberg, 2009, p. 461; Brunée & Toope, 2010, p. 195; Seyle & Aloyo, 2015, pp. 184-185; Bellamy & Reike, 2010, p. 278; Hilpold, 2015, p. 15), pero ninguno de ellos problematiza su inclusión en el DF.

Por su parte, Scheffer (2008), sin separarse de la opinión mayoritaria, agrega que la DE es un término muy poderoso, tanto que existe una creciente base para considerarlo como un crimen de lesa humanidad que merece su propia designación en virtud de la lista de esos crímenes (pp. 128-129). El ‘poder’ del concepto, que, como vimos, parece provenir del lenguaje periodístico, parece cumplir un importante rol tanto en la selección original por la CIISE como por su permanencia en el DF. Como asevera Zyberi (2013), la inclusión separada junto con los crímenes tiene más connotaciones políticas que un significado jurídico real (p. 513).

Así, la inclusión de la DE en el ámbito material de la RDP en el DF probablemente obedezca a que el concepto se mantuvo desde la formulación original de la CIISE por su impacto en el lenguaje político, y nunca se planteó seriamente su eliminación, aunque en la actualidad coexista de manera anómala como única categoría fáctica junto a tres tipos jurídico-penales.¹²

Consideraciones finales

La DE es una atroz práctica seguida para la ejecución de una política discriminatoria, pero no un crimen internacional en sí misma: no es tipificada en ningún instrumento internacional ni su valor jurídico reconocido en la jurisprudencia internacional. Eso no implica sostener su licitud, puesto que, como hemos visto, puede constituir un acto de genocidio, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, dependiendo de las circunstancias. Es posible, entonces, afirmar que no constituye una categoría jurídica autónoma en el derecho internacional.

Así las cosas, resulta errónea su inclusión junto a las tres categorías de crímenes internacionales —por lo demás, muy bien establecidas en el ordenamiento jurídico— en el DF. En primer lugar, porque no comparte su misma naturaleza; y, en segundo, porque ya está comprendida dentro de ellos, como se demostró en las páginas anteriores.

Debemos enfatizar que la CIISE optó por recurrir a descripciones fácticas, mientras que en las NU se eligió usar categorías jurídicas, pero sin suprimir la DE. Esa, pensamos, es la causa de esta confusión, que en su formulación original no existía, lo cual dio lugar a una anomalía en el ámbito de alcance material de la RDP.

12 La presencia anómala de la DE junto a los crímenes ha traído un problema de lenguaje, ya que, al abordar el alcance material de la RDP, no es posible referirse a ‘los cuatro crímenes’, por lo que han debido elaborarse expresiones tales como “crímenes y actos” o “crímenes y violaciones”, que suscitaron en sí mismas otras discusiones de parte de algunos Estados críticos del concepto, que temen una posible ampliación del ámbito de la RDP, cuando en realidad se trata de conceptos ‘paraguas’ que puedan reparar la anomalía de incluir a la DE junto con los crímenes (Bellamy, 2013; Pezzano, 2016).

Es curioso que, ya en 1994, cuando la idea de RDP aún no existía, Petrovic (1994) alertaba:

It is essential that the new term is not used to replace pre-existing definitions in international law. So far the international community has been employing precisely this term, but only as an excuse not to comply with duties laid down by international law. The objective of this article has been to provide elements for future analysis of this phenomenon, as individual responsibility will be determined by the International Tribunal established for that purpose. In doing so it is hoped that the Tribunal will apply well defined tenants of international law rather than emotive phrases and terms, so far, 'ethnic cleansing' has been used merely as a political rather than as a legal term (p. 359).

Es significativo cómo el TPIY siguió este consejo, en cuanto no recurrió al término más que para describir situaciones de hecho, pero nunca para calificaciones jurídicas.

Sin embargo, no parece suceder lo mismo con la RDP, en cuyo ámbito material la DE fue incluida junto a nociones jurídicas concretas, generando un híbrido de difícil lectura. ¿Cuál es, entonces, su sentido? Pensamos que se abren varias opciones para el análisis. La primera implica afirmar que, por no tener significado jurídico independiente, no tiene sentido y fue un error mantenerla en la transición del método empleado por la CIISE al seguido en las NU. La segunda, abrevando en el sentido original empleado por la CIISE, en cuanto descripción fáctica, considera que permite un mayor grado de flexibilidad a la hora de determinar si se está cometiendo o no una atrocidad de estas características, ya que no estaría sujeta a los estrictos criterios jurídico-penales de los crímenes. Pero esta opción puede ser vista tanto positiva como negativamente, tal cual lo ilustran las posiciones doctrinarias encontradas al respecto.

Por nuestra parte, nos inclinamos por una tercera opción, relacionada con el impacto de la noción de DE en el lenguaje político internacional y a la vez con la crítica que se le efectuara de ser un eufemismo de genocidio. Esta crítica se basa, como dijimos, en que se pretende con ella eludir las obligaciones derivadas del derecho internacional (Pégorier, 2013). Pero, al incluir a la DE dentro del ámbito material de la RDP, queda cubierta —fuera de toda duda— por las obligaciones de los Estados de proteger a su población y también por la —aún discutida— 'responsabilidad' de la comunidad internacional de 'ayudar a proteger' a las poblaciones de la comisión de crímenes internacionales.

De esa forma, la RDP —si es que continúa desarrollándose— puede ayudar a reducir el uso eufemístico de la noción de DE, por cuanto la calificación de una situación como tal no permitiría eludir las obligaciones de los Estados de proteger a la población, y así se daría un paso más en la protección de los seres humanos contra atrocidades semejantes.

Referencias

- Ambos, K. (2011). *Nociones básicas de derecho internacional humanitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Andreopoulos, G. J. (2004). *Ethnic cleansing*. Retrieved from <https://www.britannica.com/topic/ethnic-cleansing>
- Annan, K. A. (2005). *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Informe del Secretario General, Documento A/59/2005. Recuperado de <https://undocs.org/A/59/2005>
- Añaños Meza, M. C. (2010). La 'responsabilidad de proteger' en Naciones Unidas y la doctrina de la 'responsabilidad de proteger'. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, X, 199-244.
- Arredondo, R. (2009). La prevención del genocidio y la responsabilidad de proteger. En J. A. Consigli (Coord.), *El genocidio ante la Corte Internacional de Justicia* (pp. 231-267). Buenos Aires: CARI.
- Arredondo, R., Rodríguez, G. M., & Serbin, A. (2011). *Responsabilidad de proteger y prevención en América Latina y el Caribe: el rol de la sociedad civil*. Buenos Aires: CRIES.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948a). *Genocide - Draft Convention (E/794) and report of the Economic and Social Council*. Syria: Amendment to Article II, Document A/C.6/234.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948b). *Sixth Committee - Eighty-Second Meeting*. Document A/C.6/SR.82.
- Bellamy, A. J. (2008). The responsibility to protect and the problem of military intervention. *International Affairs*, 84(4), 615-639.
- Bellamy, A. J. (2010). The responsibility to protect. Five years on. *Ethics & International Affairs*, 24(2), 143-169.

- Bellamy, A. J. (2013). Making RtoP a living reality: reflections on the 2012 General Assembly dialogue on timely and decisive response. *Global Responsibility to Protect*, 5, 109-125.
- Bellamy, A. J., & Reike, R. (2010). The responsibility to protect and international law. *Global Responsibility to Protect*, 2, 267-286.
- Blum, R., Stanton, G. H., Sagi, S., & Richter, E. D. (2008). 'Ethnic cleansing' bleaches the atrocities of genocide. *European Journal of Public Health*, 18(2), 204-209.
- Brunée, J., & Toope, S. J. (2010). The responsibility to protect and the use of force: building legality? *Global Responsibility to Protect*, 2, 191-212.
- Bulutgil, H. Z. (2016). *The roots of ethnic cleansing in Europe*. New York: Cambridge University Press.
- Cambridge Dictionary. (s. f.). Meaning of "cleanse". Retrieved from <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/cleanse>
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (2002). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1996* (Vol. II, segunda parte). Recuperado de https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas. (1996). *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*. Documento A/50/18.
- Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La responsabilidad de proteger*. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1992). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia presentado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki, relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*. Documento E/CN.4/1992/S-1/9. Recuperado de <https://digitallibrary.un.org/record/149074#record-files-collapse-header>
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Documento A/CONF.157/23. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/CONF.157/23>

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993a). *Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad*. Documento S/25704. Recuperado de <https://undocs.org/sp/S/25704>
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1993b). *Informe provisional de la Comisión de Expertos establecida en la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad*. Documento S/25274. Recuperado de <https://undocs.org/S/25274>
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. (1994). *Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la Resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992)*. Documento S/1994/674. Recuperado de <https://undocs.org/S/1994/674>
- Cottier, M., & Baumgartner, E. (2016). Article 8 paragraph 2(b)(viii): prohibited deportations and transfers in occupied. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (pp. 404-416). C. H. Beck.
- Cottier, M., & Mzee, S. (2016). Article 8 paragraph 2(b)(xxii): rape and other forms of sexual violence. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (pp. 476-503). C. H. Beck.
- Davis, T. (2011). Taking international law at its word and its spirit: re-envisioning responsibility to protect as a binding principle of international law. *Florida State University Law Review*, 38, 883-910.
- Evans, G. (2008). *The responsibility to protect. Ending mass atrocities crimes once and for all*. Washington: Brookings Institution.
- GAN. (2004). *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio. Documento A/59/565. Recuperado de <https://undocs.org/A/59/565>
- Hilpold, P. (2015). From humanitarian intervention to the responsibility to protect. En P. Hilpold (Ed.), *Responsibility to protect (R2P). A new paradigm of international law?* (pp. 1-37). Leiden: Brill.
- Kleffner, J. K. (2012). The scope of the crimes triggering the responsibility to protect. In J. Hoffmann & A. Nollkaemper (Eds.), *The responsibility to protect. From principle to practice* (pp. 85-90). Amsterdam: Pallas Publications-Amsterdam University Press.

- Kolb, R. (2003). Note on humanitarian intervention. *International Review of the Red Cross*, 85(849), 119-134.
- Luck, E. (2008). *The United Nations and the responsibility to protect*. The Stanley Foundation.
- Luck, E. C. (2009). Sovereignty, choice, and the responsibility to protect. *Global Responsibility to Protect*, 1, 10-21.
- Merriam-Webster Dictionary. (s. f.). *Definition of "cleansing"*. Retrieved from <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cleansing>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). *La situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia*. Nota del Secretario General. Documento A/47/635-S/24766. Recuperado de <https://digitallibrary.un.org/record/153675?ln=es>
- Pégorier, C. (2013). *Ethnic cleansing. A legal qualification*. Abingdon-New York: Routledge.
- Petrovic, D. (1994). Ethnic cleansing. An attempt at methodology. *European Journal of International Law*, 5, 342-359.
- Pezzano, L. (2016). *La responsabilidad de proteger en las Naciones Unidas*. Córdoba, España: CEA-UNC-Advocatus.
- Quigley, J. B. (2006). *The Genocide Convention. An international law analysis*. Aldershot, Reino Unido: Ashgate.
- Rosenberg, S. P. (2009). Responsibility to protect: a framework for prevention. *Global Responsibility to Protect*, 1, 442-477.
- Schabas, W. (2007). Genocide and the International Court of Justice: finally, a duty to prevent the crime of crimes. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2(2), 101-122.
- Schabas, W. (2016). Article 6. In K. Ambos & O. Triffterer (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary* (pp. 127-143). C. H. Beck.
- Scheffer, D. (2008). Atrocity crimes framing the responsibility to protect. *Western Reserve Journal of International Law*, 40(1/2), 111-135.
- Seyle, C., & Aloyo, E. (2015). The role of business in the responsibility to protect. In D. Fiott & J. Koops (Eds.), *The responsibility to protect and the third pillar. Legitimacy and operationalization* (pp. 171-189). Palgrave MacMillan.

Strauss, E. (2009). A bird in the hand is worth two in the bush. On the assumed legal nature of the responsibility to protect. *Global Responsibility to Protect*, 1, 291-323.

Zyberi, G. (2013). Sharing the responsibility to protect: taking stock and moving forward. In G. Zyberi (Ed.), *An institutional approach to the responsibility to protect* (pp. 511-560). New York: Cambridge University Press.

Jurisprudencia

CIJ. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, judgment, 26 de febrero de 2007. Citado como 'Genocidio'.

TPIY, Sala de Primera Instancia I. (1995). *Prosecutor v. Dragan Nikolić* ("Sušica Camp"). Caso N° IT-94-2-R61, review of the indictment pursuant to rule 61 of the rules of procedure and evidence, 20 de octubre de 1995.

TPIY, Sala de Primera Instancia I. (1996). *Prosecutor v. Radovan Karadžić and Ratko Mladć*. Caso N° IT-95-5-R61/IT-95-18-R61, review of the indictments pursuant to rule 61 of the rule of procedures and evidences, 11 de julio de 1996.

TPIY, Sala de Primera Instancia. (1997). *Prosecutor v. Duško Tadić aka "Dule"*. Caso N° IT-94-1-T, sentencing judgment, 7 de mayo de 1997.

TPIY, Sala de Primera Instancia. (2000). *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*. Caso N° IT-95-16-T, judgement, 14 de enero de 2000.

TPIY, Sala de Primera Instancia. (2001). *Prosecutor v. Radislav Krstić*. Caso N° IT-98-33-T, judgement, 2 de agosto de 2001.

TPIY, Sala de Primera Instancia II. (2003). *Prosecutor v. Milomir Stakić*. Caso N° IT-97-24-T, judgement, 31 de julio de 2003.

TPIY, Sala de Apelaciones. (2004). *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*. Caso N° IT-95-14/2, judgement, 17 de diciembre de 2004.

TPIY, Sala de Primera Instancia I. (2006). *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*. Caso N° IT-00-39-T, judgement, 27 de septiembre de 2006.

La desaparición forzada de la identidad: la justicia internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los niños robados

The Enforced Disappearance of Identity:
International Justice as an Antidote to Impunity in
the Case of Stolen Children

A desapareição forçada da identidade: a justiça
internacional como antídoto à impunidade no caso
das crianças roubadas

Raquel Vanyó Vicedo*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 10 de julio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9907>

Para citar este artículo: Vanyó Vicedo, R. (2020). La desaparición forzada de la identidad: la justicia internacional como antídoto a la impunidad en el caso de los niños robados. *ANIDIP* 8, 1-24. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9907>

Resumen

Esta investigación pretende denunciar la impunidad de uno de los crímenes más atroces del Estado español como es la desaparición forzada de miles de niños que fueron arrebatados a sus madres, primero como castigo ideológico e instrumento represivo de depuración eugenésica instaurado por el franquismo y que, convertido después en un lucrativo negocio de compraventa de menores, acaba moviendo a su antojo los hilos de la filiación en España hasta bien entrada la democracia. Pese a que los numerosos casos denunciados en los últimos años apuntan a que podríamos estar ante un verdadero crimen de lesa humanidad, las autoridades españolas, tanto gubernamentales como judiciales, no permiten investigar estos hechos, al igual que otras muchas de las violaciones de derechos humanos que se

* Profesora del Departamento de Derecho Internacional y miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València (España). Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural" (Prometeo/2018/156), financiado por la Generalitat Valenciana.

cometieron durante la dictadura, de manera que, a día de hoy, la única esperanza de las víctimas para acceder a la verdad, la justicia y la reparación está depositada en la justicia penal internacional.

Palabras clave: niños robados; desaparición forzada; impunidad; justicia internacional; lesa humanidad.

Abstract

This article intends to denounce the impunity of one of the most atrocious crimes of the Spanish state, the enforced disappearance of thousands of children taken from their mothers. Originally done as an ideological punishment and a repressive instrument of eugenic purification, established by Franco's regime, it later turned into a lucrative business of buying and selling minors and eventually ended up pulling the strings of parentage in Spain well into democracy.

Despite that the numerous cases reported in recent years suggest that we could be facing a genuine crime against humanity, the Spanish authorities (governmental and judicial) do not allow investigating the facts, which means that, to this day, the only hope for the victims to gain access to truth, justice, and reparation lies in international criminal justice.

Keywords: Stolen children; enforced disappearance; impunity; international justice; crimes against humanity.

Resumo

Esta pesquisa pretende denunciar a impunidade de um dos crimes mais atrozes do Estado espanhol como é a desapareção forçada de milhares de crianças que foram arrebatadas a suas mães, primeiro como castigo ideológico e instrumento repressivo de depuração eugênica instaurado pelo Franquismo e que, tornado depois em um lucrativo negócio de venda de menores, acaba movendo À sua vontade os fios da filiação na Espanha até a entrada da democracia.

Apesar dos numerosos casos denunciados nos últimos anos que apontam a que poderíamos estar ante um verdadeiro crime de lesa humanidade, as autoridades espanholas, tanto governamentais quanto judiciais, não permitem pesquisar os factos, tal como muitas outras das violações de direitos humanos que se cometeram durante a ditadura, de forma que, até hoje, a única esperança das vítimas para ceder à verdade, à justiça e à reparação, está depositada na justiça penal internacional.

Palavras-chave: crianças roubadas; desapareção forçada; impunidade; justiça internacional; lesa humanidade.

Introducción

El pasado 19 de enero, Adelina Ibáñez, la impulsora del segundo juicio de bebés robados en la historia de España, fallecía en su casa de Cartagena sin ver sentado en el banquillo de los acusados al ginecólogo que atendió su parto en la Maternidad de Santa Cristina de Madrid; esto es, sin tan siquiera haber visto juzgar a uno de los artífices de su muerte en vida, el doctor Joaquín Botija, aquel que, junto con la monja sor María Gómez Valbuena —célebre por ser la primera religiosa que llegó a estar imputada en esta trama—, le arrebató presuntamente a su hijo recién nacido el 27 de octubre de 1975.

Un auténtico jarro de agua fría para las asociaciones de víctimas de niños robados, más si cabe tras el vuelco inesperado del primer caso judicializado, el de Inés Madrigal, la mujer que tuvo que denunciar a su propia madre adoptiva para acreditar que las circunstancias que rodearon a su nacimiento, asistido por el doctor Eduardo Vela, ginecólogo titular de otra clínica madrileña, la de San Ramón, fueron cuanto menos irregulares. Y es que a la controvertida sentencia, que, pese a estimar probados los cargos de detención ilegal, suposición de parto y falsedad documental —al ser inscrita como hija biológica de su estéril madre adoptiva—, acaba absolviendo al acusado por prescripción, se une la posterior confesión de la víctima, quien en julio de 2019 reconoció, tras haber interpuesto el correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que gracias a un banco de ADN americano había podido localizar a su familia y confirmar que su adopción había sido en realidad voluntaria.

De este modo, las esperanzas depositadas en ambos casos se convierten, de nuevo, en meros espejismos del desierto de impunidad que representa la justicia española para los bebés robados. Que, hasta la fecha, pese a la gran cantidad de denuncias presentadas en los últimos años, solo podamos citar sendos ejemplos, ilustra de manera fehaciente la solitaria, pero titánica lucha de todo un colectivo que está tratando de averiguar, desde el más absoluto desamparo institucional, por sus propios medios y prácticamente contrarreloj, los orígenes que en su día les fueron arrebatados.

Porque no hablamos, precisamente, de casos aislados. Hacemos referencia al que quizá sea el caso más grave de desaparición forzada infantil en toda Europa (Rodríguez, 2008, p. 39), habida cuenta de su prolongación y consolidación a través del tiempo. Pero para ello hay que contextualizar el fenómeno con carácter previo.

1. Los niños robados

Huelga recordar que la sustracción premeditada de menores se remonta a los primeros años de la posguerra. Lo que efectivamente empieza como una macabra y vil forma de represión a las mujeres republicanas bajo las tesis eugenésicas del doctor Vallejo Nágera, comandante en jefe de Franco al mando de su recién estrenado Gabinete de Investigaciones Psicológicas, se materializa pronto en las prisiones y centros de detención (Cuevas, 2005) con el objetivo de depurar la sociedad y aniquilar el peligroso “gen rojo” del opositor político (Preston, 2018, p. 323). Es así como miles de niños empiezan a ser separados forzosamente de sus madres, muchos de ellos al nacer, siendo entregados a familias afines al régimen o a instituciones de caridad y beneficencia con tal de propiciar su reeducación masiva en los dogmas del nacional-catolicismo. Si tenemos en cuenta que el andamiaje jurídico-administrativo del franquismo apuntala esta práctica al restringir hasta los 3 años el límite de permanencia de los niños en prisión (Orden del Ministerio de Justicia de 1940); facilitar la inscripción de estos menores en el Registro Civil con nuevos apellidos (Ley de 1941); o exigir la repatriación forzada de todos los niños españoles que a consecuencia de la guerra se encuentran en el extranjero (Orden del Ministerio de Exteriores, de 1941), no puede sorprendernos que entre 1944 y 1954 la cifra de menores tutelados por el régimen franquista se sitúe en torno a los 30 000 (Vinyes, Armengou & Belis, 2002, p. 73). Menos aún que, partiendo de estas bases, el sistema dictatorial mueva a su antojo los hilos de la filiación en España hasta bien entrada la democracia, convirtiendo el castigo ideológico en un lucrativo negocio de compraventa de menores (Esteso, 2012) sobre el que se proyecta, indefectiblemente, la larga sombra del Estado.

La implicación directa en el robo de niños de muchas de las élites y los actores que detentan el poder —como el personal religioso, sanitario, administrativo, militar, etc.— así lo atesora. El miedo que infunden hace el resto: dado el férreo control que ejercen no solo sobre la moral y el orden público, sino también sobre la esfera íntima o privada, lo que posibilita el funcionamiento de un perfecto engranaje donde cada cual, desde el primer intermediario hasta el último seguidor, va cumpliendo escrupulosamente la función que tiene asignada según la oferta y la demanda, especialmente cuando se trata de reprimir a las mujeres que transgreden los cánones socialmente preestablecidos y quedan embarazadas. La dimensión del fenómeno, junto con su perfecta vertebración a lo largo del territorio estatal e incluso en parte del extranjero (González de Tena, 2014), no puede explicarse sin la necesaria connivencia estatal, que, por otro lado, deviene más sospechosa si cabe cuando la respuesta a todos estos interrogantes ha sido hasta ahora la impunidad.

2. La impunidad de partida

Porque a día de hoy cuesta justificar, una vez cercenado el pacto del olvido y diluida la amnesia que infundió el franquismo pero que en aras de la convivencia perpetró la Transición, que, ante las numerosas irregularidades y prácticas denunciadas por las víctimas en estos casos, un Estado como España, que se propugna democrático y de derecho, no se haya prestado a esclarecer la verdad y a investigar estos hechos. Justo al contrario, tal y como ha ocurrido con otros muchos de los graves crímenes y violaciones de derechos humanos que se cometieron entonces, la consigna siempre ha sido la misma: no remover el pasado.

Tampoco la vía política se ha reportado útil para hacerlo, pues la polémica y el ruido han empañado cualquier intento de reparación, ya sea en forma de ley, de iniciativa o de medida, arrojando un saldo democrático tan extremadamente negativo como internacionalmente comprometedor. Máxime cuando podríamos estar hablando de un verdadero crimen de lesa humanidad en su modalidad de desaparición forzada, aunque la justicia española se niegue a apreciar su concurrencia. Basta con observar los movimientos que se han producido en ambas esferas, la judicial y la política, para corroborar esta afirmación.

2.1. La impunidad en el ámbito judicial

En sede judicial la primera referencia al caso, no exenta de polémica, aparece recogida en la causa que abre el juez Baltasar Garzón en la Audiencia Nacional para investigar los crímenes del franquismo, concretamente las desapariciones forzadas de personas ocurridas en España entre 1936 y 1952. Es precisamente en el auto donde se inhibe a favor de los juzgados territoriales, dos años después de haberse declarado competente para llevar a cabo la instrucción en contra del criterio de la Fiscalía y una vez practicadas las diligencias de investigación pertinentes, donde no solo describe de manera pormenorizada la existencia de esta trama, sino que la califica por primera vez como “delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad”. Esto le permite salvar los escollos que se derivan del principio de legalidad utilizando una figura jurídica efectivamente contemplada en el Código Penal vigente —que a la sazón equivale a una desaparición forzada—, pero sin olvidarse del derecho internacional. A estos efectos sostiene su argumentación tanto en el artículo 607 bis (delito de lesa humanidad), introducido por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, tras la ratificación del Estatuto de Roma, como en el derecho consuetudinario, de manera que puede alegar su imprescriptibilidad en virtud del contexto represivo en el que se produjeron los crímenes (Chinchón, 2012).

El esperpento procesal que se desencadena a raíz de este sumario, con múltiples recursos, incluido el de la Fiscalía General del Estado y varias querellas de prevaricación mediante, resulta a todas luces paradójico cuando se contrastan los argumentos esgrimidos por Garzón con la línea jurisprudencial sostenida con anterioridad por esos mismos órganos.

Cabe recordar al efecto que nuestros tribunales, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, no habían dudado en invocar el derecho internacional para poder procesar a Pinochet o a Scilingo unos años antes —1998 y 2005, respectivamente— bajo idénticos argumentos. En el primer caso, la normativa internacional sirvió para anular el decreto de amnistía chileno y tumbar la inmunidad de jurisdicción del exdictador chileno, mientras que en el segundo fue la costumbre internacional la que permitió imputar al militar argentino por la comisión de crímenes de lesa humanidad (entre los que figuraban también varios casos de niños robados). Todo ello a pesar de que en el momento de cometerse esos crímenes ni tan siquiera estaban expresamente contemplados en nuestro Código Penal, pues la reforma del artículo 607 bis a la que acabamos de aludir entra en vigor el 1º de octubre de 2004, de manera que en lo que en unos casos sirve para fundamentar la acusación en el otro es objeto de refutación directa, resultando inexplicable la doble vara de medir respecto a la calificación de los hechos, la apreciación de los principios procesales, la prescripción, la adecuada interpretación de estos o, incluso, el derecho aplicable.

Lo más grave es que desde entonces ha sido imposible proseguir con la investigación. Cada vez que se plantean interrogantes acerca de nuestro pasado la Ley 6/1977 de Amnistía, del 15 de octubre, responde con la prescripción, sin reparar que los crímenes internacionales que se cometieron quedan en realidad fuera de ella no solo por la vía consuetudinaria, sino porque el tenor literal de la ley solo declara amnistiables “los actos de intencionalidad política tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976”. Pero hay más: si efectivamente aplicáramos el principio de legalidad —tal y como a menudo se invoca para apreciar la amnistía y estimar prescritos estos actos—, deberíamos aplicarlo correctamente de manera que podría traerse a colación la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 2º), ratificado el 27 de abril de 1977, o la imposibilidad de que un Estado pueda invocar las disposiciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional, como establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada el 2 de mayo de 1972. Esto es, a la luz del derecho internacional, la Ley de Amnistía

resultaría nula de pleno derecho por contradecir estas disposiciones en virtud de la *lex praevia, certa, stricta y scripta*. Con independencia de ello, lo cierto es que el rigor interpretativo no puede conculcar nunca la obligación de investigar y juzgar las violaciones de derechos humanos (Amnistía Internacional, 2008).

De hecho, encontramos otro claro ejemplo en 2011, cuando la Asociación Nacional de Afectados por Adopciones Irregulares (Anadir), presenta 261 denuncias ante la Fiscalía General del Estado con el objeto de propiciar la apertura de una investigación de carácter nacional. El intento pronto se ve neutralizado al decretar el desglose de la causa y remitirla a las distintas fiscalías provinciales y órganos territorialmente competentes. Con esta maniobra (igual que había ocurrido con la causa del franquismo), el elemento de la sistematicidad de los crímenes se desactiva, puesto que los casos pasan a instruirse de manera individualizada, como si fueran hechos aislados, lo que en paralelo frustra la aplicación del derecho internacional.

Aun así, la avalancha de casos sobre niños robados presentados en los distintos foros judiciales obliga a la Fiscalía a intervenir nuevamente dictando una circular de unificación de criterios, entre los que destaca la recomendación de que la sustracción de menores sea calificada a partir de entonces como delito de detención ilegal —y no bajo ningún otro tipo penal—, y estableciendo el cómputo de la prescripción desde el momento en que se haya tenido constancia de la alteración de la filiación. Sorprende, sin embargo, que, ante tales evidencias e indicios, no se abra ninguna investigación de oficio ni se cree una unidad especializada para esclarecerlos, como correspondería a quien detenta la acción pública del Estado; aunque la nueva circular de la Fiscalía del 30 de septiembre de 2016 sobre unificación de criterios para los casos abiertos tras la querrela argentina acaba confirmando los peores presagios (Fiscalía General del Estado, Ref. S. T. 412/2016-A).

De este modo, la justicia española, modelo internacional de lucha contra la impunidad hace unos años, se desacredita con su falta de respuesta frente a estos casos. Y si a ello se le suma la *orquestada desnaturalización* del principio de jurisdicción universal (Esteve, 2017) previsto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por parte de nuestras autoridades gubernamentales, el balance para las víctimas deviene descorazonador.

2.2. La impunidad en el ámbito político

De otro lado, la clase política tampoco ha estado a la altura de las circunstancias, siendo incapaz de responder dignamente a sus necesidades y demandas. Algo fácilmente explicable teniendo en cuenta que la reconciliación se hizo desde el olvido de las responsabilidades penales (Fernández, 2014, p. 307), lo que nos lleva a cuestionar

nuestro propio modelo de transición. Más si tenemos en cuenta que el pacto de convivencia posibilitó la permuta de un régimen dictatorial a uno democrático sin ningún tipo de depuración, de manera que muchas de las clases dirigentes y élites del franquismo, incluido el estamento militar y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, siguen ocupando, ya como renovados demócratas, las mismas altas esferas de poder que antes detentaban, lo que redundará, indefectiblemente, en la calidad democrática de nuestro sistema (Escudero, 2013, pp. 141 y ss.). Por mucho que nos pese, sin una revisión crítica de este proceso histórico, que en su caso debería acompañarse de la introducción de una perspectiva de género, es imposible comprender muchas de las injusticias que siguen sucediendo en España a día de hoy en torno a estas cuestiones, como el vergonzante olvido de los niños robados y otras víctimas de desaparición forzada, pues son todavía muchos los intereses que permanecen ocultos. Y es que hasta lo que parece *a priori* más fácil como garantizar el acceso a la verdad —que, a estas alturas, es lo que más desean las víctimas—, o fomentar una verdadera “cultura de la memoria” (Gómez, 2007, p. 11), adquiere una complejidad inusitada en nuestro país.

De entrada, la rebautizada Ley de Memoria Histórica, que en realidad “reconoce y amplía derechos y establece medidas en favor de las personas que padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura” —como la colaboración de las administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de las víctimas (art. 11), incluida la práctica de exhumaciones (art. 12)—, se ve seriamente limitada por su endémica infrafinanciación, lo que acaba provocando una privatización sin precedentes del derecho a la verdad (Amnistía Internacional, 2006, p. 13), en la medida en que su esclarecimiento, que tendría que asumir, promover y costear el Estado según la ley, queda en manos de los particulares, esto es, de las propias víctimas.

En el caso de los niños robados, el perjuicio se acentúa no solo por el coste que implica recurrir a un banco de ADN privado, sino por la imposibilidad de acceder a muchos de los archivos que contienen datos sustanciales sobre sus orígenes o identidad. De hecho, llama sospechosamente la atención la pérdida o desaparición sistemática de muchas de estas fuentes, incluso su destrucción involuntaria, accidental o sobrevenida. Y es que la falta de diligencia en su conservación y preservación por parte de las instituciones que gestionan este patrimonio, tanto públicas como privadas, ha comprometido seriamente su legado.

Téngase en cuenta que a la purga inicial de los archivos policiales, judiciales, militares que se produce en los años cuarenta se le suman con posterioridad la de las jefaturas superiores de policía de las provincias, la de las prisiones y la de las

autoridades locales franquistas y los gobernadores civiles durante las décadas de los años sesenta y setenta (Preston, 2018, p. 329). En otros casos, la nefasta, tardía e imprudente política de conservación, catalogación y restauración documental por parte del Estado tampoco ayuda. Ahora bien, lo realmente grave es que mucha de esta información, con independencia de su estado, siga siendo inaccesible en democracia pese a las numerosas previsiones jurídicas que garantizan este derecho.

Sin ir más lejos, el artículo 22 de la Ley de Memoria Histórica consagra el acceso a los fondos de archivos públicos y privados. Una disposición que contrasta con la realidad que sufren las personas que buscan sus orígenes, especialmente en lo que respecta a la documentación que obra en manos de las instituciones religiosas, muchas de ellas depositarias de registros de incalculable valor —como las partidas de nacimiento o las actas de bautismo o adopción—, para esclarecer este tipo de casos.

En España, empero, la Iglesia católica sigue gozando de un estatuto jurídico privilegiado, en virtud del cual el Estado se compromete a respetar y proteger la inviolabilidad de los archivos, registros y demás documentos pertenecientes a la Conferencia Episcopal Española, a las curias episcopales, a las curias de los superiores mayores de las órdenes y congregaciones religiosas, a las parroquias y a otras instituciones y entidades eclesíásticas. Así lo establece el artículo 1.6 del acuerdo firmado con la Santa Sede sobre asuntos jurídicos del 3 de enero de 1979, lo que constituye un auténtico lastre a la hora de impulsar estas investigaciones, dada la implicación directa de la Iglesia española en muchos de los procesos de sustracción de menores y adopciones irregulares denunciados (Roig, 2018, pp. 98 y 339). El celo con el que se protegen estos datos, que hasta la fecha no ha podido cercenarse ni con órdenes judiciales, exacerba todavía más la barbarie, amparada con posterioridad por la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que suele servir de pretexto oficial para denegar el acceso.

Esto nos lleva a afirmar que en España nunca ha existido una política de Estado en materia de verdad (Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/27/56/Add.1, p. 2), aunque en el ámbito de la reparación el balance es igual de desalentador.

Más allá de la mediática y a la par controvertida exhumación de Franco del Valle de los Caídos, que, polémica aparte, constituye la medida simbólica más reciente para con las víctimas de la dictadura, conviene recordar que cualquier reparación tiene por premisa el reconocimiento de una violación de derechos humanos. Algo que se antoja complicado en España.

Solo hay que fijarse en la escasez de declaraciones oficiales de condena al franquismo para atestiguarlo. En foro interno, los únicos pronunciamientos oficiales de sanción al régimen se reducen al de la comisión constitucional del Congreso (que

no del pleno) en 2002 y al del Senado de 2018, vetado por el Partido Popular y Ciudadanos. Pero es que hay más: mientras que el Estado y la Iglesia católica siguen sin mostrar arrepentimiento y pedir perdón públicamente a los niños robados o a las víctimas de la dictadura, trasciende que varios de sus represores (auténticos torturadores reconvertidos después en policías), como Antonio González Pacheco, alias ‘Billy el Niño’, siguen disfrutando de numerosas condecoraciones (entre medallas y premios) por los servicios prestados, muchos de ellos otorgados sorprendentemente en democracia.

Pues, a estos efectos, ni tan siquiera basta el reconocimiento general que prevé la Ley de Memoria Histórica en su artículo 2º, al “reconocer y declarar el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la Dictadura”.

Ni tampoco la “declaración de ilegitimidad de todos los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la Guerra Civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones” (art. 3º), que incluso incluye el derecho a “obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores” (art. 4º). Más que nada porque la letra pequeña de la ley acota en cada caso el concepto de víctima (material y temporalmente), dejando desamparadas a muchas personas, entre ellas a los niños robados, a los que, por otro lado, ni menciona.

Todo esto por no entrar en el odioso terreno de las comparaciones. Porque si se tiene en cuenta la consideración que, por ejemplo, han recibido siempre en nuestro país las víctimas del yugo terrorista, salvando todas las distancias que puedan existir entre ambos casos, la discriminación salta a golpe de vista. A estos efectos, las prestaciones que incluye la Ley 29/2011, del 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, nada tienen que ver con las que prevé la Ley 52/2007, *de Memoria Histórica*, mucho más restringidas (Jiménez & Doñate, 2012, pp. 112-115), dando lugar a un trato tan injustificado como peligroso: en la medida en que se produce una clasificación entre víctimas de primera y de segunda categoría. Una situación que no ha podido corregirse ni tras la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito establecido por la Ley 4/2015, del 27 de abril. Además, en lo que respecta a los niños robados, la reparación debería incluir siempre a las víctimas indirectas, esto es, a los familiares que buscan a los menores sustraídos, algo que obliteran todas estas normas.

Pese a todo, el pretexto para esquivar este tipo de reconocimientos es siempre el mismo: que, como en toda guerra civil, violaciones masivas de derechos humanos se dieron en los dos bandos, aunque se omite a conciencia que uno de ellos, el sublevado, sí que pudo llevar a cabo el proceso de identificación, enjuiciamiento y reparación una vez acabada la contienda mediante la denominada Causa General del Estado; garantías que a día de hoy siguen esperando las víctimas del bando republicano, quienes, además de la guerra, sufrieron una larga y cruenta represión durante la dictadura.

Por este motivo, la delantera la llevan aquí las autonomías. En los últimos años, y especialmente a partir de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, son muchas las comunidades que han adoptado leyes homónimas. Algunas de ellas, incluso, hacen mención expresa a la problemática de los niños robados contemplando medidas inauditas.

En este sentido, la Ley Foral 33/2013 de Navarra, del 26 de noviembre, de Reconocimiento y Reparación Moral de los Ciudadanos Asesinados y Víctimas de la Represión a Raíz del Golpe Militar de 1936, incluye expresamente tanto a las familias como a quienes buscan su identidad biológica. En la misma línea, la Ley 2/2017, del 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía, extiende el estatus de víctima a los bebés robados. Mientras que la Ley de Memoria Democrática para la Convivencia de la Comunidad Valenciana (Ley 14/2017), aprobada el 10 de noviembre de 2017, da un paso más, apostando por la elaboración de un censo de niños robados que cubra el período de la dictadura y la creación de un banco de datos de ADN para recoger muestras entre los posibles afectados. Ahora bien, nada que ver con la Ley 13/2019 específica *sobre menores robados*, que aprobó Canarias el pasado 25 de abril, la primera de estas características en todo el Estado y que tiene por objeto proporcionar los instrumentos normativos y recursos necesarios para el reconocimiento y efectividad del derecho a la verdad, justicia, reparación, así como facilitar las labores de investigación necesarias. De hecho, en su artículo 7º instaura toda una serie de garantías de no repetición sin precedentes en España, donde la divulgación de lo que pasó y la formación en centros educativos y en universidades adquiere una importancia fundamental, aparte de establecer el 30 de agosto como Día en Memoria de Menores Robados y sus Familias (disposición transitoria). Si a ello se le suman todas las medidas que contempla para lograr estas finalidades, entre las que destaca el derecho de acceso a la documentación que obre en archivos y registros (art. 5º); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 6º); la creación de una base de datos de víctimas (art. 8º); la utilización del banco de ADN que ya había sido creado por la Ley de Memoria Histórica de Canarias (art. 9º); y el establecimiento de

la Comisión Canaria por el Derecho a la Identidad (art. 10), podemos afirmar que nos encontramos ante una ley paradigmática en muchos sentidos.

Un avance en términos de reconocimiento y justicia que experimenta un nuevo punto de inflexión el 5 de octubre de 2019, cuando el Congreso de los Diputados acuerda tramitar por unanimidad la primera *Proposición de ley sobre bebés robados en el Estado español*, algo realmente inaudito (como lo es conseguir el consenso de la Cámara en la tesitura política actual). La sorpresa mayúscula viene en su articulado, pues, ya de entrada, reconoce que estamos ante un crimen de lesa humanidad (art. 1º); amplía la noción de víctima —hasta los familiares de cuarto grado con las personas que fueron sustraídas—; obliga no solo a todos los establecimientos hospitalarios o de salud, residencias, asilos, congregaciones, confesiones religiosas reconocidas por el Estado, fundaciones, asociaciones y similares que existiesen en el momento en que se cometieron los hechos, sino también a la Iglesia católica, algo sin precedentes en España (art. 2.3a y b); reconoce el derecho a la tutela judicial, que incluye la prueba de ADN gratuita para las víctimas (art. 6º); regula el derecho a una reparación de forma amplia (art. 7º); instaura garantías de no repetición —que incluyen campañas de información y sensibilización, actos de homenaje, formación educativa, etc.— (art. 8º); establece “una base de datos estatal de afectados” (art. 9º) y otra base de ADN (art. 10), con la previsión de crear en el futuro un “banco único de ADN” de carácter estatal y gratuito; crea la Comisión Estatal por el Derecho a la Identidad (art. 11), la Fiscalía Especial sobre Bebés Robados dependiente directamente de la Fiscalía General del Estado y una unidad de policía judicial especializada en la búsqueda de bebés robados (disposición adicional tercera); habilita al gobierno para el reconocimiento de indemnizaciones extraordinarias (disposición adicional segunda); e instaura la asistencia jurídica gratuita (disposición adicional cuarta). Unos avances sin precedentes que desgraciadamente se han visto afectados por la parálisis gubernamental, lo que ha impedido hasta ahora su tramitación parlamentaria.

Con todo, aunque su adopción constituiría quizá la mayor reparación hasta ahora que las víctimas podrían obtener por parte del Estado, esta no está garantizada tras el nuevo juego de equilibrios que han arrojado las urnas. Mientras tanto, la memoria histórica sigue siendo una asignatura pendiente. Así se lo acaba de recordar el Consejo de Derechos Humanos a España, aprovechando la celebración de su Examen Periódico Universal a finales de enero. Una vez más, la ONU nos recuerda que no hemos hecho los deberes y que, en este ámbito, son muchas, demasiadas, las cuestiones que tenemos pendientes.

Por eso, no es de extrañar que, ante la cerrazón de los tribunales españoles y el retraso considerable del Estado en materia de reparación, las víctimas traten de

acceder a la verdad y exigir justicia por otras vías, recurriendo, por ejemplo, al derecho internacional y encontrando amparo en los pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de derechos humanos: entre otros los del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada, el Comité contra la Desaparición Forzada, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, los de los relatores especiales sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff y Fabián Salvioli, y los resultados del Examen Periódico Universal de España tanto de 2015 como de 2020.

3. El recurso a la justicia internacional para exigir verdad, justicia y reparación

Nótese que, en contextos de graves violaciones de derechos humanos, como el que nos ocupa, debe asegurarse siempre el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, precisamente para evitar que tales hechos vuelvan a reproducirse. Unos derechos que se han ido configurando progresivamente en la esfera internacional para tratar de responder a acontecimientos traumáticos, poder restablecer la convivencia y apostar por la paz y estabilidad a futuro.

De este modo, el derecho a la verdad significa poder tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas que motivaron su comisión, lo que coincide con la principal reclamación de las víctimas afectadas por la sustracción de menores: saber qué es lo que pasó realmente con sus hijos. Un derecho autónomo e inalienable, indisolublemente ligado al deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, que tiene una doble dimensión, la individual y la colectiva (Pérez, 2013, p. 61), por lo que debe incluir tanto el recurso a la justicia como el acceso a una reparación si finalmente se constata la lesión de derechos. En un marco ideal, estos derechos deberían asegurarse cumpliendo con las disposiciones que establece el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, del 18 de febrero de 2015 (E/CN.4/2005/102/Add.1), incluidos en el informe de Diane Orentlicher, la experta independiente designada por la ONU para actualizar estas directrices, cuya versión antigua data de 1997; sin olvidar los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, recogidos por la Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU (64ª sesión plenaria), del 16 de diciembre de 2005.

No obstante, como es evidente que España no ha atendido de manera correcta estas recomendaciones, la estrategia de las víctimas se ha centrado en la jurisdicción internacional, que, con el apoyo de los órganos de protección de derechos humanos anteriormente citados, no ha dudado en reconocer que nos encontramos ante un verdadero crimen de lesa humanidad de desaparición forzada.

4. El robo de niños como crimen internacional de desaparición forzada

Ahora bien, para poder apreciar la concurrencia de un crimen de lesa humanidad, tal y como exige el artículo 7º del Estatuto de Roma, deben darse dos requisitos. De un lado, el elemento objetivo, esto es, cometer cualquiera de las conductas señaladas en el primer apartado, entre las que encontramos tanto la figura de “desaparición forzada de personas” que recoge la letra i) como la cláusula general que contempla “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física (letra k)”, en los que *a priori* podrían encajar los niños robados. De otro lado, se exige también la apreciación de un elemento subjetivo, lo que equivale a que los actos descritos se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Obviamente, las numerosas trabas a la investigación que hemos relatado con anterioridad impiden dimensionar correctamente esta barbarie y determinar con precisión su alcance real, aunque el contexto de violaciones de derechos humanos en el que se cometieron podría corroborar esta tesis, porque son precisamente las circunstancias que primero propician la sustracción de menores y bajo las cuales se reproducen después los casos, con patrones prácticamente idénticos a lo largo del Estado —alteración de la filiación, falsedad documental, vicios del consentimiento, simulación de embarazo, irregularidad en el proceso de adopción, sustracción de la identidad biológica, etc. (Bonet, 2013)— y durante el extenso período señalado, las que acaban comprometiéndolo incluso, como también hemos apuntado, al propio Estado.

La calificación jurídica no es baladí en este punto, al contrario, resulta determinante a efectos procesales para poder sortear la prescripción de los hechos. Por mucho que España siga sin ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de las Naciones Unidas de 1968, hay que recordar que la obligación de juzgar estos graves crímenes deriva en realidad del derecho internacional consuetudinario. De hecho, los preceptos que sancionan estas conductas se remontan a los orígenes del derecho internacional humanitario, que desde las Convenciones de La Haya de 1899 y 1905, respectivamente,

donde se formula la famosa Cláusula Martens, ya marcan los límites de lo permisible según las leyes y usos de la humanidad que establece el derecho de gentes. Fundamentos que se perfeccionan a lo largo del siglo xx en otros instrumentos, como en los estatutos de los tribunales de Tokio y Núremberg que posibilitan los juicios tras la Segunda Guerra Mundial, algo insólito hasta entonces, los principios que se derivan de este último proceso (A/RES/95 (I)) —Principios de Núremberg—, o los mismos Principios de Derecho Internacional recogidos por la Comisión de Derecho Internacional en 1950.

En consecuencia, escudarse en la amnistía para evitar el procesamiento de los crímenes que atentan contra el núcleo esencial de los derechos de la persona equivale a su impunidad, lo que hace tambalear los mismos pilares de la democracia. No puede admitirse, por lo tanto, la dejadez de funciones en este ámbito y constituye un deber inapelable de los Estados perseguir y castigar a los culpables, pues de otro modo se estarían incumpliendo las obligaciones básicas en materia de derechos humanos. El giro jurisprudencial en España, que pasa de apoyarse en la costumbre internacional para luego rehuir de ella invocando la prescripción a conveniencia, no es entonces de recibo. Como tampoco lo es la denegación sistemática del carácter internacional de estos crímenes en fuero interno —recordemos que las causas conjuntas se dividen para enjuiciarlas de manera separada—, lo que al final responde a la misma estrategia, totalmente refutable desde el punto de vista del derecho internacional.

No hay que olvidar a estos efectos que, desde el 27 de septiembre de 2007, España también es parte en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, y, como hemos dicho antes, existen suficientes indicios para afirmar que los niños robados son, en realidad, desaparecidos.

Según el tenor literal del artículo 2º de la Convención, se entiende por desaparición forzada “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

De este modo, la Convención castiga a toda persona que cometa, ordene, induzca o intente cometer la conducta, ya sea cómplice o partícipe de ella (art. 6a); mientras que el artículo 6b pone el foco en el superior que

- i) haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente

hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; iii) no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La heterogeneidad de actores que convierte la sustracción de menores en una verdadera trama desempeña muchos de esos roles. Si a ello se le añade que en virtud del artículo 6.2, “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada”, la responsabilidad penal queda claramente delimitada.

En consonancia con la gravedad del crimen, la Convención establece que la prescripción únicamente empieza a contar desde el momento en que cesa la desaparición forzada (art. 8.1.b), de manera que mientras no se esclarezca la suerte de la persona desaparecida o esta aparezca, el reloj procesal se para. La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 va incluso más allá en este punto al afirmar que los autores o presuntos autores en ningún caso se beneficiarán de la amnistía (art. 18), lo que entra directamente en colisión con la práctica judicial española (Capellà, 2006).

En paralelo, resultan de máximo interés para nuestro caso las disposiciones que aparecen en el artículo 25 de la Convención, donde se establece la obligación de prevenir y sancionar penalmente “a) la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; así como b) la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra”.

Un precepto que describe perfectamente la realidad que rodea a los niños robados. Por suerte, la Convención ya prevé procedimientos legales para anular cualquier trámite relacionado con la adopción u otras formas de colocación o guarda que tengan por origen una desaparición forzada, al tiempo que establece la obligación de identificar a estos niños y restituirlos a sus familias biológicas (art. 25).

Para España, sin embargo, la Convención únicamente se aplica a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta, tal y como el Estado aduce para esquivar los reproches que le hace el Comité

contra la Desaparición Forzada en 2013 a raíz, precisamente, de la impunidad de las desapariciones forzadas del franquismo en general y de los niños robados en particular (apartado de “cuestiones previas” de CED/C/ESP/CO/1/Add.1). Un pronunciamiento y una calificación de hechos en la línea de lo que estamos apuntando que, pese al rechazo español, adquiere una importancia sin precedentes, no únicamente a efectos de reconocer internacionalmente este problema, que también, sino, sobre todo, a la hora de dimensionar su verdadero alcance y magnitud. Un año más tarde, será precisamente el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU el que, tras visitar España, lo documente en su informe final de manera detallada (A/HRC/27/49/Add.1), mientras que los dos relatores especiales para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff y Fabián Salvioli, respectivamente, siguen respaldando esta tesis. Un argumentario del que con posterioridad se harán eco todos los otros órganos de protección de derechos humanos, incluidas las principales instituciones europeas, para los que no hay duda de que estamos ante verdaderos crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada.

Por fortuna, el hecho de situarnos en esta tesitura, es decir, en el terreno de los crímenes internacionales, permite abrir otra vía para exigir justicia: el recurso al principio de jurisdicción universal (Messuti, 2013).

5. El principio de jurisdicción universal: la adhesión de los niños robados a la Querrela Argentina

Gracias a este resorte procesal, Argentina se declara competente, como antes (de su modificación) lo había hecho España —ante Pinochet y Scilingo, recordemos—, para juzgar los crímenes de genocidio y de lesa humanidad cometidos por el franquismo entre el 17 de julio de 1936, comienzo del golpe militar, y el 15 de junio de 1977, fecha de las primeras elecciones democráticas. De este modo, el 14 de abril de 2010, a petición de un grupo de familiares y asociaciones de represaliados españoles, la jueza María Servini de Cubría, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Número 1 de Buenos Aires, admite a trámite la causa 4591, bautizada popularmente como ‘Querrela Argentina’, a la que se suman, desde el principio, varias denuncias de bebés robados, y a la que no han dejado de adherirse cada vez más víctimas, aproximándose ya al medio millar.

No obstante, y como cabía esperar, el proceso de investigación siempre ha contado con la firme y vehemente oposición del Estado español. Así las cosas, cualquier intento de avanzar en la instrucción de los hechos ha sido automáticamente repelido, cuando no obstruido, por parte de las autoridades judiciales y gubernamentales españolas, siempre con idénticos parámetros de fundamentación y refutación (Sánchez, 2015).

A la ya clásica y recurrente Ley de Amnistía, bajo la que se aducen prescritos los hechos objeto de escrutinio por la interpretación reductiva de la legalidad y la no retroactividad penal, se infiere que estos ya están siendo juzgados en España, por lo que, en virtud del principio de subsidiariedad que opera en estos casos, Argentina no tendría competencia para hacerlo.

Esta unidad de criterio (sorprendentemente sostenida tanto por juzgados como por la Fiscalía y respaldada por la clase política) permite comprender mejor los numerosos obstáculos a los exhortos y a las comisiones rogatorias solicitadas por la jueza Servini; la oposición a cursar las órdenes internacionales de detención y extradición que se han dictado en el marco del proceso —algunas de ellas contra presuntos torturadores franquistas, como Billy el Niño o el Capitán Muñecas⁵, o altos cargos franquistas, entre ellos Rodolfo Martín Villa—; la falta de aplicación del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987; las numerosas dilaciones indebidas para cursar las comparecencias, tomar declaración y proceder a los interrogatorios; la manifiesta falta de cooperación judicial; las numerosas presiones diplomáticas ejercidas, etc. Una estrategia orquestada y perfectamente coordinada desde las altas esferas del Estado que, al fin y al cabo, compromete seriamente la independencia y la imparcialidad de una judicatura que, en parte, también es heredera del franquismo (Jiménez & Doñate, 2012).

No sorprenden, en consecuencia, las numerosas irregularidades y el anormal funcionamiento de la justicia que se aprecian a simple vista, aunque el saldo de impunidad resulte inasumible, como ya hemos dicho, para cualquier Estado democrático. Básicamente porque existe un principio fundamental de derecho internacional que debería aplicarse, en cualquier caso, el *aut dedere aut judicare*, en virtud del cual, si España no procede a juzgar estos crímenes, al menos tendría que extraditar a los culpables (Orihuela, 2016).

Desgraciadamente, en el momento de escribir estas líneas el Ministerio de Justicia acaba de denegar una vez más el permiso solicitado por la jueza Servini para interrogar al exministro franquista Martín Villa, que iba a llevarse a cabo en la embajada argentina de Madrid el próximo 20 de marzo. Un nuevo revés justificado bajo nimiedades procesales inadmisibles, pues el gobierno se escuda ahora en que la petición no se ha cursado por los cauces correspondientes del auxilio internacional —cuando hasta la fecha se han desatendido sistemáticamente todos los exhortos solicitados—, que roza el esperpento político al conculcar uno de los compromisos estrella, como es la memoria histórica, de la coalición que gobierna.

Por fortuna, hay un punto de inflexión que puede contribuir a cambiar la suerte de todas estas víctimas pese a no tener nada que ver con este tema: la Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, del 17 de julio, en la medida en que se produce un vuelco jurisprudencial inaudito —al tratarse de una sentencia dictada en casación—, que recuerda al Estado español la necesidad de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Merece pues analizar al detalle cómo por esta vía el derecho internacional se puede convertir, una vez más, en la antítesis del desamparo y la injusticia.

6. El punto de inflexión: la Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, del 17 de julio de 2018 (caso Ángela González)

La Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, del 17 de julio, pone fin al calvario procesal que sufrió la señora González para exigir justicia por la muerte de su hija, asesinada a manos de su expareja durante un incomprensible permiso parental concedido sin vigilancia a pesar del extenso historial de denuncias por maltratos y amenazas que obraba en poder de las autoridades competentes. Una muerte, a su juicio evitable, que fundamenta la reclamación de responsabilidad patrimonial que interpone contra el Estado por anormal funcionamiento de la justicia y que es reiteradamente denegada, aunque siempre recurrida por ella, hasta agotar todos los recursos judiciales disponibles en sede interna. Al inadmitirse incluso su recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional, la señora González dirige su petición al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (comunicación 47/2012, del 19 de septiembre), que, en su dictamen del 16 de julio (correspondiente al 58º período de sesiones del Comité), confirma que el Estado español ha infringido varias disposiciones de la Convención homónima al no proteger debidamente ni a la demandante ni a su hija, recomendando, en consecuencia, una reparación e indemnización acorde con la gravedad del perjuicio sufrido. Es entonces cuando, en aras de exigir el efectivo cumplimiento de este dictamen, la demandante presenta sin éxito varios recursos en sede administrativa, que finalmente dan lugar a la casación que efectúa el Tribunal Supremo en la citada Sentencia 1263/2018, del 17 de julio (Bou, 2019).

A los efectos que ahora nos interesan conviene resaltar que la argumentación que realiza el Tribunal Supremo para estimar la pretensión de la señora González puede extrapolarse perfectamente a otros casos, en particular al de los niños robados y otras víctimas del franquismo, en la medida en que decreta la obligatoriedad

de cumplir con los pronunciamientos de los órganos de protección de los tratados internacionalmente ratificados, lo que supone un giro sin precedentes respecto a la línea jurisprudencial anterior. Nótese que, hasta ese momento, nuestros órganos judiciales habían dispensado este incumplimiento alegando que no existía ningún mecanismo o cauce procesal interno para dotarlos de eficacia ejecutiva, de manera que no podía exigirse su aplicación automática. Desde la sentencia, en cambio, esto no puede alegarse como excusa para evitar los dictámenes del Comité de la CEDAW y, por extensión, los del resto de comités. En otras palabras, el Tribunal Supremo reconoce que las obligaciones que emanan de los tratados, incluidos los dictámenes de los comités creados por ellos, forman parte del ordenamiento interno (Gutiérrez, 2018, pp. 848 y 849), lo que abre todo un abanico de posibilidades para reclamar justicia, ya sea sosteniendo la tesis de la señora González, ya sea sosteniendo la tesis de las Naciones Unidas.

Algo que no ha pasado inadvertido para las víctimas. Muchas de ellas han empezado a canalizar sus demandas ante estos foros. Sin ir más lejos, el juez Baltasar Garzón recurrió su inhabilitación ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, fundamentando que esta había sido fruto de las represalias por querer investigar, entre otros, los crímenes del franquismo, y que acaba de ser aceptada.

De igual modo, un matrimonio navarro víctima de un presunto robo de niños en una clínica de Pamplona, ante la negativa de los tribunales españoles a realizar la más mínima actividad probatoria, se dirigió al Comité de Derechos del Niño, propiciando que, en 2018, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas abriera por primera vez una investigación motivada por un crimen de estas características. Lo triste es que España, que tenía seis meses para presentar alegaciones, desatendió una vez más el requerimiento. Esto es lo que ahora, quizá con el sostén jurisprudencial del Supremo, empiece a cambiar definitivamente. Al fin y al cabo, es obligación del Estado hacer de los derechos humanos derecho. Pero para ello hace falta algo esencial: voluntad política. Ojalá la presión internacional no cese en este sentido.

Consideraciones finales

A lo largo de estas líneas hemos tratado de denunciar el caso de los niños robados en España como paradigma de impunidad. Un fenómeno enraizado con la represión franquista cuya metástasis, latente en los mismos órganos e instituciones del Estado que lo apadrinan y promueven, propicia un auténtico mercadeo de identidades en torno a la filiación hasta bien entrada la democracia. La extensión temporal de esta trama, junto con los patrones repetitivos que la vertebran a lo largo del territorio, y

la gravedad de los hechos que apenas empiezan a vislumbrarse, hace más execrable si cabe el pacto del olvido que, a día de hoy, sigue sin permitir acceder a la verdad y depurar responsabilidades penales. Es más: cada vez que se interpela al pasado se aduce que no conviene reabrir heridas; sin reparar en que no será posible sanar nuestro presente, por mucha anestesia que infundemos, si la cicatriz aún supura.

Para ello no podemos sino cuestionar nuestro propio modelo de transición, empezando por reconocer que no fue tan modélico como la retórica oficial se ha encargado de difundir. Si bien se demostró útil en su día para salir del atolladero en el que estábamos —algo que no podemos negar—, sigue albergando silencios e interrogantes comprometedores que merecen respuestas. Vacíos y voces que deben llenarse. Un sesgo acuciante en materia de género. Restos y rostros que conviene identificar, pues es imposible reconstruir un país sobre un cementerio de impunidades.

El hecho de que ni tan siquiera pueda plantearse abiertamente este debate, o que las visceralidades afloren siempre y lo ensombrezcan cada vez que se plantea, da buena cuenta de los traumas y fobias colectivos que, en pleno siglo XXI, aún despiertan estas cuestiones que se omiten hasta del portafolio educativo por falta de consenso, lo que es terrible.

Y es que la anomalía que supone transitar de una dictadura a una democracia sin realizar ningún tipo de depuración, esperando que la adaptación de sus actores, mecanismos y privilegios mute por simple inercia, conlleva consecuencias, pues no se puede explicar de otro modo la situación de indefensión tan grave que sufren en la actualidad las víctimas del franquismo en general y, dentro de estas, los niños robados en particular.

Ahora bien, que España siga sin saldar a estas alturas sus deudas en el ámbito de la memoria histórica no deja de ser un síntoma de fragilidad democrática, ya que la impunidad a gran escala, aparte de revictimizar, produce una clara violación de los derechos humanos, que debería perseguirse y castigarse en todo tiempo y lugar.

Por todo ello es totalmente comprensible que los afectados busquen amparo y justicia en la esfera internacional, ya sea recurriendo a los mecanismos de protección de derechos humanos, ya sea adhiriéndose a la Querrela Argentina en virtud del principio de jurisdicción universal. Vías no exentas de problemas, como hemos visto, pero que mantienen encendida la llama de la esperanza en una justicia que en España se está demostrando ciega.

Así las cosas, únicamente queda reivindicar el derecho internacional como antídoto a la impunidad, porque mientras los niños robados sigan desaparecidos, todos podremos ser víctimas potenciales del fracaso del Estado.

Referencias

- Amnistía Internacional. (2006). *Víctimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad*. Recuperado de <http://www.todoslosnombres.org/content/materiales/amnistia-internacional-victimas-la-guerra-civil-el-regimen-franquista-el-desastre>
- Amnistía Internacional. (2008). *España: la obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición*. Recuperado de https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR410008
- Bonet, M. (2013). *Los niños arrebatados por el franquismo a mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión posibles y abordajes jurídico penales*. Grup de Recerca Antígona (Dret i societat en perspectiva de gènere), Universitat Autònoma de Barcelona. Recuperado de <https://ddd.uab.cat/record/123066?ln=ca>
- Bou, V. (2019). El cumplimiento en España de las sentencias y dictámenes de los órganos de control del cumplimiento de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Comentario a la STS Núm. 2747/2018, de 17 de julio. *Revista Boliviana de Derecho*, (27), 436-456.
- Capellà, M. (2006). Las desapariciones forzadas en España durante la Guerra Civil: crímenes y violaciones del derecho internacional sin castigo ni reparación. En J. Soroeta (Dir.), *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 6. Bilbao: Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitaeta, Servicio de Publicaciones.
- Chinchón, J. (2012). El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde derecho internacional. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (67), 1-154.
- Cuevas, T. (2005). *Presas. Mujeres en las cárceles franquistas*. Barcelona: Icaria Editorial.
- Escudero, R. (2013). Los desaparecidos en España: víctimas de la represión franquista, símbolo de la transición y síntoma de una democracia imperfecta. En R. Escudero & C. Pérez (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Esteso, M. J. (2012). *Niños robados, de la represión franquista al negocio*. Barcelona: Los Libros de Diagonal.

- Esteve, J. E. (2017). Desnaturalizando la justicia universal: hacia una exclusiva y condicionada persecución del terrorismo internacional. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (21), 48-69.
- Fernández, C. (2014). Los derechos humanos y los crímenes de la Guerra Civil: especial referencia a los niños desaparecidos. En M. Casado & J. J. López (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Gómez, F. (2007). El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. En C. Becerra (Ed.), *El derecho de las víctimas a la reparación integral. Balance y perspectivas* (pp. 11-64). Bogotá: Gente Nueva Editorial. Recuperado de http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_37/El_otro_derecho_37.pdf
- González de Tena, F. (2014). *Nos encargamos de todo. Robo y tráfico de niños en España*. Madrid: Clave Intelectual.
- Gutiérrez, C. (2018). La aplicación en España de los dictámenes de los comités internacionales: la sts 1263/2018, un importante punto de inflexión. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(2), 836-851.
- Jiménez, C., & Doñate, A. (2012). *Jueces, pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*. Barcelona: Pasado y Presente.
- Messuti, A. (2013). La Querrela Argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas. En R. Escudero & C. Pérez (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo* (pp. 121-140). Madrid: Editorial Trotta.
- Orihuela, E. (2016). La obligación *aut dedere aut iudicare* y su cumplimiento en España. *Revista Española de Derecho Internacional*, 68(2), 207-228.
- Pérez, C. (2013). Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la Guerra Civil y el franquismo: una perspectiva desde el derecho internacional. En R. Escudero & C. Pérez (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo* (pp. 55-76). Madrid: Editorial Trotta.
- Preston, P. (2018). *La Guerra Civil española*. Barcelona: Debolsillo.
- Rodríguez, M. A. (2008). *El caso de los niños perdidos del franquismo. Crimen contra la humanidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Roig, N. (2018). *No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)*. Barcelona: Ático de los Libros.
- Sánchez, A. (2015). Los juicios argentinos sobre los crímenes del franquismo. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVII(1), 298-303.
- Vinyes, R., Armengou, M., & Belis, R. (2002). *Els nens perduts del franquisme*. Barcelona: Edicions Proa.

Compatibilizando o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma à luz do transconstitucionalismo: a questão da prisão perpétua

Compatibilizando el ordenamiento jurídico brasileiro y el Estatuto de Roma a la luz del transconstitucionalismo: la cuestión de la cadena perpetua

Making Compatible the Brazilian Legal Order and the Rome Statute in the Light of the Transconstitutionalism: The Matter of the Life Imprisonment

Francisco Camargo Alves Lopes Filho*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 17 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9906>

Para citar este artículo: Lopes Filho, F. C. A. (2020). Compatibilizando o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma à luz do transconstitucionalismo: a questão da prisão perpétua. *Anidip*, 8, 1-33. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9906>

Resumo

Com o presente trabalho, pretende-se estudar a aplicação do transconstitucionalismo aos problemas constitucionais oriundos do contato entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma. Para isso, indaga-se: o transconstitucionalismo pode oferecer uma resposta capaz de evitar conflitos causados pela presunção de primazia de cada uma das ordens envolvidas aos problemas surgidos nesse relacionamento? À luz da proposta de razão transversal formulada pelo transconstitucionalismo, visualiza-se que, compreendidas, por cada sistema, as bases que levaram a adoção de determinadas disposições supostamente contrárias às suas,

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN); Especialista em Prática Judicial pelo PPGD/UFRN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5158771181145477>. E-mail: camargoa@live.com. orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0931-3401>

haverá um novo entendimento nesse difícil relacionamento, especialmente a partir do reconhecimento de um sistema jurídico multicêntrico cujas cortes se relacionam sob a ótica de uma racionalidade transversal. Para tanto, partir-se-á da análise da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, evidenciando-se, especialmente, a relação entre direito estatal e direito internacional, seguindo-se ao estudo da relação entre tais ordens na perspectiva tradicional para, em seguida, analisar temas relacionados aos fundamentos e particularidades do direito penal internacional.

Palavras-chave: Brasil; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; transconstitucionalismo; prisão perpétua.

Abstract

This paper intends to study the application of the transconstitutionalism to constitutional issues arising from the relationship between the Brazilian legal order and the Rome Statute. For this, it is asked: is the transconstitutionalism able to offer an answer capable of avoiding conflicts caused by the primacy's presumption of each orders involved in the problems arising in this relation? In the light of the proposal transversal rationality formulated by the transconstitutionalism, it is seen that, understood by each system the bases that led to the adoption of certain provisions supposedly contrary to theirs, there will be a new understanding in this difficult relationship, especially from the recognition of a multicentric legal system whose courts are connected in the resolution of certain common issues. For that, the paper will begin from the analysis of Marcelo Neves' theory of transconstitutionalism, highlighting, especially, the relationship between state law and international law, following to the study of the relationship between such orders in the traditional perspective and of subjects related to the fundamentals and particularities of international criminal law. Finally, the matter of the life imprisonment will be analysed in the light of the transconstitutionalism.

Keywords: Brazil; Rome Statute; International Criminal Court; transconstitucionalismo; life imprisonment.

Resumen

Con el presente trabajo, se pretende estudiar la aplicación del transconstitucionalismo a los problemas constitucionales oriundos del contacto entre el ordenamiento jurídico brasileiro y el Estatuto de Roma. Para esto, se indaga: ¿el transconstitucionalismo puede ofrecer una respuesta capaz de evitar conflictos causados por la presunción de primacía de cada una de las órdenes inmersas en los problemas surgidos en esa relación? A la luz de la propuesta de razón transversal formulada por el trans-

constitucionalismo, se visualiza que, comprendidas por cada sistema las bases que llevaron a la adopción de determinadas disposiciones supuestamente contrarias a las suyas, habrá un nuevo entendimiento en esa difícil relación, en especial a partir del reconocimiento de un sistema jurídico multicéntrico cuyas cortes se relacionan bajo la óptica de una racionalidad transversal. Para eso, se partirá del análisis de la teoría del transconstitucionalismo de Marcelo Neves, evidenciándose, específicamente, la relación entre derecho estatal y derecho internacional, siguiendo al estudio de la relación entre tales órdenes en la perspectiva tradicional para, en seguida, analizar temas relacionados con los fundamentos y particularidades del derecho penal internacional.

Palabras clave: Brasil; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; transconstitucionalismo; cadena perpetua.

Introdução

A relação entre o direito internacional e o direito estatal é um dos temas que sempre gerou largas discussões no âmbito doutrinário. De certo modo, as doutrinas clássicas do monismo e do dualismo, ainda que com suas variações, não conseguem oferecer respostas precisas à complexidade da interdependência que existe na atualidade.

As mencionadas doutrinas clássicas foram elaboradas num cenário em que ainda não se vislumbrava o processo de proliferações de tribunais internacionais, bem como numa sociedade marcada pelo estatalismo. Com efeito, o mundo mudou, o direito internacional alcançou novos patamares, notadamente em matérias que anteriormente eram de competência exclusiva dos Estados, e, não só em decorrência disso, é preciso rediscutir a relação entre o direito internacional e o estatal, dessa vez afastando-se das concepções clássicas e aderindo a novas teorias.

Nesse cenário, o presente escrito busca compreender como se dá a relação entre o direito penal internacional e o direito estatal, notadamente no que concerne a interconexão entre o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, e o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, buscar-se-á responder a seguinte indagação: partindo da premissa de que o Brasil, em suas tentativas de harmonizar a relação entre o seu ordenamento jurídico e o Estatuto de Roma, ainda se pauta nas superadas concepções clássicas de monismo/dualismo, é possível defender que a relação entre o direito penal internacional e o direito brasileiro deve pautar-se no transconstitucionalismo?

Para responder à presente problemática é preciso, inicialmente, compreender os principais aspectos do pensamento de Marcelo Neves, relativo ao transconstitucionalismo, notadamente no que concerne às formas de acoplamento entre direito

estatal e direito internacional. Descritos os pontos essenciais da citada doutrina, passa-se a uma análise da relação dualista entre o Estatuto de Roma e o direito brasileiro. Nesse momento, serão trazidas algumas questões já debatidas pela doutrina, como os fundamentos do direito penal internacional, a incorporação, hierarquia e impacto do Estatuto de Roma na ordem jurídica nacional e os possíveis problemas surgidos de tal relacionamento.

Diante da descrição do panorama brasileiro acerca da relação em estudo e da constatação que nossa legislação, jurisprudência e até mesmo parte da doutrina ainda insistem em apreciar o tema com base em pensamentos clássicos, do início do século xx, será proposta uma visão transconstitucional da relação entre o direito penal internacional e o direito brasileiro.

Sem embargo, será demonstrado que a adoção da teoria transconstitucional de Marcelo Neves pode impactar diretamente em como o Estado brasileiro concebe a relação em estudo, principalmente no que concerne a questões como adoção do pensamento heterárquico e de construção da interconexão entre a jurisdição penal internacional e a brasileira através do diálogo.

Por fim, espera-se que o presente escrito, ainda que modesto, possa contribuir com os avanços já percebidos com relação ao tema no direito brasileiro.

1. O transconstitucionalismo e a relação entre direito internacional e direito interno

Monismo e dualismo completam, nesta década, 100 anos de existência. Desde então, o plano de fundo do direito internacional e de sua interação com o direito estatal sofreu diversas alterações e conheceu novos rumos, adequando-se aos novos contextos do direito. Dessa forma, verifica-se que, se no passado o embate se restringia à compreensão das ordens internacional e estatal como ordenamentos distintos ou reunidos em um direito uno, a questão que se pôs há algum tempo —com um campo teórico ainda muito intenso, naturalmente— é a posição dos tratados internacionais dentro da estrutura normativa de cada Estado, como consequência do reconhecimento (ou não) da primazia do direito internacional pelo direito doméstico positivo (Magalhães, 2015).

Tal superação se revela ainda mais urgente quando se constata, na prática, a inexistência de modelos puros —seja para um lado (monismo) ou para o outro (dualismo)—, mas, sim, conjunturas que “tendem a” um viés ou “favorecem certa prevalência” de outro, não sendo, nenhum deles, absolutamente monista ou dualista (Acosta Alvarado, 2016a).

Todavia, atualmente, observa-se o desenvolvimento de diversas teorias que rejeitam o paradigma hierárquico clássico, ou seja, aquele que aponta a prévia existência de uma ou de outra ordem jurídica com primazia sobre as demais em caso de conflito. Tais formulações teóricas se aproximam de uma perspectiva heterárquica, advogando pela necessidade de caso a caso, identificar qual norma será prevalecente na hipótese de ocorrência de antinomia.

Dentre as diversas teorias que adotam o paradigma heterárquico, como é o caso do Estado Constitucional Cooperativo, da Interconstitucionalidade, do Constitucionalismo Multinível, dentre outros, aparece o Transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves para a resolução de problemas envolvendo a pluralidade de ordens jurídicas do mundo contemporâneo.

1.1. Aspectos gerais do transconstitucionalismo

O surgimento de problemas envolvendo a temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que escapam à circunscrição territorial ao qual o Estado exerce seu poder e atinge diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais,¹ transnacionais,² estatais e até locais) aponta para a necessidade de uma reformulação do conceito clássico de constitucionalismo na resolução de tais problemas, que não podem mais permanecer limitados ao âmbito estatal (Silva & Silva, 2017). Dessa forma, a problemática cuja resolução é buscada pelo transconstitucionalismo envolve o delineamento das formas de relação entre as diversas ordens jurídicas, isso é, as ordens parciais que operam “dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito” sujeitas ao mesmo código binário relativo à licitude (lícito/ilícito) (Neves, 2009, p. 115).

Assim, o transconstitucionalismo parte da constatação de que o Estado perdeu o monopólio da resolução dos problemas constitucionais (direitos fundamentais e separação de poderes), que passaram a ser tutelados também por ordens jurídicas de outras naturezas, ainda que seja de fundamental importância e indispensável a participação estatal nesse processo. Essa nova proposta implica o reconhecimento de que a pluralidade de ordens jurídicas deve ser analisada numa ótica transversal de articulação para a solução dos problemas constitucionais que surgem (relativos a direitos fundamentais e organização do poder) (Neves, 2014a).

1 Para Marcelo Neves (2009), supranacionalidade seria o conceito relacionado a uma “organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade com fora vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros”, apontando que a União Europeia é a sua única manifestação.

2 Já as ordens transnacionais seriam aquelas construídas por atores privados ou quase públicos, sendo formas conhecidas a *lex mercatoria*, a *lex digitalis* e a *lex sportiva*.

Tal necessidade decorre da observação de que, na sociedade atual, problemas envolvendo tais temáticas emergem em ambientes alheios à circunscrição territorial sobre os quais o Estado exerce seu poder, atingindo, por consequência, diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais, transnacionais, estatais e até locais). Isso porque o alto grau de integração da sociedade mundial culminou por fomentar um cenário no qual tais problemas (direitos fundamentais e controle do poder), em virtude de sua relevância, passaram a ser, inevitavelmente, tratados não apenas “por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território”, mas, sim, por uma diversidade de ordenamentos —inclusive não estatais—, que são chamados a oferecer respostas a essas problemáticas, exigindo-lhes uma relação transversal permanente (Neves, 2014b, p. 206).

Sua proposta se ampara eminentemente na adoção de uma racionalidade transversal entre as ordens envolvidas, a qual pode ser definida como o uso de mecanismos estruturais que “possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (Neves, 2009, p. 38). Evita-se, assim, a ocorrência de dois fenômenos indesejáveis sob a ótica transconstitucional: o isolamento das ordens estatais em torno de sua soberania (atomização) e a expansão imperialista de um constitucionalismo de abrangência global indiferente às peculiaridades locais e regionais ou pouco compreensível quanto aos seus próprios limites (Carvalho, 2017).

Essa busca por soluções legais para problemas constitucionais surgidos no seio do relacionamento de ordens jurídicas diversas, contudo, desenvolve-se sem que seja exigida a criação de novas Constituições formais (ou nominais) (Neves, 2014b), tampouco se restringe ao fenômeno do diálogo entre cortes (ainda que essa modalidade seja a mais comum manifestação do transconstitucionalismo), tendo em vista que, não raras vezes, os problemas transconstitucionais são enfrentados em ambientes alheios aos tribunais, atingindo órgãos administrativos, legislativos e, também, organismos internacionais,³ supranacionais não judiciais e atores privados ou tribais (Neves, 2014a).

Dessa maneira, observa-se que a corrente transconstitucional parte não de uma perspectiva hierárquica de relacionamento entre as ordens jurídicas envolvidas no problema constitucional posto (na medida em que nega a existência a prévia

3 É o caso, por exemplo, de um problema constitucional envolvendo as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que exige a participação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, órgão que não possui natureza jurisdicional.

indicação de um ordenamento jurídico capaz de dar a palavra final sobre determinado assunto), mas, sim, de um necessário diálogo transversal entre as inúmeras ordens existentes e implicadas naquele problema em concreto.⁴

O problema de abordagem envolvendo o transconstitucionalismo reside na posição conferida à espontaneidade dos Estados em adotar uma postura de diálogo transversal com as diversas ordens jurídicas, sem o qual a consideração da posição alheia não pode prosperar (Carvalho, 2017), já que não há, no pensamento de Marcelo Neves, a proposta de criação de uma nova instância de julgamento desses problemas, o que violaria, inclusive, a noção de heterarquia. As diferenças, nesses casos, ensejam uma postura a ser adotada pelos vários atores do cenário jurídico mundial consistente na observação dos outros sistemas em busca de compreender seus limites e possibilidades e, assim, contribuir para a resolução do problema posto (Meneses do Vale, 2015).

Apesar das críticas feitas ao transconstitucionalismo de que ele não propõe ferramentas concretas para resolver os problemas decorrentes da interação entre os ordenamentos jurídicos (Acosta Alvarado, 2016b), o mérito do transconstitucionalismo reside na formulação de uma abordagem descritiva no que diz respeito ao reconhecimento de que os problemas constitucionais agora tocam diversas ordens e de uma proposta prescritiva quanto à racionalidade argumentativa (transversal) necessária para a resolução de eventuais incompatibilidades.

A inovação e a sofisticação do transconstitucionalismo reside não na propositura de ferramentas concretas para o desenvolvimento das relações entre as ordens jurídicas, dado que elas já existem (como o controle de convencionalidade, consultas, etc.). A necessidade atual é, pois, da proposta de uma racionalidade apropriada à resolução de problemas constitucionais que, no âmbito jurídico, culmina com um imperativo de adequação do discurso jurídico a essa realidade multicêntrica do sistema jurídico.

A propósito, merece pôr em evidência o fato de que eventual existência de um maior ou menor potencial para se apresentar como doador ou receptor no plano do diálogo constitucional não se qualifica como negação do transconstitucionalismo, diante do fato de que cada tribunal ou órgão integrante de um determinado sistema tem aptidão para atuar, em cada caso, mais ou menos como receptor ou doador; o que anula o diálogo é a imposição de um modelo em detrimento do desenvolvimento de outras ordens (Neves, 2009). Assim, conforme observou Meneses do

⁴ O transconstitucionalismo, contudo, não se limita ao diálogo entre duas ordens jurídicas distintas, mas, na verdade, pode envolver relações triangulares e múltiplas, inclusive, em torno de um mesmo problema constitucional (Neves, 2014a).

Vale (2015), o método do transconstitucionalismo, baseado numa recíproca estimulação de diferentes ordens objetivando a autotransformação, é capaz de fazê-las se tornarem mais e mais abertas ao diálogo constitucional.

Dentre o amplo leque de possíveis relacionamentos entre ordens jurídicas capazes de suscitar uma análise à luz do transconstitucionalismo, encontra-se o acoplamento entre a ordem jurídica internacional e a estatal, única a ser desenvolvida no presente trabalho considerando seu problema de estudo (a relação entre o ordenamento estatal brasileiro e o direito internacional penal do Tribunal Penal Internacional).

1.2. O acoplamento entre a ordem jurídica internacional e a nacional do ponto de vista do transconstitucionalismo

No contexto de relacionamento entre o direito internacional e o direito estatal, o surgimento de problemas constitucionais se dá quando mais de um tribunal (ou órgão congênere) reclama para si a competência de resolução do caso, sem que haja, necessariamente, uma norma apta a resolver o conflito positivo de competência ou, existindo tal regramento, não haja consenso em torno dela pelas cortes envolvidas (Neves, 2009).

Isso porque, nesse tipo de divergência, emergente no contexto de sociedade mundial multicêntrica, o centro de cada sistema jurídico —isso é, seus juízes e tribunais— enxerga o centro das demais ordens como sua periferia, a partir de uma pretensão de autonomia: para os juízes brasileiros, por exemplo, qualquer outro tribunal se qualifica como um ambiente periférico e vice-versa (Neves, 2009).

No âmbito do relacionamento entre normas internacionais e estatais, observa-se o reconhecimento do alcance internacional das normas constitucionais estatais e, ao mesmo tempo em que se visualiza o alcance constitucional das normas de direito internacional, de modo que o dito direito constitucional internacional deve ser compreendido como a “zona de tensão entre o direito estatal e o internacional”, mais precisamente na busca por respostas aos problemas constitucionais que surgem dessa concorrência na sociedade mundial contemporânea (Neves, 2009).

A negação de uma perspectiva hierárquica no relacionamento faz com que tal teoria não acate o uso dos critérios tradicionais de solução de antinomias (*lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* e *lex superior derogat legi inferiori*) nas situações envolvendo o direito internacional e o estatal, como se, juntas, as normas internacionais e nacionais compusessem uma mesma ordem jurídica estruturada em bases hierárquicas que, quando conflitantes, reclamam do único órgão dotado de competência para apreciar o conflito à aplicação das fórmulas clássicas.

E a razão da não incidência dessas regras se encontra no próprio enunciado: tais fórmulas se aplicam aos conflitos envolvendo questões contidas num mesmo sistema legal ou, excepcionalmente, quando admitida a existência de uma ordem superior aos sistemas dos problemas conflitantes capaz de dirimir, por força da hierarquia, a controvérsia (Michaels, 2019).

Destarte, uma teoria pautada no reconhecimento de um sistema jurídico multicêntrico e vocacionada à superação do modelo hierárquico de relação entre ordens jurídicas como é o caso do transconstitucionalismo não incorpora em sua matriz teórica a possibilidade de aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias normativas, diante da impossibilidade de reconhecer superioridade a uma delas. No caso do transconstitucionalismo aplicado ao relacionamento entre ordens estatal e internacional, a questão relevante repousa na disposição de aprendizado pelas duas partes envolvidas a ser concretizada pela “formação de uma rede transversal construtiva”, de modo a se rejeitar qualquer pretensão internacionalismo ou nacionalista (Neves, 2009, p. 149).

No âmbito do relacionamento entre direito internacional e direito estatal, Marcelo Neves não adere à ideia de um diálogo dito vertical,⁵ termo que poderia ensejar o reconhecimento de uma situação de hierarquia, preferindo falar que, nesses casos, há um entrelaçamento de ordens de diferentes tipos (Neves, 2009).

Dessa forma, não haveria um comprometimento com a padronização dos entendimentos, como pretende o *convergence model*, pelo qual os tribunais nacionais são visualizados como *loci* nos quais o direito internacional será implementado, mas, sim, o imperativo de um *engagement model*, segundo o qual as fontes externas (notadamente as jurisdicionais) desempenham o papel de interlocutor na construção da decisão nacional, por meio do oferecimento de maneiras de expor e testar as possibilidades de certo entendimento a partir do exame realizado por outros órgãos (Jackson, 2005).⁶

Assim, exige-se de ambas as ordens envolvidas —nacional e internacional— uma disposição progressiva rumo a um aprendizado e intercâmbio mútuos entre suas experiências, não no sentido de alcance de um meio-termo ou de um consenso

5 Aqui, Marcelo Neves se refere à classificação elaborada por Anne-Marie Slaughter (1994) acerca da comunicação transjudicial, a qual utiliza o critério da posição dos tribunais envolvidos: na comunicação horizontal, os tribunais envolvidos possuem o mesmo *status*, seja nacional ou supranacional, enquanto que a comunicação vertical se desenvolve entre um tribunal nacional e um outro supranacional.

6 Resumidamente, a classificação de Vicki C. Jackson (2005) quanto às relações entre constituições domésticas e as fontes do direito transnacional podem assumir três formas: um modelo de convergência, pelo qual há uma tentativa de convergir com o direito das outras nações; uma atitude de resistência, isso é, resistindo às influências externas; e, finalmente, um modelo de engajamento, que permite ser informado, embora não controlado, pelas considerações de outros sistemas legais e pelas questões por eles postas no momento de interpretação da própria constituição.

estático, mas objetivando a absorção das racionalidades específicas dessas duas perspectivas (Neves, 2009). Isso porque “sabe-se que a ocorrência de conflitos e colisões entre as diferentes ordens jurídicas são inevitáveis, e por vezes, guiadas pela ‘pretensão imperial’ de determinadas ‘formas de direito’ que buscam se expandir e se apropriar das demais formas jurídicas”, notadamente as mais frágeis (Elmauer, 2017, p. 107).

Nesse contexto, o transconstitucionalismo apresenta novas formas de enxergar o difícil relacionamento entre direito internacional e direito estatal a partir não mais de uma perspectiva hierárquica, mas partindo do reconhecimento de múltiplos centros de juridicidade que, a seu modo, contribuem para a formulação de respostas aos problemas envolvendo direitos humanos e separação de poderes surgidos da concorrência de regulações jurídicas para determinado fenômeno.

Concretamente, Marcelo Neves aponta como exemplo de transconstitucionalismo entre o direito internacional e o direito estatal brasileiro o julgamento dos RE 466.343/SP, RE 349.703/RS e HC 87.585/TO, no quais o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da alegada incompatibilidade entre o art. 7º(7) da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 5º, LXVII da Constituição Federal. Sobre o caso —no qual o julgamento do Tribunal foi pelo *status* supralegal da norma convencional, o que culminaria com eficácia paralitante da legislação legal sem alteração formal da Constituição— o autor comenta que, não obstante a adoção de uma solução restritiva em relação ao nível de validade interna da CADH, ainda assim a conclusão é positiva, tendo em vista que “parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas” (Neves, 2009, p. 146).⁷

No caso do acoplamento entre o direito internacional penal e o direito estatal, os problemas constitucionais daí decorrentes envolvem não só questões relacionadas ao exercício de sua jurisdição numa suposta concorrência com os tribunais estatais —matéria vinculada, pois, à separação de poderes—, mas engloba, também, pontos sensíveis aos direitos humanos/fundamentais, considerando que, lidando

7 Aqui, merece ser registrada a discordância do autor do presente escrito com a posição de Marcelo Neves. A razão da divergência repousa no fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não parece ter adotado uma racionalidade transversal no escopo de compatibilizar os dois ornamentos. Na verdade, parece mais ter havido a adoção pontual da tese de supralegalidade das normas convencionais para justificar, no caso, a prevalência, em termos práticos (hoje, a jurisprudência somente admite a prisão civil do dever de alimentos) da Convenção. Não houve a construção da identidade do dispositivo constitucional brasileiro a partir da observância de seus limites e possibilidades evidenciados pela identidade do comando convencional, como exige a racionalidade transversal. Em termos teóricos, prevaleceu a Constituição, que, conforme consta no acórdão, continua a gozar de primazia sobre o direito internacional.

com preceitos de direito penal internacional, sua atividade toca questões como possibilidade de prisão perpétua, admissão de extradição (caso a entrega seja a ela igualada), punição por crime previsto em tratado internacional, dentre outros.

2. A relação (ainda) “dualista” entre o Estatuto de Roma e o direito brasileiro

No contexto de busca pela paz e proteção dos direitos humanos, surge o Tribunal Penal Internacional como primeira Corte Criminal Internacional permanente, situado na Haia, nos Países Baixos, a partir do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, tendo entrado em vigor, nos termos do art. 126 do Estatuto, em 1º de julho de 2002, “primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação”. A 60ª ratificação foi feita simultaneamente por 10 (dez) países em 11 de abril de 2002.⁸

A concepção de um tribunal de competência penal de jurisdição extraestatal não decorre do Estatuto de Roma. Na verdade, a criação de uma corte penal permanente surge a partir da lacuna institucional sentida pelas Nações Unidas após as experiências, dentre outras, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, ambos com natureza de tribunais *ad hoc*.

Contudo, tais tribunais, pela sua própria estrutura e concepção, não se amoldavam ao ideal de uma jurisdição penal internacional universal,⁹ razão pela qual suas experiências, ainda que pioneiras, necessitavam de forte aprimoramento antes do estabelecimento de um verdadeiro direito internacional penal (Thevenard & Obregón, 2019).

Ainda que se admita, segundo a visão de alguns doutrinadores, o papel do Tribunal Militar Internacional, por exemplo, como um estágio anterior à criação de um tribunal penal internacional de vocação universal, deve-se reconhecer que o Tribunal de Nuremberg, enquanto corte de exceção, agia como jurisdição instalada pelos vencedores do conflito bélico que o antecedeu e por essas potências

8 Segundo consta no site oficial da Assembleia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional, ratificaram o Estatuto de Roma em 11 de abril de 2002: República Democrática do Congo, Níger, Camboja, Jordânia, Mongólia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Romênia, Eslováquia e Irlanda. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx. Acesso em 17 set 2019.

9 “El hecho de que el ECPI sea un acto legislativo de los Estados parte y no de la Comunidad Internacional como entidad independiente no significa que tanto el propio ECPI, como la CPI, no tengan una auténtica vocación universal y que con el paso del tiempo no puedan transformarse, respectivamente, en un verdadero acto legislativo, y órgano jurisdiccional, de dicha Comunidad Internacional. En este sentido, existen varios elementos tanto en el propio ECPI, como en su proceso de creación, que dan muestras inequívocas de esta vocación universal” (Olasolo et al., 2018).

era controlado, conforme consta no Tratado de Versalhes (que pretendia, dentre outras coisas, julgar o kaiser Guilherme II da Alemanha, o que não ocorreu em virtude da recusa dos Países Baixos em entregá-lo). Além do “receio político”, a resistência quanto à criação de uma jurisdição penal internacional também partia da concepção histórica de que as instâncias internacionais deveriam cuidar do julgamento de Estados, e não de indivíduos.

A ampliação do processo de responsabilidade penal internacional do indivíduo (iniciada com os julgamentos no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial) passa pela instituição do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que, diferentemente da experiência de Nuremberg, não se limitou à investigação dos oficiais da alta patente militar, mas cuidou, também, de investigar militares de baixo e médio escalão (Manguel, 2018).

Antes de seu efetivo estabelecimento, cogitaram-se três formas para a criação de um tribunal penal internacional: reforma na Carta das Nações Unidas para a inserção de um órgão principal de responsabilização individual; resolução do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral da ONU; e, finalmente, tratado multilateral, opção que acabou prevalecendo em virtude da prevalência de um órgão jurídico e imparcial, mas que trouxe consigo uma debilidade em seu funcionamento: o sistema de cooperação estatal (tema que será discutido posteriormente) (Olasolo et al., 2018).

Dessa forma, o Estatuto do Tribunal surge a partir da manifestação favorável de 120 países pela sua criação. Não obstante sua aprovação, as reuniões de discussão em torno do projeto de criação de um tribunal criminal internacional permanente como o TPI encontraram resistências em países contrários à sua criação, que exigiram uma série de ressalvas, de maneira a restringir a atuação do órgão contra seus nacionais, como é o caso dos Estados Unidos, que até hoje não ratificou o Estatuto de Roma.

Seu diferencial, intimamente atrelado às garantias fundamentais de natureza processual penal, é o respeito, advindo de seu atributo de permanência, à anterioridade da lei penal (Arruda & Mendes, 2016) —o Tribunal tem competências para crimes praticados anterior à entrada em vigor de seu Estatuto e que estejam nele definidos (competência material ou *ratione materiae*)— e de julgamento por um juiz natural —a autoridade judicial é estabelecida antes do cometimento do ilícito, e não depois (Delmas-Marty, 2017)—. Essa inovação do Estatuto de Roma, diferentemente dos Estatutos de tribunais penais internacionais anteriores, prevê um conjunto de princípios e regras de direito penal internacional (material e processual).

Houve, pois, uma tentativa de blindar o Tribunal de qualquer interferência política, objetivo que, embora não alcançado plenamente, conseguiu ser suavizado, de modo que o TPI, não obstante a relação que possui com a Organização das Nações Unidas (especialmente as faculdades do seu Conselho de Segurança previstas no Estatuto de Roma), não pretende ser um de seus órgãos, possuindo, dessa forma, personalidade jurídica própria. Assim, o Tribunal não possui vinculação com nenhum outro órgão da sociedade internacional que não a Assembleia dos Estados Partes, a quem compete a elaboração do Regulamento Processual e o seu financiamento.

Cumpre, desse modo, o TPI, função relevante na defesa dos direitos humanos, considerando que seu escopo principal é o de levar a cabo a persecução penal em face dos “responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário [de modo que] sejam julgados e sancionados, prevenindo assim crimes futuros” (Cançado Trindade, 2013, p. 32). Seu grande desafio, contudo, permanece: impor bases sólidas à inauguração de um novo marco no direito penal internacional, o que somente poderá ser feito com a cooperação dos Estados signatários de seu Estatuto.

2.1. A relação entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados membros no Estatuto de Roma

A construção do direito penal Internacional no âmbito do TPI tem se revelado como arrimada em dois princípios previstos no Estatuto de Roma que estabelecem a primazia do julgamento dos crimes de competência do Tribunal pelos Estados e, no caso de acionamento da jurisdição do TPI, garante-lhe os mecanismos necessários ao exercício da função judicante. São eles, respectivamente, os princípios da complementariedade e da cooperação.

Seu ato de criação designa um fundamental vetor na condução de seus trabalhos, o princípio da complementariedade, segundo o qual a competência do Tribunal será exercida de modo complementar à jurisdição dos Estados, que permanecem como detentores da responsabilidade primaz de perseguir criminalmente os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade. Ou seja, a atuação do Tribunal Penal de Haia somente deve ser iniciada quando atendidas as condições previstas na norma que o instituiu. Trata-se, pois, da superação do artigo 9 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, segundo o qual a jurisdição internacional gozaria de primazia sobre a nacional (Manguel, 2018).

Nesse sentido, vale destacar a previsão contida no Estatuto de Roma segundo a qual o Estado poderá opor-se, perante o Tribunal, à admissibilidade da causa,

tomando, dessa forma, parte no procedimento para alegar que está investigando ou julgando o caso ou que já o fez. Isso porque, seguindo o princípio da complementariedade de jurisdição, insculpido no § 10º de seu preâmbulo¹⁰ e em seu art. 1º,¹¹ o Estatuto de Roma, no art. 17, n. 1,¹² prevê, dentre outras, hipóteses em que o resultado do exame de admissibilidade da causa perante o Tribunal deverá ser negativo em virtude de conflito entre as jurisdições do TPI e do Poder Judiciário do Estado parte ao qual couber a responsabilização pelo crime que se averigua, numa nítida primazia do julgamento perante o órgão jurisdicional nacional em detrimento do Tribunal Penal Internacional.

As hipóteses são as seguintes: a) o Estado investigar o delito no momento do ajuizamento da ação perante o Tribunal (seja em via inquisitorial ou processual); b) o Estado já ter procedido a inquérito e tiver decidido não levar a cabo o processo penal; c) o Estado já ter procedido com o julgamento da causa; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Destaque-se que, nas três primeiras hipóteses, o próprio Estatuto prevê que o Tribunal, não obstante a constatação das situações elencadas, exercerá seu papel jurisdicional, quando averiguada a omissão proposital ou a incapacidade do Estado em levar a cabo a investigação e conseqüente apuração processual dos crimes previstos em seu art. 5º. É a chamada excepcionalidade das circunstâncias que justificam o “acionamento” da jurisdição complementar do TPI (Cançado Trindade, 2013).

São essas as situações que legitimam juridicamente o exercício da função judicante do Tribunal Penal Internacional, em complementariedade à jurisdição nacional que, por razões distintas, pode ter se revelado negligente com a tarefa de proceder à atividade jurisdicional sobre a apuração do suposto crime cometido, ou, ainda, ter se mostrado incapaz de levar a cabo a persecução criminal. Além

10 “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”.

11 “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (‘o Tribunal’). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e **será complementar às jurisdições penais nacionais**. A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se-ão pelo presente Estatuto” (grifos nossos).

12 “1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3 do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal”.

disso, observa-se que não haverá exercício de sua jurisdição quando o “caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal” (art. 17(1) (d) do Estatuto de Roma).¹³ Será o próprio TPI que, exercendo a *compétence de la compétence*, indicará se possui ou não jurisdição para aquele caso concreto a partir das disposições contidas no Estatuto de Roma sobre sua jurisdição.¹⁴

Com efeito, o Tribunal Penal Internacional não tem por vocação a exclusão da competência dos tribunais nacionais ou o menosprezo aos direitos dos Estados, de modo que sua missão é a de completar as jurisdições nacionais dos que ratificaram o Estatuto de Roma, bem como os procedimentos para a cooperação jurídica internacional em assuntos penais, surgindo competência para julgamento quando o “Estado não reivindicar sua jurisdição ou for incapaz de exercê-la” (Bedin & Leves, 2018, p. 253). Dessa forma, pode-se afirmar que a *raison d'être* do direito internacional penal como um todo “is to help combat a particular sort of unwillingness and inability that often prevent states from prosecuting the most serious crimes” (Greenawalt, 2020, pp. 315-316).

Destarte, em observância ao princípio da complementariedade que rege o TPI, sua jurisdição não é concorrente (plano horizontal), tampouco superior (eixo vertical) à dos Estados partes de seu Estatuto, mas, sim, complementar. Vale dizer que num primeiro momento o Tribunal sequer terá competência para agir, o que somente surgirá quando concretizadas alguma das hipóteses de falimento ou omissão; ou seja, sua jurisdição somente surge com a superveniência de uma das situações elencadas no art. 17 do Estatuto de Roma, e não com a ocorrência do crime.

Assim, pode-se imaginar o Tribunal Penal Internacional como um mecanismo autônomo criado pelo Estatuto de Roma e apartado do Poder Judiciário dos Estados que será acionado nas hipóteses de falimento ou omissão desses sistemas judiciais internos, momento a partir do qual ele passa a complementar a estrutura jurisdicional dos Estados, ainda que não seja formalmente órgão integrante de nenhum sistema de justiça doméstico. Dessa forma, o empenho dos Estados partes e sua

13 “At the ICC, for instance, there is both the complementarity requirement, and a separate, standalone gravity requirement demanding that all ICC cases involve conduct ‘of sufficient gravity to justify further action by the Court’. Remarkably, this dual demand —that the ICC pursue only the most serious cases that are not effectively being addressed by domestic authorities— provides on its own a fairly coherent account of why ICL exists in the first instance, and so inevitably these requirements both complement and compete for primacy with the elements of the particular crimes themselves” (Greenawalt, 2020, p. 315).

14 “As this Chamber has highlighted in the past, it is a well-known and fundamental principle that any judicial body, including any international tribunal, retains the power and the duty to determine the boundaries of its own jurisdiction and competence. Such a power and duty, commonly referred to as ‘Kompetenz-Kompetenz’ in German and ‘la compétence de la compétence’ in French, is enshrined in the first sentence of article 19(1), which provides that ‘the Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it’” (*The Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okit Odhiambo, Dominic Ongwen*, 2009).

capacidade de investigação e punição dos responsáveis por crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão mantém inerte o exercício da jurisdição criminal pelo Tribunal Penal Internacional.

Ademais, como consequência do princípio da complementariedade, os Estados partes se encontram no dever de adequar seus ordenamentos jurídicos, incorporando aos seus sistemas jurídicos as infrações previstas no Estatuto de Roma, bem como prevendo procedimentos adequados de julgamento de maneira a possibilitar a persecução desses crimes, inclusive com o auxílio das instituições internacionais, notadamente o próprio TPI (Delmas-Marty, 2017); do contrário, o TPI poderia exercer sua competência a mercê da carência ou omissão da legislação interna.

O princípio da complementariedade, regente da jurisdição do TPI, além de possuir o caráter injuntivo, também contribuiu para a aceitação da própria ideia de criação de um tribunal internacional penal permanente, tendo em vista que a primazia do julgamento dos indivíduos infratores permanece a cargo das jurisdições nacionais, caráter que o difere dos tribunais *ad hoc* (Meneghello & Cardia, 2016).

Em síntese, vigora o seguinte raciocínio: no escopo de evitar o acionamento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional por crimes cometidos em seu território, os Estados buscarão adotar medidas que aperfeiçoem suas leis penais e processuais penais de modo a munir seus juízes e tribunais com ferramentas legislativas capazes de licitamente percorrer todas as etapas da persecução penal à luz dos direitos e garantias fundamentais atinentes às penas e ao processo.

Todavia, mesmo gozando dos atributos de permanência e independência, a recente instituição do Tribunal Penal Internacional é uma realidade que carece de ajustes e aprimoramentos, mormente porque ainda encontra resistência de alguns países que insistem em encará-lo como um suposto violador de suas soberanias.

Com efeito, não obstante o Tribunal represente um avanço no combate à impunidade dos crimes que mais gravemente atentam contra os direitos humanos, sua arquitetura jurídica e institucional somente será eficazmente posta em prática se contar com a cooperação dos signatários do Estatuto que lhe deu origem.

No escopo de emprestar o maior grau possível de tangibilidade ao dever geral de cooperação imposto pelo próprio tratado aos seus signatários, os Estados partes da Conferência de Roma se obrigaram a prever, em suas legislações, procedimentos concretos no intuito de fornecer respostas aos pedidos de cooperação formulados pelo Tribunal.¹⁵ Isso porque, além do cumprimento de uma obrigação assumida

15 “Artigo 86. Obrigação Geral de Cooperar. Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”.

internacionalmente (*pacta sunt servanda*), a própria dinâmica de atuação do TPI exige dos Estados partes do Estatuto de Roma a cooperação necessária para fazer valer suas decisões, tendo em vista a inexistência de uma polícia judiciária capaz de conceder *enforcement* às suas decisões (Brant & Biazatti, 2017). Mais, envolve também o próprio exercício das funções de investigação desempenhadas pela Procuradoria do Tribunal. Além disso, as dificuldades causadas pelo distanciamento entre a sede do TPI e o local de ocorrência dos delitos podem ser mais facilmente superadas a partir do engajamento dos Estados membros.

Para tanto, verifica-se que a cooperação jurídica entre o Tribunal e determinado Estado parte, será tão mais eficazmente concretizada quanto o respectivo direito interno esteja de acordo com as disposições do Estatuto de Roma e desprovido de óbices instrumentais e procedimentais de caráter legal que inviabilizem a apreciação ou a concessão dos pedidos formulados pelo Tribunal. Tal dever —de adequação da legislação processual penal de um Estado parte sujeito à jurisdição do Tribunal às exigências previstas no Estatuto de Roma— concorre para evitar a criação de regimes jurídicos conflitantes que culminem por obstar a atividade judicante do TPI.

Tal mandamento decorre, ainda, da situação fática de monopólio do poder coercitivo do qual dispõe os Estados dentro de seus territórios, especialmente a força policial necessária para produção de provas, realização de diligências, cumprimento de mandados de prisão e garantia de execução das penas eventualmente impostas pelo Tribunal.

A cooperação necessária entre o TPI e seus Estados partes se manifesta —de maneira essencial, diga-se— na entrega de pessoas contra quem haja mandado de prisão expedido por uma das Câmaras do Tribunal. Isso porque o dever de entrega de investigados se encontra contido na obrigação geral dos Estados partes de cooperação plena com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de sua competência, nos termos do art. 86 do Estatuto de Roma. Dessa forma, a adaptação da legislação dos Estados partes do TPI também tem por função garantir a operacionalização interna dos pedidos formulados pelo Tribunal, especialmente se se considera que, diante de o TPI não julgar à revelia, réus foragidos obstem o início da fase de julgamento (artigo 63).

Dessa forma, duas conclusões surgem: a primeira diz respeito à adaptação da legislação interna dos Estados partes ao Estatuto de Roma, que não pode ser encarado como uma simples faculdade dos Estados partes, mas, sim, de uma obrigação de dupla natureza: constitucional e convencional;¹⁶ a segunda se relaciona à mar-

16 O Brasil —tal qual a França (cujo ordenamento jurídico foi tomado como parâmetro para a obra utilizada como referência)— está duplamente sujeito ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: além

gem de discricionariedade do legislador nacional, que, contrariamente ao que se poderia pensar *prima facie*, não goza de espaço de manobra amplo que lhe autorize a imprimir sua própria visão de crimes internacionais em sua legislação, mas o autoriza a dispor sobre o procedimento interno dos pedidos de cooperação, desde que não frustrem a atuação do Tribunal (Brant & Biazzi, 2017).

Acerca desse último ponto, destaque-se que a proteção conferida pelos Estados signatários do Estatuto de Roma deve ter nele seu parâmetro mínimo e seu limite, seu ponto de partida para eventuais acréscimos a serem implementados pela legislação interna, mas observando e respeitando as disposições estabelecidas no tratado constitutivo do TPI.

Nesse sentido, verifica-se que ambos os princípios —complementariedade e cooperação— exigem dos Estados partes do Estatuto de Roma uma postura proativa no sentido de adaptação da respectiva legislação nacional, no escopo de garantir o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional em caso de seu acionamento. Tal missão, contudo, resta fortemente influenciada pela realidade política e pela cultura jurídica de cada Estado. Daí decorre a afirmação de que “in the current days, the ICC appears as one of the actors whose success depends, largely, on its articulation, among others, with national actors” (Acosta Alvarado, 2014).

A ação desses fatores resulta na forma como se enxerga a jurisdição do TPI, bem como implica diretamente no conteúdo das reformas legislativas a serem levadas a cabo no intuito de preservar a eficácia das disposições do Estatuto de Roma e garantir o exercício da atividade judicante do Tribunal, levando-se em consideração sua hierarquia (do Estatuto) na ordem jurídica nacional.

2.2. A hierarquia do Estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira

O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de fevereiro de 2000, tendo, após a aprovação do Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo 112, de 6 de junho de 2002 —conforme exigência constitucional do art. 49, I—, sido ratificado em 20 de junho de 2002.¹⁷ Internamente, sua execução foi determinada pelo Decreto 4388, de 25 de setembro de 2002.

Diferentemente de outros tratados internacionais, o Estatuto de Roma não tem por escopo a catalogação de direitos reconhecidos pela comunidade internacional aos indivíduos a serem aplicados pelos órgãos administrativos e jurisdicionais dos

da obrigação convencional assumida perante a sociedade internacional, a Constituição Federal de 1998, desde a EC 45/04, prevê expressamente a possibilidade de o País sujeitar-se à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, como é o caso do TPI do Estatuto de Roma.

17 Datas de assinatura e ratificação obtidas no site da *United Nations Treaty Collection*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en. Acesso em 23 nov 2019.

Estados signatários. Trata-se, na verdade, da instituição de um órgão jurisdicional de vocação universal apto a julgar de maneira imparcial (mediante prévia atribuição de competência) os crimes previstos em seu Estatuto, que atentam contra o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, de modo que as disposições do Estatuto de Roma servem como forma de limitar a atuação jurisdicional do próprio Tribunal Penal Internacional, com a finalidade de evitar um julgamento arbitrário, uma sentença ilegítima e um procedimento inquisitivo.

Assim, apesar de sua atuação na defesa dos direitos humanos,¹⁸ o que acabaria por classificá-lo como tratado internacional de direitos humanos recepcionado pelo quórum ordinário (com valor supralegal, portanto), o Estatuto de Roma age por um caminho distinto dos demais tratados (que declaram direitos conferidos aos cidadãos cuja observância constitui dever dos Estados): institui um órgão competente para julgar os crimes mais graves na hipótese de impotência das justiças nacionais. Tal escolha não é menos legítima e é, inclusive, desejada, diante das experiências históricas que mostram uma atuação de tribunais internacionais criminais por vezes comprometida com os vencedores das disputas que os antecederam.

No Brasil, pairam dúvidas sobre seu enquadramento ou não na previsão formulada pelo art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual “o Brasil pugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”, exatamente pela “formulação tecnicamente infeliz” do dispositivo (Sabadell & Dimoulis, 2010, p. 162), do qual não se extrai o conceito de “tribunal internacional de direitos humanos”: apenas o são os tribunais que possuem competência para condenar Estados pela violação de direitos humanos e garantir sua observância ou também se encaixam nessa previsão os tribunais —tal qual o TPI— que pune indivíduos pela prática de crimes que atentam contra os valores internacionais intrinsecamente vinculados aos direitos humanos?

Tal discussão é relevante tendo em vista que, caso se reconheça o enquadramento do TPI como tribunal internacional de direitos humanos, ele passa a gozar de assento constitucional em norma originária (tais normas não são passíveis de controle de constitucionalidade), e não apenas no dispositivo inserido no art. 5º da Constituição Federal pela EC 45/04.¹⁹ Nesse contexto, o debate acerca da hierarquia

18 No caso do TPI, a atuação é repressiva, partindo da punição individual dos agentes que violam, mediante condutas enquadradas nos tipos penais do Estatuto de Roma, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos.

19 Não se nega o valor constitucional da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 4º do art. 5º da Constituição Federal. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, as emendas constitucionais podem ter sua constitucionalidade questionada, a partir do parâmetro das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, *cf.*). Assim, há de se ter em mente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade do § 4º do art. 5º, inserido no texto da Constituição Federal pela EC 45/2004.

do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro ganha relevância quando se verifica que o reconhecimento de incompatibilidades entre seu texto e a Constituição Federal pode obstar a cooperação do país com o Tribunal (e consequentemente a própria atuação do TPI). É o que pode vir a acontecer (dependendo da teoria hierárquica adotada para inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro) caso se entenda que os direitos e garantias constitucionalmente previstos para o processo penal e a aplicação da pena pelos tribunais nacionais são restringidos pelas previsões do direito penal internacional.

Isso porque tal reconhecimento esbarra, na maioria das vezes, nas cláusulas pétreas, contidas no art. 60, § 4º da Constituição, de modo a prejudicar qualquer procedimento tendente a viabilizar a atuação de um órgão jurisdicional (ainda que internacional) que manifestamente não observará os direitos e garantias constitucionalmente previstos, como é o caso da possibilidade de prisão perpétua e de entrega de nacionais (ainda que se a diferencie da extradição) previstos no Estatuto de Roma.

Diante dessas considerações, a única teoria que parece garantir a prevalência do Estatuto de Roma é a que lhe confere valor supraconstitucional, a qual é adotada com base na conjugação dos art. 5º, §§ 2º e 4º da Constituição Federal com o art. 7º do Ato das Disposições Transitórias.

A suficiência do § 4º do art. 5º da CF não é pacífica e, no despacho proferido pelo Min. Celso de Mello nos autos da Petição 4.625-1/República do Sudão —a qual será tratada detalhadamente em tópico posterior—, restou consignada a passível de decretação de sua inconstitucionalidade, exatamente pela não observância das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição. Tal tentativa —de “constitucionalizar” genericamente o Estatuto de Roma pela inserção de um dispositivo na Constituição prevendo a sujeição do Brasil a tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão— é similar à dinâmica francesa de incorporação do Estatuto.²⁰

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente ao valor hierárquico dos tratados internacionais não admite tal hipótese. No máximo, o Supremo Tribunal Federal confere valor de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5 da CF. Nos demais casos (de não observância do quórum qualificado de aprovação congressional), o STF empresta valor supralegal caso o tratado envolva direitos

20 A diferença, contudo, reside no fato de que, na França, já existe uma decisão do seu Conselho Constitucional acerca das incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a Constituição da Vª República. Contudo, conforme previsto na própria decisão, tais pontos restariam superados com a reforma da Constituição, levada a cabo pela promulgação da Lei Constitucional 99-568 de 1999, que introduziu na Constituição o art. 53-2, segundo o qual o Estado francês pode reconhecer a jurisdição do TPI nos termos do Estatuto de Roma.

humanos e, nas hipóteses restantes, confere paridade entre tratado internacional e lei ordinária. Não obstante a “constitucionalização” da sujeição do Brasil à jurisdição do TPI pela inserção do § 4º ao art. 5º da CF, o Estatuto de Roma não foi recepcionado com quórum qualificado, restando-lhe, pois, duas possíveis vias: caso o Supremo Tribunal Federal entenda que suas disposições dizem respeito a direitos humanos, conferir-se-á *status* supralegal ao Estatuto; do contrário, ser-lhe-á aplicada a tese da paridade normativa entre tratados internacionais e legislação ordinária federal.

Independentemente da tese adotada entre essas duas últimas, questões controvertidas surgem a partir da incorporação do Estatuto de Roma do TPI ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente envolvendo disposições constitucionais.

2.3. Impactos constitucionais do Estatuto de Roma no direito brasileiro

Diferentemente de outros países que já contam com uma legislação própria acerca da cooperação com o Tribunal Penal Internacional (como Bélgica²¹ e França,²² na Europa, e Argentina²³ e Uruguai,²⁴ na América Latina), o Brasil ainda não aprovou nenhuma lei sobre a matéria (ainda que tramitem no Congresso Nacional dois projetos de lei nesse sentido: o PL 4038/08, de autoria da Presidência da República, e o PL 301/2007, oriundo do próprio Poder Legislativo).

Não obstante a inexistência de uma lei específica disciplinando a relação entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional —mais especificamente as formas de cooperação—, já tramita perante o Supremo Tribunal Federal pedido de entrega formulado pelo TPI no ano de 2009 no caso envolvendo o presidente sudanês Omar Al-Bashir. Ainda que não haja uma decisão colegiada acerca do mérito do pedido, o despacho assinado pelo Ministro Celso de Mello aponta alguns pontos que podem ser levantados quando da análise pelo Plenário do Tribunal ou pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação obrigatória.

Na Petição 4625-1/República do Sudão (rel. Min. Rosa Weber), por meio da qual o TPI, no uso das atribuições que lhe confere o art. 89(1) do Estatuto de Roma, solicitou ao Governo da República Federativa do Brasil a detenção e posterior entrega do

21 Loi concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationaux du 29 mars 2004. Disponível em: http://www.etaamb.be/fr/loi-du-29-mars-2004_n2004009246.html. Acesso em 17 set 2019.

22 Loi 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000776756&categorieLien=id>. Acesso em 16 set 2019.

23 Ley 26.200, enero 5 2007 - Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>. Acesso em 17 set 2019.

24 Ley 18.026 - Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9940348.htm>. Acesso em 17 set 2019.

Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir, para julgamento perante o Tribunal, o despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello²⁵ apontou alguns pontos tidos por polêmicos sobre a relação entre TPI e o Brasil: a) necessidade de estabelecimento, pelos Estados partes, de procedimentos para viabilização das formas de cooperação previstas no Estatuto de Roma; b) cláusula da irrelevância da qualidade oficial do agente; c) distinção entre extradição e entrega.

Sobre o primeiro ponto, o despacho consigna o dever previsto pelo Estatuto de Roma dirigido aos Estados partes acerca da necessidade de estabelecimento, pelo direito interno, de procedimentos aplicáveis ao processamento das formas de cooperação com o Tribunal, de modo a “viabilizar a sua integral aplicação no âmbito interno dos Estados nacionais que hajam subscrito ou aderido a essa convenção multilateral”. Em seguida, menciona a existência do Projeto de Lei 4038/08,²⁶ encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República, que, dentre outros pontos, dispõe sobre a cooperação com o TPI.

Acerca do segundo ponto, consta no despacho digressão sobre a cláusula de irrelevância absoluta da qualidade oficial do autor dos crimes (artigo 27), exatamente por ser o caso que ensejou o pedido de colaboração encaminhado ao Brasil pelo Tribunal: a detenção e posterior entrega do Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir.

Na oportunidade, restou apontada no despacho a aparente superação do dogma clássico de direito internacional público de imunidade absoluta dos mandatários de função oficial estatal (reafirmado pela Corte Internacional de Justiça no *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, República Democrática do Congo v. Bélgica, julgado em 14 de fevereiro de 2002, que reconheceu a violação, por um juiz de instrução belga, da imunidade penal absoluta do ministro de negócios estrangeiros congolês, conforme prevê o costume internacional, pela emissão de um mandado de prisão a ele dirigido) pelo artigo 27 do Estatuto de Roma.²⁷

25 Na oportunidade, o STF se encontrava em recesso, cabendo, nesses casos, à Presidência da Corte a análise dos processos que reclamassem urgência. Contudo, diante da ausência simultânea dos Presidente e Vice-Presidente do Tribunal na ocasião, coube ao Ministro Celso de Mello, Decano, analisar o pleito encaminhado pelo Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 37, I, do Regimento Interno do STF.

26 O projeto se encontra pronto para apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, segundo informação constante em seu site (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>). Acesso em 1 ago 2020.

27 E outra não poderia ter sido a conclusão adotada, considerando que o julgamento do caso Congo v. Bélgica pela Corte Internacional de Justiça não se pautou na imunidade de um mandatário de cargo oficial para julgamento perante um tribunal internacional de natureza criminal, mas, sim, por uma corte de um Estado que, unilateralmente, concedeu-se jurisdição universal para processamento de ações relativas a crimes internacionais. Na verdade, seria um contrassenso do direito internacional assumir para si a proteção dos direitos humanos —por meio da tipificação de crimes internacionais, inclusive— e, ao mesmo tempo, reconhecer a imunidade dos acusados do cometimento de tais crimes.

No caso específico do TPI, não há que se falar em aplicação da imunidade jurisdicional dos agentes oficiais —incluindo Chefes de Estado²⁸— prevista pelo direito internacional consuetudinário por manifesta expressão do Estatuto de Roma em sentido contrário, por meio de seu art. 27. Não obstante a previsão do art. 98 do Estatuto de Roma —que poderia afastar o dever dos Estados signatários de cooperar com o Tribunal considerando que a República do Sudão não é parte do Estatuto, o que geraria a manutenção, à luz do direito internacional consuetudinário, da imunidade de seu presidente—, impende consignar que, em tendo o caso do presidente Omar Al-Bashir sido submetido à jurisdição do TPI por resolução do Conselho de Segurança da ONU, não resta ele protegido pelo manto da imunidade de agente oficial, haja vista que tal garantia seria incompatível com a manifestação de vontade do Conselho em vê-lo julgado pelo Tribunal (Brant & Biazatti, 2017).

No que diz respeito ao terceiro ponto, o Ministro Celso de Mello, acerca da distinção entre entrega (“*surrender*”) e extradição, reconheceu a distinção existente entre tais institutos, tendo consignado que “embora a entrega de determinada pessoa constitua resultado comum a ambos os institutos, [...] há, dentre outros, um elemento de relevo que os diferencia no plano conceitual, eis que a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais”.

Assim, embora reconheça o resultado prático comum —isso é, o julgamento por um órgão judicial alheio ao Poder Judiciário nacional—, a diferença na origem dos pedidos implica no reconhecimento de uma diferença na essência dos institutos. Conforme restou destacado no despacho, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a extradição “faz instaurar uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade, formularem pleitos de natureza extradicional”.²⁹

Após reconhecer a legitimidade exclusiva dos Estados na formulação dos pedidos de extradição e destacar a personalidade jurídica internacional do TPI —que não se confunde com o elemento de estatalidade dos Estados—, o Ministro Celso de Mello

28 Sobre a compatibilidade do regime de irrelevância da qualidade oficial dos agentes previsto no Estatuto de Roma com as disposições corriqueiramente previstas em Constituições estatais acerca da imunidade dos Chefes de Estado e outros agentes públicos de alto escalão, vale destacar a conclusão a que chegou a Corte Constitucional da Ucrânia: “Provisions of the Statute do not prohibit establishment and do not cancel provisions of Ukraine’s Constitution referring to immunity of people’s deputies of Ukraine, those of President of Ukraine and judges, and only result from the fact, that immunity of these persons concerns national jurisdiction and may not be an obstacle to exercise jurisdiction by International criminal court related to those of them, who committed crimes, stipulated by the Statute” (tradução não oficial disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/0/11D83B3284A5CC4FC1256BC2004EABFA>). Acesso em 1 ago 2020.

29 Aqui, o Ministro Celso de Mello se refere à Extradição 955/DF (j. 17.12.2004, rel. Min. Celso de Mello, DJE 1.2.2005), onde o STF, diante da ausência do elemento de estatalidade, não conheceu de pedido de extradição formulado por particular, reputando-o carente de legitimidade ativa para manejar a jurisdição do Tribunal por pedido de extradição.

aponta as definições conceituais dos institutos previstas no Estatuto de Roma (art. 102, “a” e “b”) para, acatando tal distinção, examinar o pedido encaminhado ao STF pelo Tribunal por meio do Governo federal, tendo, ao final, remetido os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação antes da tomada de decisão.

Ademais, ainda no que diz respeito à distinção entrega e extradição, cumpre destacar que, no caso dos pedidos formulados pelo TPI, existe uma maior segurança jurídica quanto aos fundamentos jurídicos do mandado de prisão, considerando que o procedimento internacional do Tribunal respeita os mais altos padrões internacionais de respeito ao devido processo legal, qualificação que o difere dos tribunais *ad hoc* que o antecederam (Delmas-Marty, 2017).

Outra distinção entre entrega e extradição reside no fato de que, enquanto nesse último há uma relação de horizontalidade —e igualdade, portanto— entre os envolvidos (Estados soberanos), o primeiro pressupõe uma lógica vertical, segundo a qual os Estados têm, por manifestação voluntária de sua expressão, a obrigação de cooperar com o TPI por meio da entrega dos indivíduos requeridos pelo Tribunal (Brant & Biazatti, 2017).

Destaque-se, ainda, que não apenas no âmbito doméstico, mas também no seio do próprio TPI, o caso do presidente sudanês é emblemático e ilustra paradigmaticamente a necessidade de colaboração dos Estados partes e as sérias consequências da adoção de condutas incompatíveis com essa obrigação geral pelos signatários do Estatuto de Roma. No caso Omar Al-Bashir, a situação envolve uma série de viagens pelo continente africano (Chade, Quênia, Djibuti, Malawi, Congo e África do Sul) sem que as autoridades locais de cada um dos países por onde ele esteve tenham empreendido esforços em prendê-lo para ulterior envio à Haia (Brant & Biazatti, 2017).

Por fim, pontue-se, também, a necessária análise acerca da possibilidade de instauração de persecução criminal por delito tipificado no Estatuto de Roma —tratado internacional, portanto— à luz do princípio da reserva legal previsto no art. 5º, XXXIX, CF, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal discussão exigiria o reconhecimento de que o Estatuto de Roma, ainda que não seja norma legal em sentido estrito, preenche os critérios de definição clara da conduta à qual se imputa a penalidade e que tal pena se encontra juridicamente limitada. Ademais, ainda que tenha sido incorporada mediante decreto legislativo, sua votação se deu pelo mesmo quórum exigido para aprovação de uma lei (maioria simples presente a maioria absoluta), contou com a participação do Presidente da República (inclusive duas vezes: por ocasião da assinatura e da ratificação do

tratado) e, nos termos da mesma jurisprudência do STF, tratados gozam de, no mínimo, *status* normativo de lei ordinária.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal deveria alterar sua orientação firmada no julgamento do AgRg em RHC 121.835/PE (j. 13.10.2015, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma DJe 23.11.2015) de modo a admitir a possibilidade de tipificação penal em norma internacional, ou pelo reconhecimento de que o Estatuto de Roma, diferentemente de outros tratados, atende aos preceitos constitucionais de cominação de pena e tipificação de crime.³⁰ Outros pontos, embora não enfrentados, foram listados pelo signatário do despacho, dentre os quais consta a estipulação, pelo Estatuto de Roma, da pena de prisão perpétua, “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”, conforme dispõe o seu artigo 77(1)(b).

3. Compatibilizando a questão da prisão perpétua à luz do transconstitucionalismo

Tal previsão, numa perspectiva clássica (leia-se hierárquica) contrasta com a vedação contida no art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal, segundo o qual “não haverá penas: [...] de caráter perpétuo”. Nesse sentido, diante do valor normativo limitado dos tratados internacionais no Brasil —cuja Suprema Corte não reconhece valor supraconstitucional a nenhuma norma de direito internacional— e à luz do critério hierárquico de resolução de antinomias, a aplicação do paradigma clássico a tal problema constitucional poderia culminar por obstar a cooperação do Estado brasileiro com o Tribunal Penal Internacional.

Tal compreensão deveria partir, ainda, do reconhecimento de que a vedação constitucional contida no art. 5º, XLVII, “b”, CF, impede não apenas o legislador brasileiro de instituir tal penalidade (prisão perpétua, conforme faz o Estatuto de Roma), mas também prejudicaria eventual pedido de cooperação formulado pelo Tribunal a algum órgão brasileiro (notadamente ao Supremo Tribunal Federal).

30 Curiosamente, A. L. Sabadell e D. Dimoulis (2010) se valem (em uma análise que não contempla a tese da supralegalidade, restringindo-se a conferir ao Estatuto de Roma hierarquia constitucional ou legal) do argumento da similitude do procedimento de incorporação para defender a possibilidade de lei ordinária revogar tratado internacional. Pelos mesmos fundamentos, contudo, enxergamos possível a tipificação de crimes por tratados internacionais, considerando, ainda, no caso particular do direito internacional, a tripla manifestação do Presidente da República (assinatura do tratado, sua ratificação e a promulgação do decreto presidencial de execução) e o engajamento da sociedade internacional no seu processo criador. A manifestação congressual sob forma de Projeto de Lei ou de Projeto de Decreto Legislativo passa a ser, nesse ponto, irrelevante, pois, diferentemente do que ocorreria com um PDL tradicional, nos casos de aprovação de tratado internacional, a Presidência da República é instada a se manifestar uma vez em momento anterior (assinatura) e duas vezes posteriormente (ratificação e execução).

A concretização de tal problema (até agora hipotético) redundaria, eventualmente, no seguinte cenário (igualmente hipotético, por enquanto): encaminhado pedido de cooperação consistente na prisão e entrega de brasileiro nato ao Tribunal Penal Internacional para julgamento por um dos crimes de sua competência, o Supremo Tribunal Federal se negaria a atender ao pleito, ao fundamento de que a Constituição Federal proíbe a aplicação de umas das penalidades previstas no Estatuto de Roma, a saber, a pena de prisão perpétua.

Pari passu, o Tribunal Penal Internacional, invocando sua competência estatutária, elaboraria, conforme disposição do artigo 77(1)(b) do Estatuto de Roma e nos termos do artigo 87(7), um relatório dando conta do descumprimento do pedido de cooperação e encaminhá-lo-ia à Assembleia dos Estados Partes (ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, quando a submissão do caso tiver sido por ele formulada), que o examinaria em conformidade com o artigo 112(2)(f).

Surge, assim, o seguinte conflito – no mínimo paradoxal: o Brasil, invocando as disposições de sua Constituição Federal, obsta o seguimento ao pedido de cooperação formulado pelo TPI que, a seu turno, elabora, por tal recusa, relatório dirigido à Assembleia dos Estados Partes, para que o examine e, eventualmente, aplique-lhe sanções (ainda que o Estatuto de Roma não as indique pormenorizadamente).

Esse cenário hipotético ilustra a limitação do paradigma hierárquico quanto à resolução de problemas normativos envolvendo ordens jurídicas distintas e tribunais diversos (no caso, um de ordem estatal e outro internacional), oportunidade na qual cada um deles reclama para si a palavra final acerca de determinado dispositivo de análise comum a eles, restando ao outro uma posição periférica (Neves, 2009).

Nesse contexto, o transconstitucionalismo (e seu fundamento heterárquico) se apresenta como alternativa à perspectiva clássica, ofertando premissas para a construção de bases teóricas para uma nova visão acerca do relacionamento entre ordens jurídicas (notadamente, para o presente trabalho, direito estatal e direito internacional).

Entretanto, falta-lhe uma metodologia bem definida a ser empregada em sua aplicação, no escopo não de afastar uma total incerteza acerca dos resultados — que permanece—, mas de garantir a “indispensável a reconstrução permanente da ‘identidade constitucional’ por força de uma consideração permanente da alteridade” (Neves, 2009, p. 272), evitando-se, inclusive, os casos de bloqueios recíprocos na resolução dos problemas constitucionais (Neves, 2009).

Tal problema não é próprio do transconstitucionalismo. No geral, o problema da colisão entre soluções jurisdicionais envolvendo tribunais de ordens diversas

e bases normativas distintas (notadamente um órgão nacional e outro transnacional) parece se afastar de um “jogo binário de prevalências” e caminhar rumo à exigência de um ônus argumentativo mais robusto na resolução de problemas envolvendo, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais, negando-se a existência de uma vinculação simples e direta e se aproximando do reconhecimento da necessidade de impor racionalidade a uma decisão judicial que eventualmente rejeite a fundamentação de outra de nível transnacional no escopo de possibilitar um diálogo intersubjetivo (Silva, 2010). Ou seja, exige-se a fixação de parâmetros e o esboço de uma metodologia própria.

Acerca do caso concreto anteriormente indicado —a questão da prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma e sua vedação na Constituição Federal brasileira—, é possível apontar tecer algumas considerações sobre sua resolução à luz do transconstitucionalismo.

A primeira questão diz respeito à possibilidade de aplicação de tal teoria à sua resolução: a possibilidade de decretação da prisão perpétua é um problema constitucional (envolve questão de direitos fundamentais ou separação de poderes)? A resposta é positiva. Não à toa a matéria foi tratada, na Constituição Federal, no art. 5º, reservado à catalogação dos direitos e garantias individuais fundamentais. Nesse contexto, passível de ser analisado tal problema à luz do transconstitucionalismo.

Quanto à resolução do problema em si, o próprio Marcelo Neves já indica uma possível solução intermediária para a questão: o acatamento de uma eventual exigência feita pelo Brasil de que o brasileiro nato entregue para julgamento para o TPI somente será condenado a uma pena de, no máximo, 40 (quarenta) anos (Neves, 2009). Contudo, registra o autor, igualmente, que o desenvolvimento de uma solução, nesse contexto normativo, permanece aberto (Neves, 2009). Com efeito, outras formas de resolução parecem igualmente válidas sob o prisma do transconstitucionalismo.

O processo de análise de sua viabilidade por parte de um tribunal (ou órgão) exige sua construção a partir do outro sistema, o que pode levar em conta sua *raison d'être* —porque tal previsão está inserida naquele determinado contexto— e o grau de irredutibilidade do instituto à luz do sistema no qual ele está contido —até que ponto ele é algo fundamental e/ou imprescindível para aquele determinado sistema—.

Na ótica do Estado brasileiro, a questão da prisão perpétua envolve a análise do ordenamento estatal, do direito internacional penal (Estatuto de Roma) e do direito interamericano dos direitos humanos: o primeiro a veda expressamente, o segundo a prevê em casos excepcionais e o terceiro dispõe que “[a]s penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” —art. 5(6)—.

O discurso a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal em um eventual pedido de cooperação —à luz do transconstitucionalismo e no que diz respeito à questão da prisão perpétua— deve envolver uma descrição do valor da vedação da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, o que passa pelo reconhecimento de que situação mais gravosa é admitida pela própria Constituição em situação excepcional: a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF). Quanto ao Estatuto de Roma, o STF deve levar em consideração que a pena de prisão perpétua, além de somente ser aplicada em casos excepcionais, conforme dispõe o próprio art. 77(1)(b), é periodicamente revista pelo TPI, indicando o comprometimento do direito internacional penal com a manutenção da prisão perpétua como *ultima ratio*. Finalmente, o STF não poderá se furtar de levar em consideração o que dispõe a CADH sobre a função social da pena, inclusive devendo analisar a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, no qual se analisou, ainda que brevemente, o art. 5(6) da Convenção Americana.

Assim, inclusive partindo de uma perspectiva de legitimidade da jurisdição do TPI a partir da construção democrática da comunidade internacional que representa o destino ao qual o Brasil pretende chegar como integrante desse mesmo grupo, vislumbra-se a possibilidade de aceitação da decretação de prisão perpétua pelo TPI, de modo que tal instituto não deve ser um óbice à cooperação do Estado brasileiro.

Do lado do TPI, há de se levar em consideração por ocasião da fixação das penas os ordenamentos jurídicos eventualmente envolvidos, notadamente o dos Estados cuja cooperação é requerida, bem como o Estado de origem do condenado, além, é claro, do juízo de proporcionalidade entre a gravidade do delito e a finalidade da pena. Ademais, tendo em vista a vocação universal do TPI, pode-se falar, ainda, em uma necessária análise acerca do que dispõe os tratados internacionais celebrados sob os auspícios da ONU sobre a matéria. Por essa razão, tal construção argumentativa não pode ser encarada do ponto de vista estático, mas dinâmico, ou seja, também admite uma alteração que eventualmente culminará em uma solução em sentido contrário: à medida que os países forem se posicionando contrariamente às penas de caráter perpétuo, também o TPI precisará adequar seus julgamentos a essa realidade, deixando de aplicar, ainda que com previsão estatutária para tanto, a penalidade do artigo 77(1)(a), especialmente se se considera sua excepcionalidade.

Nesse contexto, o comprometimento do Tribunal Penal Internacional com as tendências legislativas adotadas pelos Estados partes de seu Estatuto é a maneira

pela qual o direito nacional interfere na jurisdição do TPI. Por outro lado, sujeitar-se às decisões do Tribunal cumprindo efetivamente suas determinações é a forma que o direito internacional se entrelaça nas jurisdições internas.

Contudo, verifica-se, novamente, diante da multiplicidade de resoluções possíveis para os problemas colocados a necessidade de fixação de parâmetros e de elaboração de uma metodologia para o transconstitucionalismo. Com efeito, parece existir certeza apenas quanto às hipóteses de sua incidência, a saber, problemas constitucionais (matéria de direitos fundamentais e separação de poderes) e quanto ao seu instrumento (racionalidade transversal), mas, diante da abertura teórica, o pensamento carece, por ora, de critérios específicos e mais claros.

Tal constatação não é demérito para a teoria, mas apenas indica o imperativo de uma construção metodológica. Mesmo Hans Kelsen admitiu a impossibilidade de uma atividade interpretativa completamente pura e objetiva, reconhecendo múltiplas interpretações possíveis dentro de uma mesma moldura (Kelsen, 2009). O que dizer, então, de um pensamento heterárquico ainda em vias de construção e aperfeiçoamento?

Conclusão

Ao final, conclui-se que, diante da superação das teorias clássicas de relacionamento entre o direito internacional e o direito estatal (monismo e dualismo, pautadas num paradigma hierárquico), o transconstitucionalismo busca resolver suas fragilidades, notadamente no que diz respeito à multiplicidade de ordens normativas e jurisdições exercidas por tribunais diversos. Para isso, parte de uma precisa definição acerca de seu âmbito de incidência (problemas constitucionais, isso é, matéria de direitos fundamentais e separação de poderes) e da inexistência de primazia previamente definida de uma ordem sobre a outra.

No mérito de sua aplicação, fala-se no uso da racionalidade transversal como maneira apta a relacionar os problemas decorrentes da intersecção entre as mais diversas ordens jurídicas sem que nenhuma delas possa reclamar primazia antecipadamente, de modo que a prevalência de uma ou outra somente será aferida no caso concreto de acordo com as peculiaridades da situação: quantas e quais ordens se entrelaçam, qual o problema em questão e a abertura de cada uma delas à outra a partir de uma autocontenção.

Tal perspectiva heterárquica parece apta a resolver os conflitos existentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, inclusive quanto ao problema da prisão perpétua, admitida pela ordem internacional como espécie excepcional de pena, porém vedada pelo direito constitucional brasileiro.

Entretanto, o transconstitucionalismo ainda carece de uma metodologia bem definida, o que impede sua concretização na resolução, dentre outros, do problema apontado. As possibilidades de resolução desse conflito são múltiplas (e contrastantes, inclusive). Além disso, a resposta dessa questão varia de acordo com o caso concreto, tendo em vista que, dependendo da situação, mais de duas ordens (estatal e Estatuto de Roma) podem estar envolvidas, como ocorre com o Estado brasileiro, que também deve levar em conta o direito interamericano dos direitos humanos.

No caso da prisão perpétua, por exemplo, parece ser possível o uso do pensamento transconstitucional tanto para legitimar a possibilidade de o Brasil cooperar com pedido de entrega de brasileiro nato para julgamento pelo TPI (inclusive com a admissão de que poderia haver a aplicação de prisão perpétua como pena pela jurisdição internacional penal), como para impor condições ao auxílio solicitado pelo Tribunal: é a proposta formulada pelo próprio Marcelo Neves no sentido de o TPI se comprometer a aplicar, no caso de brasileiros natos, uma pena máxima limitada ao constitucionalmente previsto, como forma de viabilizar a cooperação com sua jurisdição.

Uma metodologia bem delineada, portanto, teria o condão de nortear a aplicação da teoria transconstitucional, fornecendo racionalidade ao seu uso no caso concreto pelos tribunais envolvidos, reduzindo a subjetividade do órgão aplicador, favorecendo uma legítima aplicação sua e impedindo seu uso tendencioso no sentido de bloquear a racionalidade transversal que a fundamenta. Assim, a partir da racionalidade transversal —que parece ser o núcleo dessa metodologia do transconstitucionalismo— que instrumentaliza a aplicação do pensamento de Marcelo Neves, a resolução da questão posta envolve a análise do problema posto à luz das demais ordens envolvidas num processo de reconstrução da identidade a partir de referências externas, no escopo de identificar eventuais limitações e pontos cegos.

Se, por um lado, o Brasil (o STF, especialmente) deve levar em consideração a excepcionalidade da medida e as razões de ser do direito internacional penal, por outro o Tribunal Penal Internacional precisa ficar atento à forma como o direito dos Estados e o direito internacional enxergam a prisão perpétua, de maneira que, não obstante a existência de competência expressa para aplicá-la em casos excepcionais, o TPI deve fazê-lo com prudência, sempre respeitando (não se subjugando, pois haveria aí uma hierarquia) a posição alheia, num constante diálogo e processo de reconstrução permanente do instituto. Dessa forma, verifica-se a ausência de uma proposta pré-definida e rígida, admitindo-se, em tese, a aplicação da pena de prisão perpétua, mas sendo vislumbrada também a hipótese de o Brasil exigir a não imposição de tal

penalidade para entrega de seus nacionais. A resposta do caso concreto deverá nascer de um discurso jurídico capaz de respeitar reciprocamente as limitações de todos os sistemas envolvidos na resolução do problema constitucional.

Referências

- Acosta Alvarado, P. A. (2016a). Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 15-60.
- Acosta Alvarado, P. A. (2016b). Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinivel: el ejemplo colombiano. En M. Oliveira, F. Figueiredo Santos, L. Arcaro Conci & K. Gerber (Eds.), *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais* (pp. 279-318). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Acosta Alvarado, P. A. (2014). *The International Criminal Court as an actor of the multilevel protection*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2015/03/DOC-DE-TRABAJO-10.pdf>
- Arruda, R. A. de, & Mendes, T. B. (2016). A pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto de Roma, em face da Constituição Federal de 1988. *Revista Thesis Juris*, 5(3), 748-768.
- Bedin, D. G. A., & Leves, A. M. P. (2018). A sociedade internacional e a paz por meio do direito: o papel da justiça penal internacional. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 23(1), 242-58.
- Brant, L. N. C., & Biazatti, B. de O. (2017). A petição 4.621/República do Sudão e a obrigação do Brasil de cooperar com o Tribunal Penal Internacional. *XII Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 1(22), 97-116.
- Cançado Trindade, A. A. (2013). *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag).
- Carvalho, A. D. Z. de. (2017). Cosmopolitismo ou transconstitucionalismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. En C. Calabria & M. Palma (Eds.), *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo* (pp. 75-104). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Delmas-Marty, M. (2017). La Cour Pénale Internationale: un processus transformateur dans un monde em mouvement. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 103(125-130), 451-463.

- Elmauer, D. (2017). Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. En C. Calabria & M. Palma (Eds.), *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo* (pp. 105-123). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Greenawalt, A. K. A. (2020). What it a international crime? In K. J. Heller, F. Mégret, S. M. Nouwen, J. D. Ohlin & D. Robinson (Eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* (pp. 293-316). Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2009). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora mwf Martins Fontes.
- Magalhães, B. B. (2015). O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 78-96.
- Manguel, T. K. (2018). Alcance y limitaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. In H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar & J. Canosa Cantor (Eds.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional* (pp. 451-494). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Meneghello, C., & Cardia, A. C. R. (2016). Adaptações do ordenamento jurídico brasileiro ao Estatuto de Roma: uma análise do Projeto de Lei nº 4.0384/2008. En W. Menezes (Ed.), *Direito internacional em expansão - Anais do XIV CBDI* (pp. 695-710). Belo Horizonte: Arraes Editores.
- Meneses do Vale, L. A. M. (2015). The theories of interconstitutionality and trans-constitutionalism. Preliminares insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice). *UNIO-EU Law Journal*, 1, 55-76.
- Michaels, R. (2019). Global legal pluralism and conflict of laws. *SSRN Eletronic Journal*, 1-20.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- Neves, M. (2014a). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, 51(201), 193-214.
- Neves, M. (2014b). (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, (93), 201-232.

- Olasolo, H., Carnero, E. C., Seoane, D., & Carcano, L. (2018). El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas. En H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar & J. Canosa Cantor (Eds.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional* (pp. 395-449). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sabadell, A. L., & Dimoulis, D. (2010). O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. En M. Neves (Ed.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas* (pp. 157-86). São Paulo: Quartier Latin.
- Silva, M. J. H. de C., & Silva, M. D. R. F. (2017). Entre Tupã e o Leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas. *Revista Jurídica da UFERSA*, 1(1), 165-87.
- Silva, V. A. da. (2010). Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. En M. Neves (Ed.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas* (pp. 157-86). São Paulo: Quartier Latin.
- Thevenard, A. A., & Obregón, M. F. Q. (2019). La competencia de la Corte Penal Internacional en el juicio del desastre humanitario ocurrido en Siria. *Derecho y Cambio Social*, (56), 77-92.

Jurisprudência

- TPI, Câmara de Pré-Julgamento II. (2009). *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, 10 de março de 2009, Doc. ICC-02/04-01/05.

El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada

The Criminal Treatment of Hate Crimes in Spain with the Adoption of a Comparative Perspective

O tratamento penal dos delitos de ódio na Espanha com a adoção de uma perspectiva comparada

Isabel García Domínguez*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 11 de junio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9899>

Para citar este artículo: García Domínguez, I. (2020). El tratamiento penal de los delitos de odio en España con la adopción de una perspectiva comparada. *ANIDIP* 8, 1-27. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9899>

Resumen

El presente artículo versa sobre el tratamiento penal español de los delitos de odio. Estos han sufrido un aumento progresivo en los últimos años a causa del fenómeno globalizador, en especial en el contexto europeo. Con base en lo expuesto, se adoptó la DM 2008/913/JAI, del 28 de noviembre, cuya trasposición al Código Penal español (CPE) se produjo de forma satisfactoria. Sin embargo, la amplitud adoptada en la regulación de estos delitos es criticada por gran parte de la doctrina, sobre todo del artículo 510 del CPE. No obstante, la práctica jurisprudencial muestra una aplicación restrictiva del artículo mencionado, subsanando, en cierta medida, el punitivismo adoptado. De igual modo, se destaca la necesidad de incluir la motivación aporófoba en el contexto español. También, en la adopción de una perspectiva comparada, se expone el tratamiento penal de los delitos de odio en Alemania y el Reino Unido, así como la escasez de regulación en América Latina, donde se han

* Personal investigador predoctoral en formación de la Universidad de Salamanca, que desarrolla una tesis sobre la aporofobia en el sistema penal español en el marco del proyecto de investigación "Aporofobia y derecho penal", concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Referencia: RTI2018-095155-B-C21). Premio extraordinario del Máster en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España); premio extraordinario del Grado en Criminología en la Universidad de Salamanca (España).

centrado en el colectivo LGTB. Se podría afirmar que la legislación española es sólida en la penalización de los delitos, pero insuficiente, por lo que se considera ineludible una transformación en el abordaje penal de los delitos de odio a nivel global.

Palabras clave: delito de odio; derecho penal; discurso de odio; artículo 510 del Código Penal español; Decisión Marco 2008/913/JAI.

Abstract

The article exhibits the Spanish law treatment of hate crimes. In the European context, hate crimes have increased progressively over the last years because of globalization. Regarding the presented subject, the Spanish Criminal Code successfully invoked the Framework Decision 2008/913/JAI, from November 28, developed to combat hate crimes in the European Union. However, the doctrine has criticized the extent of the hate crimes regulation, especially article 510 of the Spanish Criminal Code. Nevertheless, jurisprudential practice displays a restrictive application of the mentioned article, rectifying, slightly, the adopted punitivism. The need to include an aporophobic motivation in the Spanish context is highlighted. Also, in adopting a comparative perspective, the criminal treatment of hate crimes in Germany and the United Kingdom are examined, as well as the lack of regulation in Latin America, which have focused on the LGTB community. It could be said that the Spanish legislation is solid in terms of prosecuting crimes, but is still insufficient, which is why there is a need for a transformation in the criminal approach to hate crimes globally.

Keywords: Hate crimes; criminal law; hate speech; article 510 Spanish Criminal Code; Framework Decision 2008/913/JAI.

Resumo

O presente artigo versa sobre o tratamento penal espanhol dos delitos de ódio. Estes tem sofrido um aumento progressivo nos últimos anos a causa do fenómeno globalizador, especialmente, no contexto europeu. Com base no exposto, adotou-se a DM 2008/913/JAI, do 28 de novembro, cuja transposição ao Código Penal Espanhol (CPE) se produziu de forma satisfatória. No entanto, a amplitude adotada na regulação destes delitos é criticada por grande parte da doutrina, especialmente, do artigo 510 do CPE. Contudo, a prática jurisprudencial mostra uma aplicação restritiva do artigo mencionado, corrigindo, em certa medida, o punitivismo adotado. Do mesmo modo, se destaca a necessidade de incluir a motivação aporófoba no contexto espanhol. Também, na adoção de uma perspectiva comparada, se expõe o tratamento penal dos delitos de ódio na Alemanha e no Reino Unido, assim como escassez de regulação na América Latina, onde se têm concentrado no

coletivo LGTB. Sé poderia afirmar que a legislação espanhola é sólida na penalização dos delitos, mas insuficiente, pelo que se considera ineludível uma transformação na abordagem penal dos delitos de ódio a nível global.

Palavras-chave: delito de ódio; direito penal; discurso de ódio; artigo 510 do Código Penal espanhol; Decisão Marco 2008/913/JAI.

Introducción: la necesidad de tipificación de los delitos de odio en España

La globalización en la era actual es un fenómeno que no tiene freno, siendo una de sus características más importantes el aumento de la movilidad de personas, y, por ende, del fenómeno migratorio. Estas dinámicas han modificado las sociedades actuales, rompiendo el canon cultural denominado occidental a través del asentimiento de minorías raciales, sociales y étnicas, convirtiéndolas en multiculturales. No obstante, este suceso, producido a nivel mundial, se ha evidenciado de forma más acentuada en Europa, consolidándose un multiculturalismo europeo que desafía la política criminal adoptada. Además, la problemática de este fenómeno no es el reconocimiento de derechos a estos ciudadanos, sino su integración real, cuyo resultado de no hacerla efectiva es la creación de sociedades paralelas (Bernal, 2014).

Así mismo, de forma simultánea al fenómeno globalizador, se ha desarrollado una sociedad del riesgo, caracterizada por el miedo, la inseguridad y el individualismo, la cual facilita el desprecio al diferente (con referencia al grupo dominante), o, dicho de otro modo, al *otro* (Movimiento contra la Intolerancia, 2017).

La consecuencia de los procesos mencionados ha sido la producción de un choque cultural en las sociedades europeas, en especial de los principios y valores jurídicos-sociales de los países de acogida, los cuales han desembocado en conflictos de corte social y jurídico, por lo que se ha destacado la necesidad de invocar al derecho penal como medio de resolución de conflictos, acentuándose en dicho artículo las conductas discriminatorias realizadas contra los colectivos minoritarios (Bernal, 2014).

En efecto, la dilatación en el tiempo de los conflictos mencionados en el párrafo anterior ha llevado a instituciones nacionales e internacionales a reafirmar su compromiso en la prevención, investigación, eliminación y enjuiciamientos de los delitos cometidos por razones de odio, discriminación o tolerancia. Igualmente, estas medidas también se justifican por los resultados de los últimos estudios realizados, donde se resalta que la indiferencia y la impunidad, unidos a la ausencia de memoria y empatía con la víctima, son aliados fundamentales de la intolerancia (Movimiento contra la Intolerancia, 2017). En síntesis, ha existido una legitimación,

a través de textos nacionales e internacionales, de la introducción de los delitos de odio en la ley penal.

Prosiguiendo con los delitos de odio o *hate crimes*, este término comenzó a ser utilizado a partir de los años ochenta en algunos países anglosajones, el cual suele estar precedido por el discurso de odio, más conocido como *hate speech* (García, 2016).

Comenzando con la primera tipología, de forma muy breve, podríamos definir un delito de odio como una infracción penal cometida con una motivación prejuiciosa.¹ Sin embargo, estos delitos suelen estar precedidos por el discurso de odio representado a través de un ‘monólogo’ en el cual las personas son identificadas como objetos, cuyos elementos básicos son: la criminalización y la externalidad. De igual modo, aunque el discurso de odio abarca diversas formas y no requiere una incitación contra su integridad corporal, está caracterizado por hacer la diferenciación de ‘nosotros’ versus ‘ellos’, siendo los últimos a los cuales no se les otorga el reconocimiento (Cortina, 2017).

Centrando la atención en el discurso de odio, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha destacado que es preciso sancionar y prevenir las formas de expresión que inciten, propaguen, promuevan o, incluso, justifiquen el odio basado en la intolerancia en diversas sentencias, verbigracia, STEDH 26682/95, del 8 de julio de 1999 (caso *Sürek c. Turquía*), STEDH 35071/97, del 4 de diciembre de 2003 (caso *Müslüm c. Turquía*) o STEDH 15615/07, del 16 de julio de 2009 (caso *Féret c. Bélgica*) (Quesada, 2015). No obstante, el TEDH también ha expuesto el deber de diligencia, advirtiendo que el discurso de odio debe encontrar un equilibrio con la libertad de expresión, por lo que, según su interpretación, se excluiría del ámbito de protección de la norma penal la realización de conductas que impliquen una incitación indirecta (Sanz, 2017).

En cuanto a los sujetos afectados por los delitos de odio, se pone de relieve su habitualidad en minorías vulnerables, que son necesitadas de especial protección por determinadas características, sin la exclusión de los grupos mayoritarios (por ejemplo, las mujeres).² Es más, la categoría de delitos mencionada suele hacer

1 Aunque la definición más consolidada de los delitos de odio a nivel europeo fue establecida por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en 2003 dividida en dos partes. En la primera de ellas expresa que “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo tal como se define en la parte B”. Además, en la segunda parte expone que “un grupo puede estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otro factor similar, ya sean reales o supuestos” (Movimiento contra la Intolerancia, s. f.).

2 El legislador español acentuó la protección de este colectivo con la reforma efectuada a través de la LO 1/2015, del 30 de marzo, que modificó los delitos de odio, incluyendo “razones de género” entre los motivos discriminatorios establecidos en los artículos 22.4 y 510 del CP (2019) (Gómez, 2016).

referencia a colectivos con cierto estigma discriminatorio o de marginalidad, constatados ambos en la realidad social (Landa, 2018). De forma análoga, estos son definidos como el grupo extraño ajeno al dominante.

Ahora bien, adentrándonos en el contexto español, el legislador ha establecido delitos autónomos para el castigo de los delitos de odio recogidos en los artículos 510 y siguientes del Código Penal español (CPE, 2019), en consonancia con una agravante genérica regulada en el artículo 22.4 del mismo código, para delitos comunes cometidos con motivaciones discriminatorias, cuya precisión se desprende de los datos existentes sobre la materia.

Respecto a las estadísticas oficiales, el último informe publicado por el Ministerio del Interior (2019) registró 1598 delitos de odio, lo que supone un incremento del 12,6% en comparación con el año anterior,³ siendo la categoría más cometida el racismo y la xenofobia. No obstante, estas son las cifras oficiales, pero si las comparamos con los datos recogidos por otros organismos, como el Movimiento contra la Intolerancia (2017), este contabilizó 4000 delitos de odio en el año 2016 frente a los 1272 recogidos por el Ministerio del Interior (2017) en el mismo año, por lo que se puede corroborar que la infradenuncia⁴ es muy acusada.

Así mismo, los hechos relacionados con el discurso de odio⁵ sufrieron un incremento progresivo en el tiempo,⁶ contabilizando el Ministerio del interior (2019) 166 en el año 2018 frente a 156 en el año 2017, siendo estas las últimas cifras recogidas (Ministerio del Interior, 2018). Además, lo más preocupante es que la mayoría de estos actos son cometidos a través de internet, estableciéndose un porcentaje del 45,2% en el año 2018 (Ministerio del Interior, 2019), por lo que su fácil difusión a través de la red es una temática que debe ser abordada en profundidad para el establecimiento de soluciones eficaces.

En síntesis, las estadísticas nos muestran la necesidad de tipificar de forma efectiva los delitos de odio en la legislación española, configurándose como el objetivo principal del presente artículo analizar el tratamiento penal de los delitos de odio en España, adoptando una perspectiva comparada. Sin embargo, un reto que se debe superar en este ámbito, destacado por la mayor parte de la doctrina, es la

3 Aunque la tendencia en aumento de los delitos de odio se ha observado desde el año 2013, a excepción del año 2016, en el cual la cifra disminuyó ligeramente (García, 2020).

4 Esta dinámica también fue corroborada por otros estudios nacionales, como el realizado por López (2017), quien concluyó que la denuncia es interpuesta en menos de un 5% de los casos en los delitos de odio cometidos en el territorio nacional español.

5 A diferencia de otros países, España contabiliza separadamente los delitos de odio de la tipología de discursos de odio.

6 El Ministerio del Interior (2016) inició el registro de los actos relacionados con el discurso del odio de forma independiente a los delitos de odio en el año 2015, contabilizando 117 de la primera categoría indicada, cuya cifra se incrementó a 123 en el año 2016 (Ministerio del Interior, 2017).

tendencia expansiva, en especial por la presión normativa internacional, quien ha obligado a reformar y ampliar la protección penal de los delitos cometidos por motivaciones discriminatorias (Bernal, 2014), como se expone en el siguiente apartado a través del análisis de la trasposición de la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia (2008), al CPE (2019).

1. El tratamiento penal de los delitos de odio en España

1.1. Trasposición de la DM 2008/913/JAI, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia, al Código Penal español

El presente apartado, como ya se mencionó, se inicia con la DM 2008/913/JAI del Consejo, del 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia (2008), cuyo objetivo es establecer un consenso en los Estados miembros para reprimir las conductas motivadas por el odio. Para ello, prevé que se incluya en las legislaciones penales de los países pertenecientes a la Unión Europea las figuras de incitación en los delitos de odio y agravación por motivación racista y xenófoba, adoptando, de igual forma, unas sanciones de referencia para los crímenes cometidos por razón de odio.

Por lo tanto, centrando la atención en el país objeto de estudio, este modificó los delitos de odio regulados en los artículos 510 y siguientes del CPE, así como la agravante del artículo 22.4 del CPE, a través de la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, en cumplimiento de la normativa internacional.

Comenzando con el análisis de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008) desde una perspectiva penal, se destaca el motivo número 5, el cual indica que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, aludiendo a las personas físicas o jurídicas que cometan estos delitos. No obstante, el párrafo siguiente de la misma exposición de motivos limita el ámbito de actuación del derecho penal a las formas particularmente graves. A pesar de esto, *a priori*, se debe señalar que el legislador español no ha tenido en cuenta estas consideraciones, entre otras razones, porque en la regulación penal de los delitos de odio ha establecido una diferencia de pena mínima o insignificante entre acto preparatorio y lesión al bien jurídico. En consonancia con lo expuesto, el legislador no ha respetado el principio de proporcionalidad cuando el desvalor de resultado difiere en gran medida. También, cabe resaltar, en el motivo número 10 de la exposición de motivos de la DM 2008/913/JAI (2008), la posibilidad de ampliación de los delitos de extrema gravedad, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, a otros grupos de personas por parte

de los Estados miembros. Y, para finalizar, alude en su motivo número 13 a la justificación de acoger un nivel mínimo de sanciones que radica en la incapacidad de los países miembros de realizarlo de forma individual.

Consecutivamente, se analizará el artículo 1º de la DM 2008/913/JAI (2008), el cual ha sido plasmado en el artículo 510 del CPE.

En efecto, el artículo 510.1 del CPE, en su apartado a), cumple lo referido al artículo 1º, apartado 1, letra a), y lo expande, ya que mientras la DM 2008/913/JAI (2008) contiene la incitación pública a la violencia o al odio, el CPE (2019) recoge las conductas de fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente, al odio, hostilidad, discriminación y violencia. En consecuencia, el legislador español, al no diferenciar entre una provocación a la discriminación directa o indirecta, ha establecido requisitos menos estrictos que los configurados para cualquier acto preparatorio de otro delito, en el cual se exige que sea directa. Del mismo modo, la amplitud del tipo es contraria a la exposición de motivos número 5 de dicha DM 2008/913/JAI (2008), en la cual, como se ha expuesto, se establece que las sanciones penales deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Además, en el CPE (2019) no solo se aumentan el número de acciones típicas (fomentar, promover o incitar), sino también los objetos sobre las que recaen (odio, hostilidad, discriminación o violencia).

Prosiguiendo con el artículo propuesto, en su apartado b) se observa la misma dinámica, es decir, el cumplimiento de lo establecido en la decisión marco con una ampliación: el artículo 1º, apartado 1, letra b), indica que se sancione la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales de los actos referidos a la letra a), y el CPE (2019), a mayores de las descritas, añade las conductas de producir, elaborar y poseer con la finalidad de distribuir, facilitar el acceso, difundir o vender escritos o cualquier otro material de soporte si su contenido es idóneo para fomentar las conductas descritas en el apartado a). Por lo tanto, se sancionan una gran cantidad de acciones, incluida la posesión, en contra de lo expresado por la exposición de motivos número 6, es decir, la limitación a la lucha contra las formas particularmente graves.

Respecto a las letras c) y d) de la DM 2008/913/JAI (2008), estas estipulan que se penalice la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, contra la humanidad, de guerra y los definidos en el artículo 6º del Estatuto del Tribunal Militar Internacional. En cuanto a su trasposición al artículo 510 del CPE (2019), se realiza de forma efectiva estableciendo como requisitos su realización de forma pública y la promoción o favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos establecidos. Con relación a la negación de estos delitos, en España existió una problemática debido a que cuando se incluyó en el artículo 607.2 del CPE la negación del holocausto,

el Tribunal Constitucional (Sala de lo Penal, STS 235/2007) lo declaró inconstitucional por no respetar el derecho a la libertad de expresión, por ende, se eliminó. Posteriormente, con el fin de solventar esta situación, se penalizó la negación de estos delitos siempre y cuando promoviesen o favoreciesen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, en otras palabras, se añadió un criterio acumulativo para la constitucionalidad de la norma española.

Continuando con el análisis propuesto, en el artículo 1º, apartado 2, de la DM 2008/913/JAI (2008) se dispone con relación al apartado 1 que los Estados miembros podrán optar por castigar únicamente las conductas que se lleven a cabo de forma que den lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. Sin embargo, no se establece qué comportamientos son adecuados para alterar el orden público, por lo que esta cláusula, regulada de forma tan abierta, podría dar lugar al establecimiento de conceptos indeterminados que lesionen el principio de legalidad, y, más específicamente, de taxatividad, al no concretar los tipos penales.

Del mismo modo, el legislador español, manteniendo la tendencia expansiva, opta por establecer un tipo cualificado en el artículo 510.4 del CPE (2019) cuando los hechos sean idóneos para alterar la paz pública, o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, adoptando conceptos con una gran amplitud, e, incluso, indeterminados, contrarios al principio de legalidad mencionado en el párrafo anterior.

Avanzando con el análisis, se podría pensar que el artículo 2.1 de la DM 2008/913/JAI (2008), cuyo contenido es la sanción a las conductas descritas en el artículo 1º, apartado 1, letras c) y d), esté recogido en el artículo 510.2 del CPE (2019), que regula los delitos contra la integridad moral y de enaltecimiento con finalidad discriminatoria. No obstante, después del estudio de su letra a), en la cual se sanciona la lesión a la dignidad mediante acciones que atenten contra los ciudadanos por razones discriminatorias; y, posteriormente, su letra b), que penaliza la conducta típica de enaltecer o justificar delitos contra los grupos discriminatorios con publicidad, siempre y cuando no se trate de los artículos previstos en el artículo 510.1.c), se observa que no está contemplado. Sin embargo, lo expuesto en el artículo 2.1 de la DM 2008/913/JAI (2008) se recoge en el artículo 18 del CPE (2019), que contiene la provocación configurada como un acto preparatorio en los delitos previstos en la ley, incluso los que están siendo objeto de análisis.

Del mismo modo, continuando la dinámica expresada en el párrafo anterior, el cumplimiento del artículo 2.2 de la DM 2008/913/JAI (2008) se produce con la parte general del CPE (2019), y, más específicamente, con su artículo 29, que define la complicidad.

Para ultimar, el artículo 510 del CPE, en sus apartados 3 y 4, expone tipos cualificados, aunque solo uno de ellos fue exigido por la DM 2008/913/JAI⁷ (2008), lo que refleja, de nuevo, la ampliación, e, incluso, el punitivismo, ambos adoptados por la ley penal española.

Ulteriormente, el artículo 3º de la DM 2008/913/JAI (2008) está orientado al establecimiento de las sanciones penales, enfatizando su apartado 1 en la efectividad, proporcionalidad y disuasión de estas. Prosiguiendo con su apartado 2, concreta la pena mínima de 1 a 3 años de prisión para las conductas contempladas en el artículo 1º de esta, adoptando el legislador español el mínimo y aumentando el máximo, excediéndose de lo marcado por las directrices europeas. Por lo tanto, es cuestionable el cumplimiento de la proporcionalidad establecida en el artículo 3.1 de la DM 2008/913/JAI, con la sanción de la provocación indirecta, e, incluso, de la posesión, dispuestas en los artículos 510.1.a y 510.1.b del CPE (2019), respectivamente.

Subsiguientemente, el artículo 4º de la DM 2008/913/JAI (2008) está destinado a garantizar que la motivación racista y xenófoba sea considerada una agravante, o, en su defecto, sea tenida en cuenta en los tribunales a la hora de imponer la pena cuando los delitos difieran de los recogidos en los artículos 1º y 2º de esta. En España, se ha optado por la primera opción, debido a que en el artículo 22.4 del CPE (2019) se regula la agravante por motivos discriminatorios, por ende, se puede afirmar que la trasposición de este apartado ha sido efectuada.

Adicionalmente, como se puede observar, la DM 2008/913/JAI (2008) destina un apartado a las personas jurídicas en sus artículos 5º y 6º, a pesar de que se va a continuar el análisis con el siguiente artículo, denominado *normas constitucionales y principios fundamentales*. Este, correspondiente al artículo 7º en su apartado 1, destaca que la DM 2008/913/JAI (2008) no podrá afectar a derechos fundamentales o principios jurídicos fundamentales, enfatizando en la libertad de expresión y de asociación. Análogamente, en su apartado 2 profundiza en la protección de las libertades de asociación y expresión. En consecuencia, estos apartados podrían colisionar con el artículo 510.1 del CPE (2019) a causa de la ampliación realizada por el legislador español.

Con el fin de ultimar el análisis de la DM 2008/913/JAI (2008), su artículo 10º indica que los Estados miembros deberán dar cumplimiento al contenido de esta decisión marco antes de finales del año 2010. En consonancia con este, se presentó un informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (Comisión Europea, 2014) con la evaluación del grado de aplicación por los Estados miembros de las

7 Plasmado en el 510.4 del CPE (2019).

8 Los artículos 8º y 9º no son analizados debido a que difieren del objeto de estudio.

disposiciones descritas, cuya conclusión general es que se ha realizado de forma parcial, incompleta o incorrecta, a pesar de que en la categoría de incitación al odio y a la violencia racista existe una penalización general.⁹

1.2. La regulación penal de los delitos de odio

Ahora bien, centrando la atención en la regulación penal de los delitos de odio en España, se realizará un análisis de los artículos 22.4 y 510 del CPE,¹⁰ debido a que son los tipos delictivos que penalizan la motivación del autor basada en el odio, la intolerancia y/o la discriminación.

Empezando con el artículo 22.4 del CPE (2019), este se introdujo por la LO 4/1995, del 11 de mayo, cuyo motivo principal fue el aumento de actos violentos, racistas y antisemitas en el marco europeo. No obstante, su contenido inicial ha sido reformado a través de la inclusión de categorías como “identidad sexual” o “razones de género”, con la LO 5/2010, del 22 de junio, y la LO 1/2015, del 30 de marzo,¹¹ respectivamente, configurándose una agravante con un contenido muy amplio (Chacón, 2016).

En cuanto a su aplicación, existen tres elementos que corroborar: la infracción penal cometida, la condición de la víctima y la intencionalidad del autor.¹² Sin embargo, por el respeto al *non bis in idem*, esta circunstancia no se aplicará en los delitos cuya actitud discriminatoria ya esté contemplada, como, por ejemplo, el artículo 510 del CPE (2019), el cual será abordado de forma consecutiva.

Iniciando el estudio del artículo referenciado, el bien jurídico protegido ha sido muy debatido, existiendo diversas posturas. Una de ellas entiende que son “las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables” (Landa, 2018, p. 60), enfatizando en el concepto de grupo. No obstante, la doctrina mayoritaria defiende como bien jurídico el derecho a no ser discriminado, que se deriva del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española (CE, 1978), es decir, incide en la no discriminación por motivos de raza, sexo, nacimiento, opinión, religión o condiciones análogas personales o sociales. A pesar de lo desarrollado, también se podría relacionar con la dignidad

9 Las deficiencias en la regulación penal española de los delitos de odio expuestas en el informe fueron solventadas con la LO 1/2015, del 30 de marzo, pese a que se cuestiona que no se realizasen de forma anterior, sobre todo cuando existió una reforma del CPE (2019) en el año 2010.

10 Aunque se desarrollará un estudio más profundo del artículo 510 del CPE debido a que se constituye como el principal instrumento en la lucha contra los delitos de odio (Vicente, 2018).

11 La inclusión de “razones de género” en este precepto es una reiteración dado que fue aludida al inicio del artículo.

12 En otras palabras, para la imputación de este tipo delictivo se debe corroborar el elemento subjetivo constituido por actuar con un móvil específico discriminatorio, siempre que sea relevante, por la mayor reprochabilidad del móvil, es decir, bajo el fundamento de la mayor culpabilidad del autor (Chacón, 2016).

del ser humano que tiene su reflejo constitucional en el artículo 10 de la CE (1978), cuya postura es apoyada por la doctrina minoritaria, y criticada por la mayoritaria, argumentando que no cumple la función propia de un bien jurídico (Vicente, 2018). Sin embargo, existe una excepción referente a esta última concepción: el artículo 510.2.a del CPE (2019), debido a que protege específicamente la lesión a la dignidad de determinados colectivos.

Respecto a los tipos delictivos del artículo 510 del CPE (2019), se configuran como delitos de peligro hipotético, por lo que no implican una lesión al bien jurídico protegido —a excepción de la letra a) del artículo 510.2—, existiendo una anticipación de la intervención penal. En consecuencia, es cuestionable la decisión de adelantar la barrera punitiva adoptada por el legislador debido a que podría suponer una vulneración a diversos derechos fundamentales.

Continuando con las tendencias comunes, los tipos delictivos comparten el mismo sujeto pasivo (constituido por un grupo, una parte de él o una persona que pueda representar al colectivo discriminado) y sujeto activo (que puede ser cualquier persona, por lo que se catalogan como delitos comunes). Así mismo, en los artículos 510.1 y 510.2.b del CPE (2019) se exige como elemento subjetivo la motivación discriminatoria o racista, por lo que se deduce que no existe tipificación imprudente y solo se conformará en su modalidad dolosa directa o de primer grado.

Por consiguiente, iniciando el análisis con el artículo 510.1.a del CPE (2019), este sanciona el fomento, la promoción o la incitación pública al odio, la violencia, la hostilidad y la discriminación, estableciendo una regulación muy amplia, debido a que no diferencia entre provocación directa o indirecta, como ya se ha expuesto. No obstante, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª, SAP 55/2017) incidió en la necesidad de que fuese directa para su sanción, y se debe tener en cuenta que la exigencia de publicidad restringe su aplicación.

Además, por la redacción excesivamente abierta del artículo objeto de estudio en el párrafo previo (Gómez, 2016), es ineludible aplicarlo conforme al mandato de taxatividad que se deriva del principio de legalidad, sancionando únicamente cuando “pueda colegirse con claridad que la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se despliegan como medios eficaces para fomentar, promover o incitar su repetición a una escala que pueda llegar a afectar el ejercicio de los derechos fundamentales” (Landa, 2018, p. 69), es decir, si la conducta es penalmente relevante y denota la gravedad suficiente para desencadenar agresiones en el futuro contra el grupo discriminado, lo que podría traducirse en un riesgo potencial real de acción posterior.

Prosiguiendo con el artículo 510.1.b del CPE, su contenido sanciona la cadena de difusión de las conductas contempladas en el apartado previo (Vicente, 2018). En

este punto, la doctrina y la jurisprudencia entienden que supone un adelantamiento aún mayor de la intervención penal que las conductas previstas en los párrafos anteriores, por lo que es cuestionable su legitimidad en un Estado social y democrático de derecho, donde la libertad de expresión es un derecho fundamental. Por lo tanto, en este apartado se estaría sancionando toda la cadena, desde el que produce hasta el que difunde o lo vende, penalizando incluso al que lo posee. Sin embargo, por la amplitud en la regulación del tipo, es necesaria una interpretación restrictiva en la cual queden al margen de la intervención penal las conductas esporádicas sin potencial lesivo o la posesión en mínimas cantidades. La interpretación señalada se debe al fin del artículo constituido por la difusión efectiva de este tipo de contenidos y su vocación de permanencia, aunque el matiz de idoneidad establecido en el tipo ya supone una restricción a su aplicación (Landa, 2018).

Con referencia al delito de provocación del artículo 510.1 del CPE (2019), que ha sido objeto de estudio, se observa una problemática con relación al acto preparatorio punible de la provocación regulado en el artículo 18 del CPE (2019). En efecto, existe una vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la pena que debe imponerse, de conformidad con el segundo artículo indicado, es la del delito cometido rebajada en uno o dos grados, por ende, esta regla no se cumpliría en la sanción del delito de provocación aplicado a preceptos penales que tengan establecidas penas leves. Un ejemplo es el delito de daños recogido en el artículo 263 del CPE (2019), cuya pena es de multa de 6 a 24 meses, una diferencia más que evidente respecto a la condena prevista para el 510.1 del CPE (2019): prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses (Gómez, 2016).

Para finalizar, el artículo 510.1, en su apartado c), sanciona las conductas de apología en sentido amplio de los crímenes de derecho penal internacional.¹³

Consecutivamente, los apartados del artículo 510.2 del CPE (2019) contemplan dos tipos atenuados:¹⁴

13 Con relación a este tipo delictivo no se va a profundizar por dos razones. La primera de ellas es que ha sido desarrollado en el estudio de la DM 2008/913/JAI; y la segunda, que se considera ineludible para su adecuado tratamiento efectuar un análisis profundo de la materia, el cual no es posible a causa de la extensión impuesta.

14 En este punto, conviene resaltar la existencia de las agravantes del artículo 510 y la sanción de las personas jurídicas expuesta en el artículo 510 bis, a pesar de no estar incluidas en el estudio propuesto.

En primer lugar, su apartado a) constituye la excepción por ser un delito que para su consumación es obligatoria la lesión o puesta en peligro de la dignidad de la persona. Así mismo, adentrándonos en la conducta típica de este, de forma simplificada, son las injurias colectivas en un sentido amplio que lesionan la dignidad de las personas, ya sea a través de acciones que produzcan humillación, menosprecio o descrédito del grupo o una parte de este —primera conducta, paralela a la letra a) del artículo 510.1—, o con algún comportamiento típico de la cadena de difusión, que engloba desde la producción hasta su difusión o venta —segunda conducta, que continúa la tendencia de la letra b) del artículo 510.1—, siempre y cuando el material sea idóneo para la lesión de la dignidad y se constate la gravedad de la humillación (lo que supone una diferencia con la primera conducta). Además, en la segunda acción típica no es necesario constatar el móvil discriminatorio. Con relación a lo descrito, se destaca que se penaliza de nuevo la posesión y que para su aplicación es preciso distinguir informaciones con descripciones objetivas de los hechos de las que tienen como finalidad la humillación del grupo discriminado (Landa, 2018).

También, el apartado a) del 510.2 ha sido muy criticado por contemplar la mitad de la pena de prisión que la prevista en el artículo 510.1 del CPE cuando en el artículo objeto de estudio se produce la lesión del bien jurídico. No obstante, diversos autores legitiman la decisión del legislador al entender que no se reúnen todas las características para fomentar al odio, la violencia, la hostilidad y la discriminación, por lo que el reproche jurídico debe ser menor, así como que la injuria colectiva deshumaniza al colectivo de forma anterior a la incitación indirecta recogida en el artículo 510.1 del CPE (Vicente, 2018).

En segundo lugar, el artículo 510.2.b sanciona las apologías de los delitos de odio, es decir, las conductas de enaltecer o justificar a través de medios públicos de difusión los delitos cometidos contra los grupos protegidos. De igual modo, cabe destacar que, al ser un tipo atenuado, no es necesario que se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos mencionados, ya que es una conducta agravada contemplada en el artículo 510.2 *in fine*. Igualmente, se acentúa, como aspecto positivo, que recoge la situación familiar que no se contempla en la agravante del artículo 22.4 del CPE; y, como aspecto negativo, la extensión en su regulación debido a que podría implicar cuestiones de inconstitucionalidad al sancionar la expresión de ideas sin que suponga una incitación al odio, la violencia, la discriminación o la hostilidad (requisito que si es exigido en los apartados del artículo 510.1 del CPE) (Vicente, 2018).

1.3. La práctica jurisprudencial en los delitos de odio: especial referencia a la aporofobia

Centrando la atención en la práctica jurisprudencial, la revisión de sentencias¹⁵ efectuada, cuyo delito principal es el artículo 510 del CPE, denotó 39 resultados en el año 2019. Sin embargo, en el análisis de los resultados obtenidos se excluyeron las sentencias que hacían referencia a la problemática de Cataluña y al terrorismo, ya que se considera que estas necesitan un estudio en profundidad de la realidad social para que el análisis crítico sea efectivo. Ahora bien, la investigación efectuada reveló que los tribunales españoles están aplicando el artículo mencionado de forma restrictiva, así como que, más que amparando la libertad de expresión, están aplicando los criterios en consonancia con las directrices internacionales.

Con relación a lo anterior, las sentencias analizadas podrían ser divididas en cuatro grupos.

El primero de ellos hace referencia a comentarios o actuaciones de trascendencia menor que se amparan en la libertad de expresión, a pesar de que pueden llegar a afectar a algún colectivo, como el Juzgado de lo Penal de Sevilla (Sección 10ª, SJR 65/2019), quien absuelve a varias mujeres por manifestarse a favor del aborto en la ciudad de Sevilla; la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª, SAP 102/2019), por comentarios a favor del aborto en las afueras de una iglesia; o el Juzgado de lo Penal de Valencia (Sección 2ª, SJR 119/2019), que absuelve a tres sujetos por comentarios desacertados en redes sociales. En este punto, se puede observar que, pese a la regulación penal de incitación indirecta contenida en la norma, los tribunales españoles, en algunos casos, están siguiendo las directrices expresadas por el TEDH.

En el segundo grupo, existen otros comentarios que, aunque son desagradables, no hacen ninguna referencia al discurso de odio como está regulado en la legislación española, y, menos aún, por mandatos internacionales. Algunos de los ejemplos más recientes son: la Sentencia 570 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª, SAP 570/2019), en la cual un sujeto increpó a otro: “No tienes ningún tipo de respeto, no te mereces ningún respeto, no eres nadie”, a causa de cerrar una de las ventanas de la escalera comunitaria que daba al patio de luces; o la Sentencia 54 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª, SAP 54/2019), por una discusión vecinal en la que un sujeto profirió insultos a otro por increpar el ruido existente en una terraza.

15 El análisis jurisprudencial se efectuó en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) a través del operador de búsqueda “odio” y “510”, restringiendo la búsqueda al período comprendido entre el 01/01/2019 al 31/12/2019. Así mismo, la limitación de la búsqueda al artículo 510 del CPE (2019) se debe a dos motivos: el primero de ellos es que el tipo penal objeto de estudio se ha configurado como el principal instrumento en la lucha contra los delitos de odio, como ya se ha mencionado; y el segundo, hace referencia al límite de extensión impuesto.

Así mismo, también se produjo la absolución con la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª, SAP 78/2019, p. 2) por el siguiente comentario racista: “Moros de mierda, iros a vuestro país, que no sabéis ni hablar”, en consonancia con lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 646, la cual expresa que el castigo penal únicamente debe aplicarse cuando provoque al odio, a la discriminación o a la violencia, atentando contra el principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, no se puede afirmar que el comentario expresado pueda provocar a los conceptos descritos en el tipo delictivo.

Prosiguiendo con el tercer grupo, este expresa otro tipo de situaciones que han sido objeto de condena, sobre todo en aplicación del artículo 510.2.a del CPE (2019) en concurso con un delito de lesiones.¹⁶ En este punto, se resalta la Sentencia 161 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª, SAP 161/2019) por los comentarios ofensivos vertidos sobre dos sujetos por su orientación sexual, en conjunto con un delito de lesiones, cuya comparación con la Sentencia 472 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª, SAP 472/2019) es increíblemente notoria. En el primer caso, se está sancionando a un menor por un comentario discriminatorio hacia el colectivo LGTB, que, a pesar de su contenido, en mi opinión, es dudosa su adecuación a la vía penal. Por el contrario, la segunda sentencia expresa la condena a un sujeto que exponía a través de la red (cuyo acceso era totalmente libre): videos, mensajes y canciones, fomentando al odio y a la violencia extrema hacia diversos colectivos por motivos racistas, xenófobos e ideológicos. Por consiguiente, se considera que las condenas no son proporcionarles con relación a los actos cometidos, debido a que la lesividad del comentario manifestado por el menor (condenado a siete meses de tareas socioeducativas por la imputación de un delito de lesiones *idem*) no es comparable al potencial lesivo de la web realizada por el segundo sujeto (condenado a dos años de privación de libertad, acompañada de otras medidas no restrictivas de la libertad).

El cuarto grupo, en el cual se encuadra la segunda sentencia expuesta en el párrafo anterior, se caracteriza por la difusión de contenido discriminatorio en las redes sociales, cuya respuesta ha sido la condena, como muestra la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, SAP 299/2019); o la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª, SAP 158/2019), penalizando esta última el contenido creado para incitar al odio y la discriminación por diversas orientaciones, defendiendo la ideología neonazi, a través de la red.

16 Algunos ejemplos de sentencias son: la número 82 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª, SAP 82/2019) o la número 36 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Civil y Penal, Sección 2ª, STSJ 36/2019).

Sin embargo, pese a la extensa regulación de los delitos de odio en nuestro ordenamiento jurídico, la aporofobia,¹⁷ un fenómeno muy presente en la sociedad española,¹⁸ ha obtenido un tratamiento penal inexistente. La problemática se deriva de la inaplicación de los artículos 510 y 22.4 del CPE (2019) por la motivación aporófofa que subyace en numerosos delitos que sufren las personas sin hogar, verbigracia, lesiones, amenazas, tratos degradantes o delitos sexuales¹⁹ (García, 2020).

Comenzando con el artículo 510 del CPE (2019), la aporofobia está categorizada como un delito de odio, aunque esta no se contempla en el artículo mencionado. No obstante, su inclusión estaría justificada por: la incidencia significativa en la sociedad, la motivación prejuiciosa que subyace y la consideración del colectivo de personas sin hogar como un grupo con identidad comunitaria, este último debido a que comparten un riesgo por su exposición a la violencia sistémica (García, 2020).

Prosiguiendo con el artículo 22.4 del CPE (2019), en el pasado, un sector doctrinal luchó para su adecuación al tipo delictivo referido, cuya petición fue excluida en la Sentencia del Tribunal Supremo 1160 (Sala Segunda de lo Penal, STS 1160/2006) por no poder aplicarse dicha agravante discriminatoria a un ataque sufrido con un trato peyorativo e inhumano por su condición de persona sin hogar. En consecuencia, se plantea la inclusión de una cláusula abierta que englobe la aporofobia, tal como *motivos relativos a la situación socioeconómica paupérrima de la víctima*, aunque esta expresión podría conllevar problemas con el principio de taxatividad debido a que es sabido que un *numerus clausus* aporta mayor seguridad jurídica y reduce la discrecionalidad judicial. Además, a causa de las dificultades de limitación conceptual y en aras a una mayor seguridad jurídica, fue rechazada en el pasado, incluso con la adhesión del concepto *extrema* (García, 2020).

Afortunadamente, en la actualidad se prevé su inclusión en la agravante genérica del artículo 22.4 del CPE, gracias a la proposición de ley presentada por Podemos para su adhesión, encontrándose en la actualidad a la espera de votación por el Congreso de los Diputados. Con base en lo expuesto, se destaca la necesidad de que los juristas desarrollen una cláusula que respete los principios de nuestro ordenamiento jurídico para que su adhesión sea efectiva.

17 Definida como el odio a los pobres (Cortina, 2017).

18 Esta afirmación se desprende de las estadísticas aportadas por diversas instituciones, especialmente por el Observatorio Hatento en la investigación realizada en el año 2015, la cual reveló una tasa de victimización de un 47,1% por conductas aporófobas, sobre una muestra de 261 personas, debido a que el Ministerio del Interior ha otorgado datos insignificantes (Observatorio Hatento, 2015). Así mismo, un estudio jurisprudencial llevado a cabo sobre delitos de odio cometidos contra personas sin hogar por motivación aporófofa descubrió que esta nunca había sido condenada (García, 2020).

19 El estudio jurisprudencial hecho por García (2020) demostró que la motivación aporófofa no se había condenado en ninguna de las sentencias analizadas.

Ahora bien, la introducción de la aporofobia en sendos artículos se justifica por dos razones: las necesidades desiguales a las que responden, encontrándose, incluso, en partes diferenciadas del CPE (2019);²⁰ y la constatación de que son dos instituciones jurídicas diferentes, cuyo fundamento, a pesar de no ser equivalente, está vinculado con el principio de igualdad.²¹ También, con referencia al artículo 22.4 del CPE (2019) conviene destacar el mayor merecimiento de sanción penal que se deriva de los delitos cometidos con una motivación aporófoba (Bustos, 2020).²²

2. Los delitos de odio en la adopción de una perspectiva comparada

2.1. Una exposición de las líneas generales adoptadas por la Unión

Europea: particular referencia a Alemania y el Reino Unido

Iniciando el estudio con el ámbito europeo, la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA, 2018) manifestó la incidencia acusada de los delitos de odio en las personas inmigrantes o pertenecientes a minorías en el pasado, así como la necesidad de ampliar la recolección de estos tipos delictivos por los Estados miembros, cuyas estadísticas son, mayoritariamente, escasas e insuficientes.

Respecto al último punto mencionado, se pone de relieve el avance de Alemania y Gran Bretaña en la regulación penal y en la contabilización nacional de los delitos de odio.²³ No obstante, el estudio de los países indicados, los cuales van a ser analizados con relación a España, debe ser interpretado con cautela debido a que no existe, todavía, un procedimiento común en la recolección de los datos.²⁴

20 De hecho, el artículo 510 del CPE (2019) pone el énfasis en el peligro creado para el grupo vulnerable, mientras que el artículo 22.4 del CPE (2019) sanciona motivaciones muy específicas que son contrarias al principio de igualdad (Díaz, 2012).

21 Efectivamente, el artículo 510 del CPE (2019) se dirige, generalmente, a grupos, o, en caso contrario, a personas por su pertenencia a ellos, focalizando la atención en la necesidad de proteger a los colectivos más vulnerables. Por el contrario, la agravante genérica del artículo 22.4 del CPE (2019) hace alusión a la identidad personal de la víctima y a la protección de todos los ciudadanos por las motivaciones que expresa el articulado (Díaz, 2020).

22 Es más, desde una perspectiva preventivo-general positiva, existen dos valores que reafirmar: el quebrantado por el delito base cometido y el valor de la igualdad (Bustos, 2020).

23 Estos son los motivos que responden a la elección de los países indicados —Alemania y Gran Bretaña— en la adopción de una perspectiva comparada.

24 En efecto, la FRA (2018) destacó el profundo grado de variación existente en la contabilización de los delitos de odio por parte de los Estados miembros, convirtiéndose en una materia pendiente de unificación a nivel de la Unión Europea. Con relación a este aspecto, se deben tener en cuenta las divergencias en la identificación, clasificación o registro de los delitos de odio en los diferentes países, así como las diferencias poblacionales en los territorios mencionados.

Iniciando con la ley penal en Alemania, este país incluyó el artículo 130 del CP alemán, dirigido, fundamentalmente, a penalizar el discurso de odio en el ámbito penal, el cual ha sido denominado “laberinto dogmático”. El requisito para su aplicación es la lesión a la dignidad humana, dispuesto en la actualidad como un tipo penal antidiscriminatorio de forma general, siendo su última reforma en 2015, la cual amplió su punición a los actos preparatorios relacionados con su difusión a través de la radio o la televisión. En cuanto al bien jurídico, la doctrina mayoritaria alega que es la paz pública para la protección del interés supraindividual, en detrimento de la dignidad humana que fue invocada por una parte de la doctrina. Así mismo, las conductas típicas más básicas son: la incitación al odio y a la violencia; el insulto, el menosprecio malicioso y la difamación; y la idoneidad para alterar la paz pública (Landa, 2018).

Con respecto al estudio comparado con la regulación penal española, esta ha sido objeto de la influencia alemana en dos de sus artículos. El primero de ellos alude al artículo 510.1.b del CPE con referencia al artículo 130 del CP alemán, debido a que ambos condenan la cadena de difusión. Igualmente, el segundo de ellos recoge la lesión efectiva de la dignidad, configurado por el artículo 510.2.a del CPE, cuya similitud se refleja en el apartado 1 del artículo que regula los delitos de odio en Alemania, aunque este lo regula de forma más restrictiva debido a que sanciona la perturbación de la paz pública, el ataque a la dignidad humana a través de las injurias y el descrédito de forma intencionada por su pertenencia al grupo (Vicente, 2018). Respecto al bien jurídico, mientras la doctrina mayoritaria española defiende la no discriminación, derivada del principio de igualdad, la legislación alemana se centra en la dignidad humana.

Prosiguiendo con el Reino Unido, los países de Inglaterra y Gales han apostado por una agravación de la pena en una lista cerrada de delitos comunes cuando se motive a la hostilidad basada en la raza o religión de la violencia, denominados los tipos agravados por las secciones 28-32 de la Crime and Disorder Act 1998. Así mismo, existen los delitos de incitación al odio, recogidos en la Public Order Act 1986, configurada como la pieza central del sistema penal antixenóforo del Reino Unido, la cual criminaliza una actuación con la intención de incitar al odio racial, religioso o con relación a la orientación sexual (Gómez, 2016). Por lo tanto, al igual que el modelo español, estos países han adoptado una agravante genérica, a pesar de que en España no existe una lista específica de delitos comunes a los cuales se les puede agravar la pena, sino que en la legislación penal española la agravante es aplicable a una gran variedad de delitos, siempre y cuando la motivación discriminatoria no esté contemplada en estos, como se ilustró anteriormente.

Subsiguientemente, en cuanto a las estadísticas oficiales sobre delitos de odio, en Alemania, estas han mostrado un crecimiento significativo desde el año 2016, contabilizando 3598 delitos de odio, en comparación con los 7916 y los 8113 de los años 2017 y 2018, respectivamente (OSCE, 2019). Igualmente, cabe resaltar que la mayoría de ellos se corresponden con una motivación racista y xenófoba (en torno a un 80%), y la existencia de una elevada cifra de delitos de odio que permanece oculta, según informa la asociación MANEO de Berlín, consolidada en la protección de las víctimas de estos delitos (Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, 2018).

Continuando con los datos, el fenómeno de la infradenuncia se repite en los países que conforman el Reino Unido, estableciendo una diferencia porcentual significativa, lo que muestra la ineficacia de la policía en la contabilización de los delitos de odio, especialmente si se observa el número de condenas. Además, en consonancia con la tendencia expresada por Alemania, el Reino Unido ha experimentado un aumento relevante de los delitos de odio *idem*, duplicándose las cifras desde el inicio de su contabilización, en el cual se recogieron 52 853 delitos de odio en el año 2014, hasta el año 2018 cuya cifra se situó en 111 076, según las estadísticas oficiales (OSCE, 2019). Respecto a la motivación, del mismo modo que el país analizado en el párrafo anterior, la categoría correspondiente al racismo y a la xenofobia es mayoritaria, representando alrededor de un 80 % de los delitos cometidos.

En cambio, si focalizamos la atención en Gran Bretaña, podemos observar una cifra asombrosa y más que preocupante, con 94 098 delitos de odio cometidos en este territorio, lo que revela un incremento del 123 % desde 2013 que se comenzó su contabilización,²⁵ así como que, en Irlanda del Norte, la cifra de esta tipología de delitos es baja, en especial si se relaciona con sus países más próximos (Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, 2018).

En comparación con España, las estadísticas también han presentado un crecimiento significativo desde su contabilización en el año 2013, coincidiendo igualmente la motivación más cometida en los delitos, es decir, el racismo y la xenofobia, al igual que la presencia acentuada de la infradenuncia. Sin embargo, las cifras no pueden ser comparadas en términos cuantitativos ante la inexistencia de un instrumento y/o procedimiento común para la recogida de datos a nivel de la Unión Europea, como ya se ha expresado.

25 Diversos autores y expertos en la materia hallan en el Brexit la explicación, o, al menos, una fuerte influencia de este, en el crecimiento espeluznante de los delitos de odio en los Estados objeto de estudio (Perry, 2019).

2.2. Una aproximación al escenario latinoamericano: énfasis en el Estado de Brasil

Ahora bien, la problemática que presenta el contexto general de América Latina difiere en gran medida, comenzando con la inexistencia generalizada de estadísticas sobre las diferentes motivaciones que conforman los delitos de odio. Así mismo, en estas regiones, la igualdad no es observada como un requisito en la consecución de la democracia, y, más específicamente, respecto a la cuestión racial, debido a que existe una tendencia de negar la presencia del racismo, lo que dificulta no solo su reconocimiento, sino el establecimiento de sanciones efectivas (Dulitzky, 2017).

No obstante, los países latinoamericanos han reconocido los principios para luchar contra los delitos de odio, sosteniendo que las formas de discriminación e intolerancia promueven y reafirman la pobreza y exclusión existente en las sociedades, en especial en los colectivos minoritarios. Este punto es importante a causa de que las regiones expuestas presentan una distribución desigual de la riqueza muy acentuada, concentrándose las víctimas de estas dinámicas en grupos muy concretos. De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han realizado contribuciones específicas a la promoción de la igualdad,²⁶ aunque la jurisprudencia del primer órgano y las resoluciones del segundo no son abundantes, así como tampoco han desarrollado estándares de investigación y sanción de los delitos de odio, a diferencia de la experiencia europea. Es más, los órganos mencionados, es decir, la Corte IDH y la CIDH, han tomado como referencia la jurisprudencia dictada por el TEDH (Dulitzky, 2017).

Por consiguiente, varios países han tipificado en sus legislaciones algunas motivaciones del odio a través de delitos autónomos,²⁷ a diferencia de una minoría que ha adoptado una agravante genérica,²⁸ o ambas modalidades descritas (Landa, 2018). De hecho, en la actualidad, estos países han centrado la atención en los crímenes de odio LGTB, a través de la creación de observatorios e instrumentos para la contabilización de los delitos cometidos contra este colectivo. A pesar de lo expuesto, únicamente Uruguay ha establecido un tipo delictivo para actos que inciten al odio por motivación LGTB, aunque, en otros, como Colombia, existe un aumento

26 El informe anual de la CIDH (2009) advirtió que los Estados deben desarrollar medidas legislativas o de cualquier otra naturaleza con el fin de promover las condiciones de igualdad de los grupos que se encuentren en situación de discriminación. Al mismo tiempo, relacionado con lo indicado, la jurisprudencia interamericana ha enfatizado en la necesidad de respetar el derecho a la libertad de expresión.

27 Un ejemplo de lo señalado lo componen los artículos 176 y 177 del Código Penal ecuatoriano (Landa, 2018), siendo el caso de *Michael Arce* la primera condena por un delito de odio (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2016).

28 En este grupo, se podría destacar el artículo 12(21a) del Código Penal chileno, que permite agravar la pena de todos los tipos delictivos (Landa, 2018).

de la punibilidad basada en la “intolerancia” por razones de orientación sexual, sin hacer mención expresa al término “crimen de odio” (Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT, 2018).

Con referencia a las estadísticas, los crímenes LGBT han crecido en diez países de América Latina, situándose en el primer puesto Brasil con 958 delitos en los años correspondientes a 2015, 2016 y 2017 (Grupo de Diarios América, 2018). Así mismo, en el último país mencionado, también existe un delito de odio cuya necesidad de penalización se ha puesto de manifiesto en las estadísticas, debido a que está presente en la vida diaria de la mayor parte de los residentes en el territorio brasilero, en especial en las personas sin hogar.

Efectivamente, la aporofobia, a la cual se hace referencia en el párrafo previo, afecta profundamente al territorio brasilero, configurado como uno de los países con más población en situación de sinhogarismo, siendo la última estimativa de 101 584, con 777 904 casos contabilizados de violencia, exclusivamente durante el año 2015. De igual modo, en el estudio del período 2015-2017 fueron notificados más de 17 000 casos de violencia cuya motivación fue la ausencia de un hogar, es decir, el odio que se desprende por la condición de pobreza, correspondiente con la aporofobia. No obstante, al igual que en España, la infradenuncia se constituye como una dificultad que se debe salvar, principalmente en esta población de sinhogarismo, cuya vulnerabilidad obstaculiza de forma más acentuada el acceso a la justicia (Ministério da Saúde, 2019).

Sin embargo, la problemática es más grave que en el territorio español debido a que los crímenes de odio no son penalizados en la legislación penal brasilera, a pesar de que el artículo 5º de la Constitución Federal Brasilera de 1988 establece la igualdad como un pilar fundamental, enfatizando en la no discriminación por diversos motivos. Con base en lo expuesto, un sector doctrinal defiende centrar los esfuerzos, inicialmente, en la criminalización de la motivación discriminatoria en los delitos contra la vida cometidos a grupos sociales vulnerables, realizando un acercamiento con el delito de genocidio (Ríos & Dadico, 2017).

Por lo tanto, se puede observar en los diferentes territorios estudiados un escenario complicado ante la existencia de los delitos de odio, los cuales están elevando sus cifras, a pesar del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación manifestado en diversos instrumentos: internacionales, véase el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; americanos, como los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; europeos, como el artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2010; y nacionales, destacándose, en el caso español, el artículo 1º de la CE (1978).

Conclusiones

El crecimiento en la movilidad de las personas a causa del fenómeno globalizador, unido a la sociedad del riesgo desarrollada en los últimos años, ha producido un choque cultural, sobre todo en las sociedades europeas, desembocando en conflictos que han precisado acudir al derecho penal, como los delitos de odio, definidos como infracciones penales cometidas con motivaciones prejuiciosas. En estos, se destaca el discurso de odio, cuya penalización ha sido muy controvertida por su ponderación con la libertad de expresión, consolidada, generalmente, como un derecho fundamental.

Centrando la atención en las estadísticas, el estudio efectuado ha reflejado un aumento progresivo de los delitos de odio, particularmente por motivaciones racistas y xenófobas. Igualmente, también ha puesto de manifiesto la consolidación de estas dinámicas a nivel global, las cuales deben ser combatidas por la negación a la condición humana que implican. De forma análoga, este fenómeno, caracterizado por la intolerancia y el desprecio al diferente con relación a razones éticas, culturales, religiosas y sociales, fractura los valores más importantes del orden democrático establecido en los diferentes países objeto de estudio, como es el principio de igualdad y no discriminación.

Relacionado con lo expuesto anteriormente, los organismos internacionales han elaborado instrumentos con el objetivo de generar una lucha efectiva común desde el derecho penal, entre los cuales destaca la legislación europea, en especial con la DM 2008/913/JAI. No obstante, la decisión marco mencionada, a pesar de ser traspuesta a las diferentes legislaciones penales, como la española, ha demostrado no ser suficiente, cuya conclusión se obtiene a través de las estadísticas sobre los delitos de odio presentadas en el artículo.

En efecto, el legislador español se ha excedido con la amplitud en la configuración de los tipos penales destinados a los delitos de odio, compuestos principalmente por los artículos 22.4 y 510 del CPE, introduciendo conceptos indeterminados y, por ende, inseguridad jurídica, con el consiguiente ataque al principio de proporcionalidad o lesividad que podría representar su aplicación. Además, pese a su extensión, excluye la sanción de otras motivaciones cuya afección en el territorio español es considerable, como la aporofobia, cuya inclusión está justificada en sendos artículos. Ahora bien, haciendo referencia a la práctica jurisprudencial, los tribunales españoles están aplicando de forma restrictiva los tipos penales, condenando los de mayor gravedad, en consonancia con directrices internacionales, por lo que la extensión de la regulación es salvada en cierta medida.

Así mismo, la comparativa europea no aporta resultados más positivos, sino que, a la existencia de una cifra elevada de los delitos de odio, sobre todo en Gran Bretaña, se añaden confusas legislaciones penales, como el artículo 130 del CP alemán. En este sentido, el contexto latinoamericano nos muestra una realidad diferente, ya que no existe una regulación sólida acerca de los delitos de odio en los países que lo conforman, sino que, en ocasiones, existen delitos autónomos o agravantes genéricas. La causa de esta escasez de regulación podría deberse a la inobservancia de la igualdad como una condición ineludible en el establecimiento de una democracia efectiva. A pesar de lo expuesto, estos países han centrado la atención en una tipología muy específica: los crímenes LGTB. De hecho, se destaca Brasil por ser el Estado con la mayor cantidad de delitos de este tipo, aunque la aporofobia, por su ingente cantidad de personas sin hogar, también es un problema consolidado en este territorio, el cual no ha obtenido, todavía, una respuesta penal.

En conclusión, los delitos de odio se configuran como un fenómeno existente a nivel mundial con variaciones significativas entre sociedades, países y regulaciones penales. En consecuencia, se establece como ineludible un estudio más profundo de las diferencias en las tipologías de los delitos de odio cometidas en los territorios, las leyes penales adoptadas y las prácticas jurisprudenciales efectuadas. Todo ello con el fin de obtener un conocimiento especializado acerca de las dinámicas expuestas y de realizar las modificaciones en las legislaciones penales, consideradas estas como imprescindibles para emprender una lucha eficaz contra los delitos de odio.

Referencias

- Bernal, J. (2014). Política criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Revista Política criminal*, 9(8), 371-399. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A3.pdf
- Bustos, M. (2020). *Informe sobre la necesidad de incorporación de los motivos aporofobos como forma de odio discriminatorio en la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal*. Recuperado de <https://crimen.eu/bustos-m-informe-sobre-la-necesidad-de-incorporacion-de-los-motivos-aporofobos-como-forma-de-odio-discriminatorio-en-la-circunstancia-agravante-del-art-22-4-del-cp-2020/>
- Chacón, L. (2016). *Delitos de odio y discriminación en el Código Penal*. Trabajo presentado en el I Congreso Nacional sobre Discriminación y Delitos de Odio del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Córdoba, España.

- Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad. (2018). *Comparativo sobre delitos de odio en Europa, 2018*. Recuperado de http://www.mujeresenigualdad.com/Estudio-comparativo-sobre-los-delitos-de-odio-en-Europa_es_0_1940.html
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia: el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Valencia: Paidós.
- Díaz, L. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante* (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, España). Recuperado de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391_diaz_lopez_juan_alberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Dulitzky, A. (2017). *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano. Modelos para (des)armar*. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://pdfs.semanticscholar.org/ceea/2bab3cd5bc81f1d781b8fbb73b9cdf36ccd0.pdf>
- García, I. (2020). *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis.
- García, J. (2016). El discurso de la discriminación y los delitos de odio. En F. Pérez (Dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías* (pp. 659-673). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Gómez, V. (2016). Incitación al odio y al género. Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal*, 18-20, 1-25. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>
- Landa, J. M. (2018). *Los delitos de odio. Artículo 510 y 22.4 CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López, A. I. (2017). Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015). *Antropología Experimental*, 17, 19-37. Recuperado de <https://revista-electronicas.ujaen.es/index.php/rae/article/view/3197>
- Movimiento contra la Intolerancia. (2017). *Informe Raxen, especial 2017*. Recuperado de <http://www.informeraxen.es/wp-content/uploads/2018/07/Especial-2017.pdf>
- Movimiento contra la Intolerancia. (s. f.). *Cuadernos de Análisis N° 36, Leyes de delitos de odio: una guía práctica (OSCE)*. Recuperado de http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosAnalisis/cuadernos_analisis.asp

- Observatorio Hatento. (2015). *Muchas preguntas, algunas respuestas*. Recuperado de <http://hatento.org/wp-content/uploads/2014/10/informe-diagnostico.pdf>
- Perry, J. (2019). *Facing all the facts. Connecting on hate crime data in England & Wales*. Recuperado de <https://www.facingfacts.eu/wp-content/uploads/sites/4/2019/11/Facing-Facts-Country-Report-England-and-Wales-with-Self-Assessment-271119.pdf>
- Quesada, C. (2015). La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 30, 1-33. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num30/articulos/labor-tribunal-europeo-derechos-humanos-torno-al-discurso-odio-partidos-politicos-coincidencias-contradicciones-con-jurisprudencia-espanola>
- Ríos, R. R., & Dadico, C. M. (2017). Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadounidense. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 141(26), 119-156.
- Sanz, N. (2017). *Política criminal*. Salamanca: Ratio Legis.
- Vicente, R. (2018). *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Otras fuentes

- Brasil, Ministério da Saúde. (2019). População em situação de rua e violência. Uma análise das notificações no Brasil de 2015 a 2017. *Boletim Epidemiológico*, 50(14), 1-13. Recuperado de <https://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/junho/13/2019-010-publicacao.pdf>
- Código Penal español (CPE). (2019). Tecnos.
- Comisión Europea. (2014). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52014DC0027>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2008. Volumen III. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión*.

- Consejo de la Unión Europea. (28 de noviembre de 2008). Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo del 28 de noviembre de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal. Recuperado de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>
- Constitución Española (CE). (29 de diciembre de 1978). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Defensoría del Pueblo Ecuador. (5 de julio de 2016). *Se ratifica primera sentencia por odio racial en Ecuador*. Recuperado de <https://www.dpe.gob.ec/10254-2/>
- España, Ministerio del Interior. (2017). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España, 2016*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>
- España, Ministerio del Interior. (2018). *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con delitos de odio en España, año 2017*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/10180/7146983/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2017+v3.pdf/5d9f1996-87ee-4e30-bff4-e2c68fade874>
- España, Ministerio del Interior. (2019). *Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, año 2018*. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+2018/ab86b6d9-090b-465b-bd-14-cfafccdfbc>
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (2018). *Hate crime recording and data collection practice across the EU*. Recuperado de <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/hate-crime-recording-and-data-collection-practice-across-eu>
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). (21 de junio de 2018). *Un mejor registro de los delitos motivados por el odio ayudaría a las víctimas de delitos*. [Comunicado de prensa de la FRA]. Recuperado de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/pr-2018-hate-crime-recording_es.pdf
- Grupo de Diarios América. (21 de enero de 2018). Especial GDA: Crímenes contra LGTB, una realidad invisible. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://blog.gda.com/2018/01/>

Jurisprudencia

- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª. Sentencia 299 (21 de mayo de 2019). M. P. José Antonio Lagares Morillo.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª. Sentencia 54 (18 de julio de 2019). M. P. Inmaculada Concepción Cerezo Cintas.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª. Sentencia 570 (16 de septiembre de 2019). M. P. Guillermo Benlloch Petit.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª. Sentencia 472 (4 de julio de 2019). M. P. José Grau Grasso.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª. Sentencia 78 (14 de febrero de 2019). M. P. Jesús Navarro Morales.
- España, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª. Sentencia 82 (18 de febrero de 2019). M. P. María Mercedes Otero Abrodos.
- España, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª. Sentencia 158 (28 de febrero de 2019). M. P. Mª Carmen Compaired Polo.
- España, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30ª. Sentencia 102 (21 de febrero de 2019). M. P. Mª Fernando García Pérez.
- España, Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª. Sentencia 55 (21 de marzo de 2017). M. P. Ricardo J. González.
- España, Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª. Sentencia 161 (8 de julio de 2019). M. P. Juan Miguel Donis Carracedo.
- España, Juzgado de lo Penal de Valencia, Sección 2ª. Sentencia 119 (19 de septiembre de 2019). M. P. Enrique Javier Ortola Icardo.
- España, Juzgado Penal de Sevilla, Sección 10ª. Sentencia 65 (9 de octubre de 2019). M. P. David Candilejo Blanco.
- España, Tribunal Constitucional, Sala de lo Penal. Sentencia 235 (7 de noviembre de 2007). M. P. Eugeni Gay Montalvo.
- España, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección 2ª. Sentencia 36 (26 de junio de 2019). M. P. Ignacio María de las Rivas Aramburu.
- España, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sentencia 1160 (9 de noviembre de 2006). M. P. Siro Francisco García Pérez.

SECCIÓN DE ENSAYOS DE INVESTIGACIÓN

Seleccionados del III Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia

¿Cómo hacer factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico-conductual

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas

Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género

Manuel Sánchez-Moreno

Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres a partir de la perspectiva del pluralismo jurídico

Marcela Moreno Buján

¿Cómo hacer factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico-conductual*

How to Make the Fundamental Rights of Other Species Practicable?: The Legal-Behavioral Approach

Como fazer factíveis os direitos fundamentais de outras espécies?: o enfoque jurídico-comportamental

Diego Alejandro Sánchez Cárdenas**

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 05 de julio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10222>

Para citar este artículo: Sánchez Cárdenas, D. A. (2020). ¿Cómo hacer factibles los derechos fundamentales de otras especies?: el enfoque jurídico-conductual. *ANIDIP*, 8, 1-34. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10222>

Resumen

Una de las cuestiones que ha motivado mayor exclusión en la protección brindada por los derechos fundamentales es la obsesión por caracterizar al titular de derechos. Hasta la actualidad, existe un enfoque subjetivo de los derechos fundamentales, bajo el cual las conductas jurídicamente trascendentes son aquellas que lesionan en sus bienes básicos a sujetos con cualidades específicas: ‘seres dignos’, lo que lastimosamente excluye del mundo jurídico a seres distintos al ser humano.

Frente a esta situación, el presente trabajo propone una reordenación de las ‘funciones jurídicas’ de los sistemas de derechos fundamentales. De esta manera, con

* Trabajo ganador de la III Edición del Certamen de Estudios Críticos sobre la Justicia (2020), organizado por el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIIH).

** Maestro en Solución de Conflictos por la Universidad de San Martín de Porres; maestrando en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia, Italia, abogado por la Universidad Católica de Santa María. Integrante del Grupo de Filosofía de la Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia del Instituto Iberoamericano de La Haya; exbecario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha realizado trabajos de investigación reconocidos por la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University College of Law, por el Programa Universitario de Bioética de la UNAM, por la Universidad La Gran Colombia y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú.

el ánimo de incluir en el desarrollo jurídico a otras formas de vida, se postulará que la primera función de los sistemas jurídicos debe ser seleccionar como relevante —sin mayor discriminación— a toda aquella conducta que: i) sea debatida socialmente (bajo determinadas características) y ii) esté relacionada con la supervivencia, el sufrimiento, la libertad y, en general, la satisfacción de las necesidades más elementales (en los términos que se expondrán).

Lo anterior no supone que el sistema jurídico no deba realizar un análisis ontológico del sujeto, sino que este, lejos de excluir a ciertos seres del mundo jurídico, se desempeñe —como una segunda función del sistema jurídico— con el objeto de determinar la regulación que se brindará a determinado comportamiento que es previamente aceptado como trascendente en la esfera jurídica, debido a su importancia social y sus características especiales.

Con ello se espera brindar un enfoque que haga factibles los derechos de los animales y del medio ambiente, así como sustentar teóricamente los esbozos que ya han reconocido a especies diferentes al ser humano como intereses jurídicos independientes.

Palabras clave: derechos fundamentales; sujeto de derechos; derechos de especies no humanas; derechos del medio ambiente; justicia.

Abstract

One of the topics that have produced more exclusion in the protection provided by fundamental rights is the obsession to characterize the rights holder. Until now, it prevails a subjective perspective to fundamental rights, under which legally transcendent behaviors are those that injure individuals with specific qualities: ‘worthy beings’. Because of that, this research proposes a reordering of the ‘legal functions’ of fundamental rights systems. In this way, aiming to include other beings in the legal development, it will be postulated that the first function of legal systems should be to select as relevant —without discrimination— all conducts that i) are socially debated (under certain characteristics) and ii) are related to survival, suffering, freedom, and, in general, the satisfaction of the most basic necessities.

This approach does not mean that the legal system should not carry out an ontological analysis of the subject, but rather that it —far from excluding certain beings from the legal world— must be performed —as a second function of the legal system— to determine the regulation that will provide a certain behavior that is previously accepted as transcendent in the legal field, due to its social importance and its special characteristics. In this way, we hope to provide an approach that makes animal and environmental rights practicable; similarly, we hope to design

a theory that supports the pronouncements that have already recognized species different from human beings as independent legal interests.

Keywords: Fundamental rights; subject of rights; rights of non-human species; environmental rights; justice.

Resumo

Uma das questões que tem motivado maior exclusão na proteção brindada pelos direitos fundamentais é a obsessão por caracterizar ao titular de direitos. Até a atualidade, existe um enfoque subjetivo dos direitos fundamentais, sob o qual, as condutas juridicamente transcendentais são aquelas que lesionam em seus bens básicos a sujeitos com qualidades específicas: ‘seres dignos’. O que lastimosamente exclui do mundo jurídico a seres distintos ao ser humano. Frente a esta situação, o presente trabalho propõe uma reordenação das ‘funções jurídicas’ dos sistemas de direitos fundamentais. Desta maneira, com a intenção de incluir no desenvolvimento jurídico a outras formas de vida, se postulará que a primeira função dos sistemas jurídicos deve ser selecionar como relevante, sem maior discriminação, a toda aquela conduta que: i) seja debatida socialmente (sob determinadas características) e ii) esteja relacionada com a supervivência, o sofrimento, a liberdade e, em geral, a satisfação das necessidades mais elementares (nos termos que se exporão).

O anterior, não supõe que o sistema jurídico não deva realizar uma análise ontológica do sujeito, mas que o mesmo, longe de excluir a certos seres do mundo jurídico, se desempenhe, como uma segunda função do sistema jurídico, com o objeto de determinar a regulação que se brindará a determinado comportamento que é previamente aceitado como transcendente na esfera jurídica, devido a sua importância social e suas características especiais.

Com o anterior, se espera brindar um enfoque que faça factíveis os direitos dos animais e do meio ambiente; assim como sustentar teoricamente os esboços que já têm reconhecido a espécies diferentes ao ser humano como interesses jurídicos independentes.

Palavras-chave: direitos fundamentais; sujeito de direitos; direitos de espécies não humanas; direitos do meio ambiente; justiça.

1. ¿A quién protegen los derechos fundamentales?

Los derechos fundamentales representan una reacción jurídica ante los hechos más despreciables cometidos por el ser humano, de modo que pretenden tutelar las expectativas elementales de toda persona a través de lo que autores —como el

jurista italiano Luigi Ferrajoli (2001)— denominan como “principio de universalidad” (p. 366).

En obsequio al principio mencionado, parece que los Estados deben garantizar, respetar y reconocer legalmente los derechos fundamentales de forma unánime y armónica. Sin embargo, tal postulado constituye una aspiración que debe perseguirse a sabiendas de que es inalcanzable, pues es tal el nivel de complejidad que no existe certeza ni del sujeto al que deben reconocerse estos derechos.

El desarrollo jurídico de las últimas décadas parece estar generando una importante contradicción terminológica y filosófica entre la noción kantiana de dignidad humana —como estatuto ontológico necesario para la imputación de derechos fundamentales— y la elevación de especies distintas al ser humano a la categoría jurídica de ‘sujeto de derechos’.

Así, la Corte Constitucional de Colombia declaró expresamente en el año 2016 al río Atrato en calidad de “sujeto de derechos” a la “protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016, fundamento 9.32). De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva 23 de 2017, ha señalado que los componentes ambientales deben ser considerados intereses jurídicos en sí mismos “en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales” (párr. 62), lo que ha sido reiterado jurisprudencialmente en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat contra Argentina —caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, del 6 de febrero de 2020—.

¿Carecen de bases filosóficas aquellos desarrollos jurídicos que consideran ‘sujeto de derecho’ a especies distintas al ser humano? Al respecto, el profesor Douzinas Costas (2008) se cuestiona en relación con los derechos fundamentales de la siguiente manera:

¿Quién o qué es un ser humano? Incluso si tuviésemos la respuesta, ¿cuándo comienza la existencia de un ser humano (y los derechos asociados a ella) y cuándo termina? ¿Qué pasa con el feto, los niños, los enfermos mentales o terminales, los prisioneros? ¿Son completamente humanos, dotados de todos los derechos que pertenecen a la humanidad, o sólo parcialmente humanos, al ser severamente restringidos sus derechos? [...] ¿Qué pasa con los animales? [...] (p. 19).

Con singular acierto indica Vitale (1993) que no todas las filosofías políticas comparten la idea del valor de la ‘persona humana’ ni todos los ordenamientos asumen

tal figura como centro de imputación de derechos, lo que impone enormes desafíos a los sistemas jurídicos de protección de derechos fundamentales, ya que estos han acogido como sustento medular y condición habilitante para el goce de derechos a la noción kantiana de dignidad que, en su acepción original, parece pertenecer exclusivamente al ser humano.

Destaca Javier Hervada (1998) que la justicia no tiene otra medida que la dignidad del ser humano en cuya virtud se fundamenta todo derecho posible. De este modo, la dignidad aparece como una señal de identidad del ser humano, quien, de acuerdo con una visión antropocéntrica del mundo y de la vida, es un ser dotado de inteligencia y libertad (Marín Castán, 2007).

No es de extrañar que los principales defensores del pensamiento anteriormente esbozado rechacen el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de especies distintas del ser humano. Muestra de lo anterior, Hervada (1998) resalta que los derechos tienen lugar en la persona humana, pues esta se domina y tiene la capacidad de ordenarse para sus fines por medio de decisiones libres, a diferencia de los animales, que “[...] viven en el mundo de lo irracional, donde impera el instinto y la fuerza” (p. 66).

No obstante, la realidad demuestra que el reconocimiento de derechos a favor de entes —que difícilmente son compatibles con la definición estricta de persona humana— está progresando lentamente. Vitale (1993) afirma que para muchas orientaciones filosófico-jurídicas los derechos fundamentales deberían ser reconocidos también a sujetos que no son personas humanas, por ejemplo: las generaciones futuras, los animales e, incluso, el propio entorno y la naturaleza.

De esta forma, existe un profundo antagonismo entre la titularidad universal que importan los derechos fundamentales y su concepción pragmática, pues no existe certeza ni de quién debe ser el sujeto protegido. Parece ser que las obligaciones que imponen los mal llamados ‘derechos humanos’ son materializadas en sujeción plena a la jurisdicción en la que se desempeña la persona. No sería exagerado afirmar que en ciertos tópicos el respeto de estos derechos es una cuestión que depende de la tradición jurídica, la soberanía y hasta de la ideología estatal. En palabras de Miguel Ángel Martínez (2011): “[...] la posibilidad latente de tener derechos parece inscribir necesariamente a los seres humanos dentro de un marco constitucional que les garantice abrigo y protección ante la violencia [...]” (p. 26).

¿Cómo es posible que sea tan difícil consensuar sobre derechos que nos pertenecen a todos indistintamente? Así, ante esta incertidumbre y la carencia de bases filosóficas sólidas, el jurista Norberto Bobbio (1991) manifestó que una de las razones por las que los derechos fundamentales “no existen” es la imposibilidad de

señalar un fundamento absoluto de estos, ya que son poco definibles e históricamente variables.

Siendo así, las bases del modelo actual de derechos fundamentales encuentran dificultades preocupantes, toda vez que no existe consenso para determinar con claridad al sujeto que deben proteger estos derechos en temáticas relacionadas con el abuso animal y la depredación del medio ambiente.

2. El problema de los derechos de otras formas de vida: el análisis ontológico como criterio de selección jurídica

Frente a la problemática planteada en el acápite anterior, se espera brindar una propuesta que haga factibles los derechos de especies distintas al ser humano sin modificar de forma radical los conceptos jurídicos ya existentes. Así, se espera demostrar que un cambio de enfoque es suficiente para dar espacio en el mundo jurídico a los derechos de otras formas de vida, por lo que conviene empezar desarrollando de forma rápida algunas características de lo que es el enfoque actual.

Tradicionalmente, se han entendido a los derechos fundamentales como prerrogativas básicas inherentes al ser humano. En ese sentido, se ha adoptado un ‘enfoque subjetivo’ que exalta y presta especial énfasis a las características del sujeto (y principalmente a la dignidad humana) como prerrequisito para el goce de derechos. Siendo así, bajo tal enfoque quedan excluidos los derechos de todas aquellas especies que no logren calificar, ontológicamente, como personas humanas dotadas de dignidad.

Como relata María Marín Castán (2007), en Kant se encuentra la expresión más clara de la idea de la dignidad como categoría ética vinculada a la dimensión moral del ser humano. En ese tenor, la dignidad aparece como una muestra de identidad del ser humano, como ser moral dotado de inteligencia y libertad. Como asevera el Tribunal Constitucional de España, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona humana que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la invocación al respeto por parte de los demás (Sentencia STC53/85, 11 de abril de 1985).

De esta manera, es posible aseverar que el criterio preponderante mediante el cual los sistemas jurídicos de derechos fundamentales seleccionan como trascendente a un comportamiento es la presencia de un sujeto con características específicas: el ser humano, por lo que este enfoque —al excluir de forma automática a toda aquella especie que no comulga con las características de lo que se conoce como ‘persona humana’— resulta la mayor fuente del antropocentrismo jurídico.

En atención a lo anterior, se propondrá reemplazar el denominado ‘enfoque subjetivo’ por un modelo centrado, prioritariamente, en las características del comportamiento: un ‘enfoque conductual de derechos fundamentales’.

Para llevar a cabo tal labor de forma ordenada, es necesario distinguir con suma claridad que los sistemas jurídicos desempeñan, por lo menos, tres de las funciones elementales aquí propuestas, las cuales se realizan, estrictamente, en el siguiente orden:

- **Seleccionan un comportamiento como jurídicamente trascendente.** El actual enfoque subjetivo de los derechos fundamentales ostenta como primer filtro de selección un análisis ontológico, mediante el cual se excluye de la calidad de sujeto de derechos a todas aquellas especies que no se encuentren dentro de la descripción de la categoría ‘persona humana’.

En este extremo, el enfoque conductual aquí postulado propone que, a efecto de seleccionar un comportamiento como relevante, el sistema jurídico debe enfocarse, únicamente, en identificar: i) una conducta de características específicas, ii) que revista importancia social. Tales factores serán desarrollados posteriormente.

Cabe hacer énfasis en que el enfoque conductual aquí propuesto establece que no debe realizarse un análisis de la ontología del sujeto para efecto de seleccionar un comportamiento como relevante, pues tal labor deberá desempeñarse, en estricto, sin fines de exclusión y luego de reconocer la importancia jurídica de determinado comportamiento, según se describe a continuación.

- **Deciden biopcionalmente cómo regular el comportamiento.** Como segundo paso, una vez el sistema jurídico selecciona como trascendente un comportamiento, este, en seguida, debe decidir, estrictamente, si lo acepta o lo rechaza, si lo preserva o lo proscribire, si lo protege o lo condena, esto es: debe discernir entre dos opciones estrictas y cerradas de conservación o reivindicación, o, lo que es lo mismo, efectuar una decisión biopcional.

Para esta decisión, el enfoque conductual postula que el sistema jurídico no debe apoyarse en la importancia social del comportamiento (ello claramente sería un peligro), sino, por el contrario, en criterios objetivos del derecho, dentro de los cuales se encuentra el análisis ontológico del sujeto. De este modo, la propuesta principal de este trabajo es que el análisis de las características del sujeto (análisis ontológico) no debe desempeñar la función primaria de ser un criterio de selección, sino la función secundaria de ser un criterio de regulación.

En otras palabras, una vez se haya identificado una conducta como trascendente para el mundo jurídico, debe decidirse si esta se acepta o prohíbe bajo los criterios de carácter objetivo ya existentes, como el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la salud, a la educación, y, desde luego, también deben estudiarse las características ontológicas del sujeto, pues dependiendo de ellas puede discernirse entre la aceptación o el rechazo.

Así, algunos ordenamientos jurídicos toleran una conducta (previamente considerada como trascendente) con base en un análisis ontológico del sujeto. Por ejemplo —y sin ánimo de profundizar en este tópico—, gran parte de los ordenamientos jurídicos aceptan la fecundación *in vitro*, al considerar que, ontológicamente, el óvulo fecundado no tiene la calidad de persona humana antes de implantarse en el útero materno y, por lo tanto, que no goza del derecho fundamental a la vida.

- **Deciden sobre la regulación específica de la conducta.** Como tercer paso, el sistema jurídico requiere estructurar una regulación adecuada para la conducta en cuestión. Tal regulación, claro está, debe ser coherente con la postura biopcional (de aceptación o rechazo) previamente adoptada.

Para efectuar tal labor, el sistema jurídico necesitará de los principios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de brindar un tratamiento jurídico adecuado al comportamiento. Así mismo, necesitará del análisis ontológico, pues, dependiendo de las características del sujeto, podrán restringirse, ampliarse o limitarse en mayor o menor medida el goce y ejercicio de determinados derechos.

Lo anterior tiene una evidente vigencia en el ejercicio de los derechos humanos. Así, por ejemplo, se acepta sin mayor discusión que los niños y niñas no pueden ejercer derechos como la sindicación, asociación o libertad de religión en sus primeros años de vida; o que las personas adultas mayores merecen garantías especiales para su salud por parte del Estado en atención a su propia condición.

Como puede apreciarse, de acuerdo con el enfoque conductual aquí propuesto, todos los criterios objetivos en materia de derechos fundamentales (proporcionalidad, razonabilidad y, cabe subrayar, el análisis ontológico) no tienen como función seleccionar o discriminar comportamientos, sino instruir al sistema jurídico en la elección de una postura y su regulación.

Por esto, desde ya puede advertirse que, según el enfoque conductual de los derechos fundamentales, la propia idea de dignidad humana —como principio madre de los derechos fundamentales— no tiene como función excluir de la juridicidad a conductas relacionadas con el abuso animal o la depredación del

medio ambiente, sino, únicamente, orientar y sustentar al sistema jurídico en su desarrollo en cuanto sea pertinente.

3. La selección jurídica de comportamientos en los sistemas de derechos fundamentales y sus modalidades

Con ánimo de desarrollar el denominado enfoque conductual de derechos fundamentales sin mayor dilación, se iniciará proponiendo un modelo que explique, *de facto*, cómo los sistemas jurídicos de derechos fundamentales seleccionan conductas como trascendentes. De esta manera, podrá irse apreciando que los sistemas jurídicos no requieren en esta etapa (de selección) un filtro ontológico que excluya formas de vidas distintas al ser humano.

Conviene precisar que la expresión “selección jurídica” está relacionada con algunas ideas que el sociólogo alemán Niklas Luhmann sostuvo respecto a la autopoiesis jurídica. El término ‘autopoiesis’ es un neologismo propio de las ciencias naturales que fue extraído por Luhmann de la obra de Maturana y Varela (como se citó en Rodríguez & Torres, 2003) con el fin de explicar la capacidad de un sistema para desarrollarse por sí mismo.

De esta forma, según la teoría luhmanniana, cada sistema es sensible a un tipo de problema en particular, de modo que identifica sus operaciones de acuerdo con su función sistémica. En este orden de ideas, Luhmann (como se citó en Chávez & Mujica, 2014) expresa: “[...] cada sistema selecciona lo que quiere, de la forma en que lo quiere, considerando la posibilidad de negar tal selección de la forma en que quiera”.

En el caso de los sistemas jurídicos, conviene mencionar que estos son normativamente cerrados y cognitivamente abiertos. Esto significa que solo estos son capaces de seleccionar los problemas sociales y calificarlos binariamente como legales o ilegales (normativamente cerrados), en tanto están obligados a observar su entorno con el objeto de garantizar su permanente reproducción, o, lo que es lo mismo: están constreñidos a sincronizarse constantemente con el medio para autodesarrollarse (cognitivamente abierto) (García Amado, s. f.).

Siendo así, el modelo que se postulará en el presente trabajo explicará cómo un sistema de derechos fundamentales ‘selecciona’ del entorno una conducta y le otorga trascendencia jurídica de acuerdo con sus propias referencias, a partir de dos modalidades:

- **Legal:** los sistemas jurídicos están diseñados para seleccionar conductas conforme con sus características más relevantes; en ese sentido, se advierte de la praxis judicial que los operadores jurídicos deciden conocer asuntos en concreto analizando la naturaleza de los fácticos en relación con las obligaciones jurídicas vigentes. En materia de derechos fundamentales, podría indicarse que este tipo de selección jurídica se presenta cuando un caso en particular puede potencialmente ‘caracterizar’ una violación a las obligaciones que imponen la normativa constitucional o convencional vigente.

De esta manera, el proceso de selección legal de conductas se reduce a la simple presentación de un asunto concreto y a la admisión de este por parte de un órgano jurisdiccional en atención a las disposiciones jurídicas vigentes. En estos casos, el desarrollo del sistema jurídico puede consistir en la simple confirmación de los parámetros vigentes o conllevar un esbozo inédito que, en ocasiones, implica el reconocimiento formal de nuevos derechos fundamentales.

Claro está que este tipo de selección jurídica ha sido muy estudiado en el mundo jurídico a través de figuras como la ‘admisibilidad’ y la ‘procedencia’ de recursos judiciales y constitucionales, de forma que el presente estudio se centrará en un tipo de selección jurídica que, mucho más que redundar o ampliar parámetros vigentes, puede concretizar reformas jurídicas estructurales, como la que amerita el reconocimiento de derechos de otras formas de vida.

- **Social:** el sistema jurídico no solo se avoca al conocimiento de determinadas conductas con ocasión de su subsunción en las normas legales vigentes, sino también cuando tales comportamientos producen ciertas reacciones sociales. De esta forma, puede que un hecho no se subsuma en estricto en los estándares esbozados por los sistemas jurídicos de derechos fundamentales, no obstante, ello no será impedimento para que estos se avoquen al conocimiento de un asunto en particular, siempre que se cumpla con el modelo que se analizará a continuación.

3.1. Selección social de conductas

Si bien la idea de ‘selección funcional’ en los sistemas sociales que este trabajo utiliza fue extraída de la teoría luhmanniana, hay al menos un aspecto en concreto de tal teoría en el que esta publicación discrepa. En efecto, como anota la doctrina, Luhmann no considera las características y la presencia del ser humano en la denominada autopoiesis jurídica (Rodríguez & Torres, 2003).

Al no considerar al individuo en su teoría, Luhmann descarta la existencia de cierto nivel explicativo, optando por una mera descripción idealista dotada de vida propia. Así, Gilbert Galassi y Correa (2001) apuntan que no puede descuidarse la

presencia del ser humano en el autodesarrollo de sistemas sociales, pues “[...] lo social está constituido por individuos en interacción permanente que explicitan u operan a base de estructuras de expectativas” (párr. 71).

De esta forma, si bien el modelo que se propondrá pretende explicar cómo un sistema jurídico selecciona una conducta como relevante, este se alejará de la teoría luhmanniana, en tanto se considerarán las características del sujeto promotor del desarrollo jurídico, como se expone a continuación.

3.1.1. El reivindicador

Los sistemas jurídicos no son abstracciones que subsistan con prescindencia del ser humano, por el contrario, son estructuras concebidas y diseñadas según sus propias características e intereses. Al respecto, Hart (1961) enseña que la existencia del derecho —como ciencia social— contiene enunciados cuya validez depende del ser humano y está supeditada, en última instancia, a que estos conserven las características e intereses que hoy tienen.

De esta forma, conviene preguntarse: ¿cuáles son los intereses del ser humano que permiten la existencia de los sistemas jurídicos de protección de derechos fundamentales?, esto es, en los términos de la presente publicación: ¿cuáles son las nociones del reivindicador?

- **Noción de supervivencia:** la supervivencia es un interés que todo ser viviente pretende resguardar de forma natural, en cuya virtud se desempeñan las acciones necesarias a fin de preservar la existencia misma. Resulta indudable que la supervivencia es un interés que el sistema jurídico pretende resguardar, al grado que, para autores como Hart (1961), constituye la finalidad misma de los derechos fundamentales.
- **Noción de evitar el sufrimiento:** Singer (1999) acota que existe un interés universal de eludir y reducir el sufrimiento que es compartido tanto por los seres humanos como por los animales; de esta forma, el mencionado autor indica que existen signos externos que denotan el rechazo al dolor, como contorsiones faciales, gemidos, chillidos y otros sonidos e intentos para eludir la fuente del dolor. De este modo, el interés por evitar el sufrimiento es una noción que impulsa al reivindicador en su labor de incidencia social.
- **Noción de libertad:** sin ánimo de ser exhaustivos, puede aseverarse que esta noción suele concebirse desde una perspectiva negativa, a través de la cual se rechazan las interferencias ajenas en la conducta del individuo; y desde una perspectiva positiva, a través de la cual el sujeto tiene capacidad de actuar según sus propias determinaciones (Bueno, 1996).

- **Noción de satisfacer necesidades básicas:** los seres vivos se encuentran en permanente envejecimiento y requieren satisfacer diversas necesidades para poder subsistir, las cuales varían dependiendo de las capacidades y condiciones del sujeto. Por ejemplo, en el caso del ser humano, es innegable que este trata de velar por cuestiones elementales como: salud, educación, vivienda, trabajo, entre otros intereses básicos. Si bien esta noción puede resultar particularmente amplia, tal característica —conforme el lector podrá ir advirtiendo— no perjudica la idea central del presente trabajo, que pretende hacer factibles derechos de formas de vidas distintas a la humana.

Lo expuesto precedentemente es mencionado, únicamente, con el objeto de identificar las nociones que motivarán al reivindicador a incidir en la sociedad en búsqueda de protección jurídica. De modo que la supervivencia, la elusión del sufrimiento, la libertad y la satisfacción de necesidades básicas son nociones que el reivindicador comprende a cabalidad y utiliza como sustento para sus metas sociales.

Así mismo, el reivindicador no es el ser humano en estado estático o expectante, sino el individuo que, mediante la movilización, pretende incidir en el sistema jurídico con ocasión del impacto que tiene sobre él cierto comportamiento.

Ahora bien, cabe mencionar que no pretende caracterizarse al reivindicador como un agente infalible que, en todos los casos, ostenta una postura legítima respecto al comportamiento. De hecho, dependiendo de la conducta, el reivindicador podría utilizar tales nociones de forma errónea y dañina (alegando la proscripción de un comportamiento legítimo).

De esta manera, el reivindicador no se caracteriza por el atino de su postura, sino por pretender —en todos los casos— la censura o rechazo de un comportamiento. Ello no significa que no pueda incidirse en el sistema jurídico mediante una postura de aprobación (ya que más adelante se desarrollará lo concerniente a los denominados ‘grupos conservadores’), sino que, por cuestiones meramente teóricas, conviene entender al reivindicador como el agente que, al margen de su atino, pretende la prohibición jurídica de cierta conducta.

De modo que el reivindicador ostenta dos características especiales: i) su movilización social y ii) su rechazo a determinada conducta en aras a una pretendida supervivencia, elusión del sufrimiento, libertad o satisfacción de necesidades básicas.

Ahora bien, los aspectos mencionados anteriormente no son suficientes por sí mismos para impulsar el desarrollo jurídico en materia de derechos fundamentales. De esta forma, el reivindicador requiere, necesariamente, de una condición adicional para alcanzar sus fines.

- **Capacidad de indignación:** es el vehículo subjetivo que lleva al ser humano a rechazar un comportamiento y pretender su reivindicación. En mérito a esta peculiaridad, el sujeto es capaz de repudiar aquella conducta que afecta sus intereses básicos (supervivencia, evitar el sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas, según lo expuesto precedentemente) y de exigir su proscripción a través de la estrategia de la presión social.

Esta capacidad puede desprenderse de lo que Hobbes (como se citó en López, s. f.) concibe como la naturaleza autómatas y egoísta del ser humano. Así, es innegable que el sujeto rechaza los comportamientos que perjudican sus intereses básicos de forma directa y personal.

No obstante, si cada ser humano estuviera enfocado exclusivamente en su bienestar, los sistemas de protección de derechos fundamentales estarían tan segmentados que existiría uno por cada grupo social con características idénticas. Por el contrario, como advierten Beuchot y Saldaña (2000), la naturaleza del ser humano requiere tener en cuenta una razón ética animada no solo por el bien individual, sino por el deseo del bien que corresponde a los demás, pues de otra manera no podrían garantizarse derechos fundamentales.

Al respecto, el escritor checo Milan Kundera (1985) exalta y describe la capacidad humana de “saber vivir con otro su desgracia” como aquella que permite acompañar al otro en su sufrimiento. Así, para el renombrado filósofo, existe diferencia entre la piedad y el poder involucrarse en el dolor ajeno (al grado de apropiárselo), a lo que denomina como “telepatía sensible” (p. 9).

Esta capacidad implica trasladarse a las complejidades de una personalidad externa y sufrir con ella los desmedros producidos por determinada conducta. De forma contraria a toda indiferencia, esta capacidad puede llevar al reivindicador a demandar protección de personas ajenas cuyo sufrimiento se ha apropiado espontánea o voluntariamente.

En este extremo, cabe prestar especial atención, por ejemplo, al debate generado a propósito de la interrupción del embarazo, pues en él, como refiere Rosario Taracena (2005), quienes se oponen a tal intervención médica suelen utilizar con frecuencia las palabras “aniquilar”, “asesinar”, “matar”, “quitar la vida” (p. 20). Parece que detrás de la cuestión compleja que supone determinar la estructura ontológica del feto se esconde un potencial subjetivo que pretende ser incentivado mediante el uso de este discurso. Puede que el concebido no haya desarrollado un sistema nervioso capaz de sentir sufrimiento, no obstante, ello no supone incapacidad para transmitirlo, de modo que quienes rechazan vigorosamente la praxis del aborto apelan en última instancia a la sensibilidad

que este asunto inspira: pretenden estimular la telepatía sensible de las masas a pesar de que, en determinados supuestos, ello resulte un peligro.

De esta forma, las demandas reivindicadoras pueden estar inspiradas en nociones de supervivencia, elusión del sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas de seres cuya vitalidad es controvertida (como los concebidos). En efecto, el reivindicador no requiere que el sujeto que desea proteger sea físicamente capaz de sentir dolor, sino, únicamente, sentir un dolor propio a partir de una conducta que afecta a un tercero, esto es: indignarse.

De otro lado, es menester señalar que la capacidad de telepatía sensible parece estar estrictamente delimitada por lo que parece ser una ‘empatía por semejanza’. Al ser humano usualmente le resulta tedioso ser empático con quienes menos se le asemejan. Es sencillo mostrar empatía con nuestro parientes o amigos, y complejo mostrarla con seres que ostentan otra raza, religión, sexo y, desde luego, con seres no humanos. Ello explica el hecho histórico de que los derechos de las mayorías hayan sido reivindicados y reconocidos con anterioridad a los de las minorías, que, en adición, requieren una cláusula de ‘no discriminación’.

La telepatía sensible ostenta tal importancia en los derechos fundamentales que tiene como máxima expresión el esbozo del principio de universalidad que, a pesar de ser tildado de abstracto con ocasión de sus amplias pretensiones, supone con su gran acogimiento jurídico el éxito de quienes han procurado extender la protección vinculante de los derechos fundamentales a favor de todos.

Ahora bien, cabe reiterar que la capacidad de indignación del ser humano no garantiza que las pretensiones que sean erigidas sobre ella sean necesariamente coincidentes con el ‘deber ser’, por lo que en este extremo del estudio se pretende, únicamente, postular que la indignación —proveniente de la naturaleza egoísta y de la capacidad de telepatía sensible del ser humano— es el vehículo subjetivo que lleva al rechazo de un comportamiento y, finalmente, a incidir en el sistema jurídico.

3.1.2. La conducta neutra

¿Se habría aseverado que los derechos fundamentales residen supuestamente en nuestra humanidad sin antes perpetrarse una conducta que los vulnere? Ante la imposición tácita de una respuesta negativa, es innegable que la perpetración de la conducta es el primer peldaño del proceso complejo que conlleva la selección jurídica, pues, como es evidente, sin tal evento el ser humano no tiene posibilidad de encontrar en las complejidades de su interior noción alguna de sus propios derechos.

La conducta neutra presenta un sujeto activo, personificado siempre por la persona humana, a quien debe poder exigirse la censura o moderación de su comportamiento. Así también, tendrá un sujeto pasivo, cuyas características se describirán posteriormente, al tratarse del titular de derechos.

Respecto a la naturaleza de la conducta neutra debe indicarse que esta deberá estar siempre relacionada con las nociones descritas en el acápite anterior (supervivencia, evitar el sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas, según lo expuesto precedentemente).

De igual manera, es importante detenerse en el carácter ‘neutro’ de la conducta. Al respecto, se señala que la percepción humana no es necesariamente la representación mental de la realidad tal cual es, sino un procesamiento de información influido de acuerdo con la experiencia del sujeto (Vargas Melgarejo, 1994). Siendo así, puede afirmarse que la percepción de conductas —como representación subjetiva de tales comportamientos— está condicionada a factores variables como la experiencia personal, las vivencias internas, así como el entorno social, cultural o religioso.

Lo anterior resulta de suma importancia para entender el carácter ‘neutro’ de la conducta, pues si se tiene en cuenta que la percepción humana es variable conforme con múltiples factores, podrá comprenderse que en algún momento histórico determinadas conductas vejatorias de derechos fundamentales fueron aceptadas tácitamente por la sociedad en general. En este sentido, la conducta neutra es aquel comportamiento aceptado sistemáticamente ante la carencia de una reflexión intelectual o un ejercicio valorativo significativo.

Paule-Marie (como se citó en Cienfuegos Salgado, 2005) atribuye esta carencia generalizada de valoración a los sólidos arraigos que pueden sentar los hábitos humanos. Así, indica que el ser humano puede llegar a familiarizarse con las violaciones de sus derechos fundamentales hasta el extremo de que no se encontrará a nadie de entre los revolucionarios franceses que piense en reclamar los derechos políticos de la mujer.

Resulta relevante entender la conducta neutra, pues solo así se podrá concebir que el sistema jurídico de derechos fundamentales ha sido estructurado para regular conductas preexistentes y, en tal sentido, este requiere permanecer atento —o cognitivamente abierto, según la teoría de Luhmann— en tanto determinados comportamientos, hoy en día neutros, pueden motivar interés reivindicador posteriormente.

3.1.3. La consolidación de grupos reivindicadores

Cuando los factores que influyen la aceptación predeterminada o neutra de una conducta se alteran, es probable que la percepción humana sufra también variaciones

y, en consecuencia, que se desplieguen mayores esfuerzos valorativos en torno a la construcción de una respuesta de repudio reivindicador hacia aquello aprobado inicialmente.

Es menester reiterar que el rechazo reivindicador no siempre se ajusta al ‘deber ser’; en ese sentido, puede que este sea del todo aberrante, como el propio de los grupos segregacionistas, represores o estigmatizadores. De esta manera, debe subrayarse que la calificación de ‘reivindicador’ no es objetiva, ya que quienes ostentan tal calidad son quienes se sienten reivindicadores por el hecho de rechazar determinada conducta, a pesar de que no ostenten tal calidad de forma auténtica en todos los casos.

En tal ilación, el rechazo reivindicador individual requiere de las siguientes características para consolidar un grupo reivindicador capaz de incidir en el entramado social y, posteriormente, en el sistema jurídico:

- **Generalización:** cuando los reivindicadores se asocian entre sí, aquel rechazo que yacía en la esfera personal y se presentaba en ocasiones como una reacción apocada, retraída y temerosa, se transforma en una experiencia intersubjetiva con auténtica incidencia en la vida social. En buena cuenta, ante este fenómeno, el rechazo individual —que era una reacción aprisionada en la esfera personal— trasciende al plano de las vivencias colectivas y, con tal evento, es entendido y compartido por un conglomerado de personas.

González Rey (como se citó en Urreitezta Valles, 2009) presenta el concepto de subjetividad social como una categoría que intenta superar la idea de que la subjetividad es un fenómeno exclusivamente individual, para concebirla como un sistema complejo que se produce de forma simultánea en los planos social y personal.

Con este concepto, advierte la doctrina, se pretende explicar que la subjetividad no está asociada únicamente a las experiencias de un sujeto, sino que forma parte de un entramado histórico-cultural que revela la forma en la que una experiencia adquiere sentido y significado (Urreitezta Valles, 2009). En ese sentido, dice Strawson (1996) que cuando una experiencia personal trasciende a una conciencia colectiva única, esta se encuentra conectada con la sociedad de tal forma que se constituye en una vivencia extendida en un mundo objetivo unificado.

¿Qué motiva la generalización de una respuesta de rechazo? Al respecto, es menester observar que sin la capacidad de entendimiento mutuo la vida social del ser humano sería absolutamente impracticable. En palabras de Todorov (2008):

“El hombre, es irremediabilmente incompleto, necesita de otros” (p. 29). De modo que los seres humanos —como iguales en cuanto a especie— son en su mayoría capaces de compartir (en distintos grados y unos más que otros) las apreciaciones ajenas.

Si bien tal capacidad no implica armonía ni mucho menos consenso, sí posibilita una sintonía básica y unitaria en la que los seres humanos pueden interactuar, representar de forma similar los mismos hechos, rechazar con intensidades semejantes las mismas conductas y, en últimas cuentas, debatir con relativo entendimiento los distintos dilemas sociales.

- **Carácter emancipador del rechazo:** el ser humano —y en especial aquel que se siente reivindicador— es impaciente y perspicaz cuando un comportamiento afecta su supervivencia, le causa sufrimiento, reprime su libertad o perjudica la satisfacción de necesidades básicas, de modo que encuentra como remedio más plausible a sus apremios acudir a la presión social a efecto de proscribir la conducta que desea reivindicar.

Manifiesta Sandel (como se citó en Magaña Luna, 2016) que la moral no es otra cosa que la imposición de las propias ideas, a lo que añade Jack Donnelly (1993) que, en última instancia, la moralidad básica de los derechos ha sido y es construida a partir del sufrimiento humano, de las luchas de las personas por reivindicar aquello que consideran que con justicia merecen.

De esta forma, por el carácter emancipador del rechazo reivindicador, se pretenderá, en todos los casos, la proscripción o regulación del comportamiento a una escala social.

De otro lado, es oportuno resaltar que la consolidación de grupos reivindicadores constituye uno de los fenómenos más importantes en el proceso de selección social de conductas. A diferencia de la perpetración de la conducta —cuyo aporte principal reside en constituir aquello que se rechaza y eventualmente debe regularse—, las demandas de los grupos reivindicadores contienen la carga subjetiva y el factor sensible que yace en los parámetros en materia de derechos fundamentales.

A diferencia de los grupos que ostentan poder político, las agrupaciones reivindicadoras, como portadoras del poder intersubjetivo, pueden ser integradas por cualquier persona que adquiera una convicción de las características anteriormente descritas. De modo que, con independencia de su identidad, todo ser humano, en su faceta de reivindicador, es capaz de promover la proscripción jurídica de determinado comportamiento a través de la sensibilidad colectiva y ello, por crudo que parezca, sin que necesariamente le asista la razón.

3.1.4. La deliberación social

Afirma Ferrajoli (2001) que los derechos fundamentales no cayeron del cielo, sino que fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de los últimos tiempos.

Sin lugar a dudas, todos los movimientos y revoluciones históricas que han pretendido reformar una serie de aspectos sociales bajo el estandarte de los derechos fundamentales son manifestaciones de los aquí denominados como grupos reivindicadores. Al sentirse respaldados por el grupo al que pertenecen, es innegable que estos agentes tienden a exteriorizar la carga subjetiva que ostentan con el objeto de prescribir el comportamiento social que les genera repudio.

Destaca González Rey (como se citó en Urreitzeta Valles, 2009) que la subjetividad colectiva, como sistema complejo, expresa múltiples formas de organización referidas a los procesos de institucionalización y acción de los sujetos en los espacios públicos de la vida social, de forma que la presión que ejercen los grupos reivindicadores para incidir en el derecho formal a través de sus manifestaciones sociales ha sido un fenómeno recurrente en la historia de la humanidad.

Así, por ejemplo, en 1955, tras el famoso arresto de Rosa Parks —aquella mujer afroamericana que se negó a ceder su asiento a un pasajero caucásico en un autobús estadounidense— se inició en Alabama una protesta social contra el transporte público protagonizada por la Asociación para el Progreso de Montgomery bajo el liderazgo de Martin Luther King, lo que después de un año de lucha, según refiere la doctrina, llevó a la declaración de inconstitucionalidad de la segregación racial en los autobuses (Aguilar Fernández, 2007).

De igual manera, según expresa Díez (como se citó en López, 2018), mientras que en 1990 habían menos de diez asociaciones orientadas a la defensa de los derechos de las minorías sexuales en México, en 2009 existieron más de 40 solo en la Ciudad de México, entidad federativa que ha esbozado desarrollos jurídico-formales favorables a las minorías sexuales en los últimos tiempos. Aunado a lo anterior, puntualiza López (2018) que, en Colombia, a partir del año 2000, tras las numerosas demandas colectivas que impulsaron diversas organizaciones a favor de los derechos de las minorías sexuales, se ha incidido favorablemente en las políticas públicas y el cambio legal.

Es innegable que las grandes reivindicaciones de derechos fundamentales han sido precedidas por importantes movilizaciones sociales, sin embargo, como bien detallan Hegel y Kojève (como se citó en Todorov, 2008), en la lucha por el reconocimiento “es necesario por lo menos ser dos” (p. 45). Así también, refiere Honneth (1997) que

un conflicto social solo puede entenderse a partir de dos sujetos que, antes de entrar en hostilidades, deben aceptarse como compañeros de interacción.

De forma que la exteriorización de las demandas reivindicadoras trae como consecuencia una deliberación a escala social ocasionada por el surgimiento de un colectivo antagonista, que aquí se denominará como: 'grupo conservador'. De esta manera, en los términos de este trabajo, los grupos conservadores se caracterizan por sostener, en todos los casos, posturas de aprobación respecto a las conductas rechazadas por los reivindicadores.

Igualmente, ante el surgimiento de la deliberación social se advertirá la presencia de un tercer conglomerado social: los grupos espectadores, estos son aquellos que se mantienen impertérritos e indolentes ante la deliberación social protagonizada por reivindicadores y conservadores en una conducta determinada, y, en consecuencia, aceptan el comportamiento de forma tácita, esto es, lo siguen percibiendo como 'neutro'.

3.1.5. Decisión de poder

No todos los seres humanos tienen el poder político suficiente para modificar las disposiciones jurídicas vigentes o seleccionar el contenido jurídico de los derechos fundamentales, pues en un Estado que detenta un ordenamiento constitucional legítimo es necesario que tal prerrogativa sea ejercida por un grupo humano debidamente delimitado, fiscalizado y facultado para tal fin.

Siendo así, los jueces y legisladores son grupos privilegiados que reciben facultades especiales del ordenamiento constitucional y están habilitados para desarrollar el contenido de los derechos fundamentales (en un sentido lato) a través de una decisión de poder.

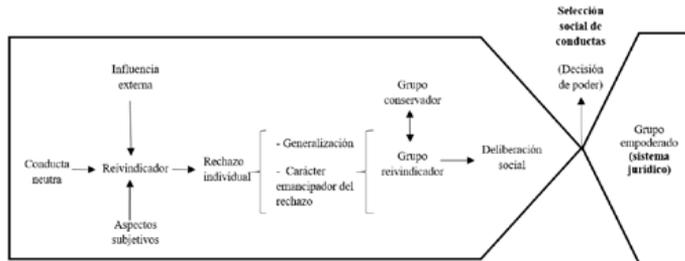
Ahora bien, quienes tienen la delicada facultad constitucional de desarrollar el contenido jurídico de los derechos fundamentales no son seres ajenos a otros sistemas sociales, por lo que, a pesar de que sus decisiones ostenten un velo de legalidad, estas, ante el riesgo de la interferencia sistémica, no necesariamente son un producto legítimo del sistema jurídico. Como advierten Beuchot y Saldaña (2000): "El peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar al servicio de un individuo o grupo" (p. 15).

Adicionalmente, toda vez que el desarrollo jurídico de los derechos fundamentales es determinado, en última instancia, por una decisión de poder esbozada por una persona facultada constitucionalmente, es imposible siquiera pretender que esta no actúe de forma consonante con sus propias convicciones e ideales, asumiendo una postura reivindicadora, conservadora o espectadora, dependiendo de su

percepción de la conducta. No existe garantía plena de objetividad, dado que quienes adoptan estas decisiones están ontológicamente impedidos de renunciar a su propia subjetividad.

De este modo, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, es posible postular lo siguiente:

Figura 1. El proceso de selección social de conductas



Fuente: elaboración del autor.

La conclusión más importante a la que se espera arribar a partir del esquema anterior es que el sistema jurídico —como sistema social— es lo suficientemente susceptible para desarrollarse a partir de una conducta que genera una deliberación social en los términos expuestos precedentemente. De este modo, el presente trabajo propone que las conductas jurídicamente trascendentes en materia de derechos fundamentales sean todas aquellas que originan una contienda social entre reivindicadores y conservadores, y están relacionadas con la supervivencia, el sufrimiento, la libertad y la satisfacción de necesidades básicas.

Sobre lo anterior, es necesario precisar que aquello que resulta de interés jurídico es únicamente el comportamiento materia de deliberación y no el contenido sustancial de la postura que esgrimen los reivindicadores o conservadores al respecto, pues ello será parte de la ‘decisión biopcional’ y de la ‘regulación específica’ que determine cada ordenamiento jurídico. De esta manera, conforme con el esquema propuesto, al sistema jurídico le resultan de interés los comportamientos materia de deliberación social y rechazo reivindicador generalizado, sin que ello implique el acogimiento arbitrario de una postura en particular en relación con cómo regular tal hecho.

4. La justicia no es neutral

Del acápite anterior se desprende que el sistema jurídico ‘puede’ seleccionar conductas cuya reivindicación se discute en la deliberación social, indicando que este permanece susceptible funcionalmente a la actividad intersubjetiva relacionada

con la supervivencia, el sufrimiento, la libertad y la satisfacción de necesidades básicas. Ello parece otorgar una relativa discrecionalidad a quienes representan la juridicidad; en efecto, a primera impresión son ellos quienes pueden decidir libremente entre seleccionar o no determinado comportamiento como relevante para el mundo jurídico.

Sin embargo, en las líneas siguientes se postulará una idea mucho menos flexible, pues se sostendrá que el sistema jurídico no solo ‘puede’, sino que además ‘debe’ seleccionar las conductas deliberadas socialmente, toda vez que ello, lejos de una discrecionalidad política, es imprescindible para garantizar justicia.

Para lograr tal objetivo, se utilizará una definición formal de justicia esbozada por Hervada (1994), quien sostiene que justicia es el acto de atribuir “lo suyo” por medio de un título jurídico. De esta forma, para el autor español, el derecho otorga a la persona aquello que le pertenece previamente y le fue arrebatado con ocasión de un hecho injusto.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el aforismo de Ulpiano que reza que la justicia es “la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde”, puede colegirse —en alusión a Hervada— que la realización de justicia impone dos cuestiones fundamentales: i) una noción de ‘lo justo’: que permita al ser humano ‘conocer’ cuál es el orden previo de las cosas a efecto de otorgar a cada quien ‘lo suyo’; y, a su vez, ii) una conciencia de ‘lo justo’, capaz de ‘practicar’ actos de justicia, en tanto estos requieren estrictamente ‘dar’.

Así pues, con ánimo introductorio, puede indicarse que las posibilidades de obtener justicia en un comportamiento determinado están condicionadas por la noción y conciencia de ‘lo justo’ por parte de la sociedad de acuerdo con el modelo base de estudio que se observa en la figura 2.

Figura 2. Modelo de estudio base



Fuente: elaboración del autor.

Como se advierte en la figura 2, la noción y conciencia de 'lo justo' son dos variables representadas por dos rectas perpendiculares, de modo que existe una relación directa entre ellas en la medida en que su mayor o menor desarrollo determinan, empíricamente, la posibilidad mayor o menor de realización efectiva de justicia.

Así mismo, se muestra que el punto más alto de la línea diagonal (bisectriz) se denomina 'justicia'; al respecto, cabe precisar que este representa la concepción y concientización óptima que una sociedad puede alcanzar sobre el cómo regular el comportamiento. En ese sentido, se postula que, a medida que la sociedad desarrolle su noción y conciencia de 'lo justo' en la dirección adecuada, ella tendrá mayores posibilidades de realizar justicia en un comportamiento en concreto.

Como se evidencia, este modelo considera una relación directamente proporcional entre la noción y la conciencia de 'lo justo', esto es, se asume que ante la alteración de una variable produce un efecto en la otra de la misma proporción. Como podría adelantar el lector, ello no se condice con la realidad subjetiva de la persona, ya que esta puede desarrollar libremente sus nociones en mayor o menor proporción a su conciencia y viceversa.

Sin embargo, tal réplica podrá ser superada en la medida en que no se estudiará, en estricto, la presencia de la persona individualmente en el modelo base postulado, pues, como es evidente, ello es una tarea imposible de realizar debido a la complejidad subjetiva que importa cada ser humano. Por tal razón, el modelo de estudio propuesto será utilizado únicamente para analizar las posturas que esbozan los grupos reivindicadores, conservadores y espectadores a partir de sus posturas básicas.

De esta manera, en el supuesto de que una de las agrupaciones anteriormente mencionadas alcance el punto correspondiente a la noción y conciencia de la justicia en su punto óptimo, esta tendrá conocimiento pleno del contenido de la justicia y sería capaz de practicar justicia en una conducta determinada, por lo que, en tal escenario, el mencionado conglomerado social sería ubicado en el extremo más alto de la recta diagonal denominada 'justicia'. En la misma lógica, a medida que la noción y conciencia de 'lo justo' de determinado grupo social sea írrita o ilegítima, corresponderá que este sea posicionado de forma más lejana al extremo superior de la recta referida.

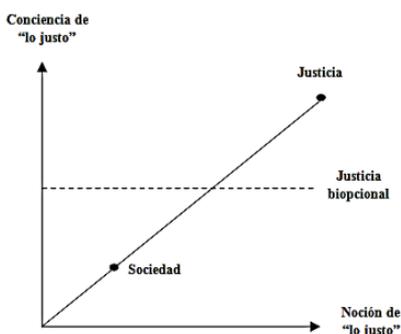
Así mismo, del modelo de estudio propuesto se advierte que la 'justicia biopsicología' está representada por una recta intermitente horizontal. En ese sentido, dado que este concepto se avoca de forma exclusiva a determinar si el comportamiento estudiado debe ser aceptado o no (esto es, si corresponde reivindicación

o conservación), será necesario verificar que el grupo social materia de análisis se encuentre en la parte superior o inferior de tal recta, para determinar que ofrece una postura deontológicamente atinada o equívoca, respectivamente.

4.1. La justicia en la conducta neutra

Como se refirió en el capítulo anterior, las conductas neutras son aquellas que en un momento histórico determinado son aceptadas predeterminadamente por la sociedad con ocasión de una especie de apatía valorativa. Ahora bien, en el supuesto de que una conducta percibida neutralmente sea, en realidad, injusta, las posibilidades de regularla con justicia podrían estar graficadas como se ilustra en la figura 3.

Figura 3. “Cuando la conducta neutra requiere justicia”



Fuente: elaboración del autor.

Como se advierte, en este caso la sociedad ofrece una respuesta de aprobación predeterminada que es irrita o indebida, por lo tanto, esta se sitúa debajo de la línea intermitente denominada como ‘justicia bioopcional’ (dado que la respuesta legítima es el rechazo) y lejana al extremo superior de la recta diagonal cuyo extremo superior se denomina ‘justicia’, por lo que las posibilidades de obtener justicia son nulas.

Ahora bien, es muy importante recalcar que ante estos escenarios la sociedad puede, eventualmente, transitar hacia el punto más alto de la recta bisectriz siempre que desarrolle sus nociones y su conciencia en el norte correcto. Sin embargo, por la naturaleza de estos conceptos, es evidente que la sociedad no se conducirá como conjunto unitario hacia tal ideal, sino que lo hará de forma fraccionada a través grupos sociales con características básicas similares en el proceso de la deliberación social.

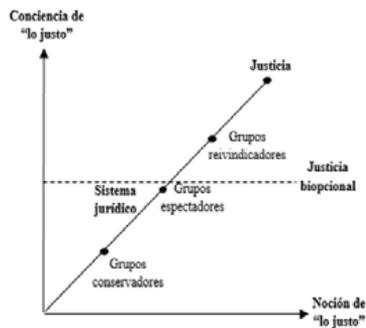
4.2. La justicia en la deliberación social

Ante la deliberación social existen, únicamente, dos posiciones (en el sentido biopcional) que pueden resultar jurídicamente correctas: la reivindicación o la conservación.

- Cuando la respuesta de rechazo es la debida en la conducta ‘x’

Frente a la pérdida del carácter neutro de la conducta y el surgimiento de los grupos reivindicadores, conservadores y espectadores, un primer escenario posible es que la respuesta de rechazo de los primeros sea atinada, por lo que en tal hipotético corresponderá lo expuesto en la figura 4.

Figura 4. “El atino reivindicador”



Fuente: elaboración del autor.

Como se aprecia, en este escenario los grupos reivindicadores sostienen una respuesta compatible con el sentido auténtico de la justicia, por lo que estos están ubicados en la parte superior de la recta intermitente. No obstante, puede que los reivindicadores no adquieran en toda su dimensión la noción y conciencia que requiere la justicia para una regulación adecuada en el sentido lato, de allí que no estén graficados en el extremo superior de la línea diagonal.

Como ejemplo de sistemas que ostentan una respuesta biopcionalmente adecuada pero que no tienen una noción y conciencia plena de ‘lo justo’, podría mencionarse a los enfoques de administración de justicia meramente punitivos que se empeñan, exclusivamente, en castigar conductas en inobservancia de medidas de reparación complementarias enfocadas en la víctima, como medidas de reparación, restitución, no repetición o rehabilitación.

De otro lado, ya que en el supuesto materia de estudio se presume el atino reivindicador, en la figura 4 se ubica tanto a los grupos conservadores como espectadores por debajo de la recta intermitente, ya que tanto la postura de oposición de

los primeros como el asentimiento predeterminado de los segundos es incorrecto deontológicamente.

Al respecto, es sumamente relevante observar que las agrupaciones espectadoras se encuentran menos lejanas a la noción y conciencia de 'lo justo' que los grupos conservadores. Ello es así, pues si bien estos últimos han emprendido mayores reflexiones (al oponerse con firmeza a los reivindicadores), tales esfuerzos han sido realizados en sentido opuesto a lo requerido por la justicia, por lo que es lógico que se ubiquen de forma distante a ella.

De esa forma, podría decirse válidamente que los grupos espectadores tienen menor lejanía a la noción y conciencia de la justicia que los conservadores, puesto que su indiferencia reflexiva y valorativa los hace más propensos a orientar su conciencia y sus nociones hacia el norte correcto deontológicamente.

De otro lado, es sumamente relevante advertir que el sistema jurídico se encuentra ubicado junto a los grupos espectadores. Ello es así, pues con la instauración de la deliberación social el referido sistema se mantiene aceptando tácitamente el comportamiento deliberado en tanto no se ha esbozado una decisión de poder que tome postura jurídica al respecto. De allí que una conducta sea permisible jurídicamente cuando no es prescrita, prohibida, regulada o, en últimas cuentas, contemplada de forma alguna por las normas legales, lo que, desde luego, no significa garantía alguna de justicia.

- Cuando la respuesta conservadora es la debida en la conducta 'x'

Figura 5. "El atino conservador"



Fuente: elaboración del autor.

Como se aprecia, en este escenario, la aprobación de los grupos conservadores de determinada conducta es adecuada, de allí que en la figura 5 sean ubicados en la parte superior de la recta intermitente. No obstante, al igual que en el caso anterior,

es posible que la noción y conciencia de tal asentimiento no coincida con el punto más elevado de la justicia, por esta razón, tales agrupaciones no se sitúan en el extremo superior de la recta diagonal.

De esa forma, el hecho de que una conducta deba aceptarse en términos deontológicos no implica necesariamente que los grupos conservadores no puedan elevar sus nociones y su conciencia de 'lo justo' a fin de proponer medidas inéditas que pretendan asegurar la preservación de la conducta.

Lo anterior tiene especial relevancia considerando que quienes actúan como reivindicadores en este escenario se oponen al sentido auténtico de la justicia mediante manifestaciones colectivas y prescripciones 'emancipadoras', por lo que, en este escenario, será pertinente que los conservadores desarrollen sus nociones y su conciencia de 'lo justo' con el objeto de asegurar, protocolizar o garantizar (según corresponda) acciones que eviten la proscripción de una conducta legítima.

De otro lado, en este hipotético los grupos reivindicadores manifiestan un rechazo incorrecto hacia una conducta que se ampara legítimamente en la libertad del ser humano, por lo que resulta evidente que deben ser ubicados de forma lejana al punto culminante de la 'justicia' y por debajo de la recta intermitente denominada 'justicia biopcional'.

Así mismo, se aprecia que la respuesta de asentimiento tácito que esbozan los espectadores es correcta en el sentido biopcional, no obstante, estos son ubicados de forma distante al extremo superior de la recta bisectriz, ya que su atino reside en una apatía valorativa influenciada e indolente que revela un sentido de la justicia ínfimo a comparación del inherente a los grupos conservadores.

Independientemente de si la respuesta conservadora o reivindicadora es la atinada, la obtención de justicia en un sistema jurídico indolente o neutro encuentra serias dificultades debido a la presencia de grupos sociales opositores y a la ausencia de obligaciones que trasciendan de lo moral. Por consiguiente, es necesaria una decisión de poder que adopte una postura formal ante tal antagonismo social, esto es, en alusión a Hervada (1998), un título que, por el respaldo formal que importa, permita a los reivindicadores exigir justicia a un sistema jurídico-formal o, en su defecto, una norma legal que asegure la preservación del comportamiento ante el rechazo reivindicador.

De allí que se asevere que la justicia no es neutra: esta requiere necesariamente asumir una postura reivindicadora o conservadora ante la deliberación social de una conducta determinada, pues aun ante el atino conservador en una conducta determinada, el sistema jurídico no debe permanecer neutro o indolente, dado que

requiere asegurar y conservar un comportamiento legítimo ante el rechazo emancipador generalizado de los reivindicadores.

Sin embargo, en el tópico del abuso animal y la depredación del medio ambiente ocurre que quienes se oponen a la inclusión de tales temáticas en el ámbito jurídico alegan que solo el ser humano es titular de ‘dignidad’. En buena cuenta, alegan que el sistema jurídico debe mantenerse pasivo o expectante no solo respecto a determinada conducta, sino en relación con todo aquel comportamiento que vulnere los bienes más básicos de especies distintas al ser humano, a pesar de la existencia de hechos tan aberrantes como la tortura animal o la explotación indiscriminada de estas.

Con lo anterior, espera demostrarse que, a la luz del enfoque conductual de los derechos fundamentales, la justicia requiere imperativamente mantenerse activa y sensible a los fenómenos sociales, y, en tal sentido, seleccionar comportamientos como trascendentes en el mundo jurídico a pesar de no estar bajo los alcances teóricos del concepto tradicional de persona humana o sujeto de derechos.

5. ¿Cómo funciona el enfoque conductual de derechos fundamentales?

Hasta aquí, se ha postulado que el sistema jurídico tiene como primera función —obligatoria— seleccionar comportamientos como trascendentes cuando estos se relacionan con las nociones de supervivencia, elusión del sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas, y se debaten socialmente por parte de los grupos reivindicadores y conservadores, lo que no implica la adopción de una postura o regulación específica.

En seguida, una vez producida la selección, el sistema jurídico tendrá que elegir entre aceptar o rechazar el comportamiento, esto es, entre reivindicarlo o conservarlo, para cuyo efecto debe apoyarse, únicamente, en criterios objetivos. Así, para tomar tal decisión, el sistema jurídico ya no considerará ‘nociones’ de supervivencia, elusión del sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas, sino ‘derechos’, como a la vida, integridad, libertad, salud, vivienda.

De igual forma, en este extremo, el sistema jurídico deberá usar el análisis ontológico, pues, dependiendo de las características del sujeto, puede decidirse, de plano, entre aceptar o rechazar el comportamiento. En tal ilación, el enfoque conductual aquí propuesto no niega la importancia del análisis ontológico, sino que lo sitúa en un segundo plano y lo circunscribe a la posibilidad de que el titular pueda experimentar la supervivencia, el sufrimiento, la libertad y/o la satisfacción de necesidades básicas.

Por tal razón, aun ante la extravagancia que se discuta socialmente sobre los derechos de insectos, bacterias u objetos inanimados, el sistema jurídico podrá mantener su coherencia adoptando una postura de aceptación del comportamiento que presuntamente lesiona a estos seres. Así, por ejemplo, aunque socialmente se sostenga un presunto ‘derecho a la vida’ de partículas como los virus, el sistema jurídico podrá adoptar una postura de aceptación (conservación) respecto de las medidas que busquen reducirlos, atendiendo a que estos —al ser partículas de código genético— se encuentran ontológicamente impedidos de experimentar la supervivencia.

Como tercer y último paso, una vez el sistema jurídico decide entre la aceptación o el rechazo del comportamiento, debe, en seguida, regularlo bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este extremo, el análisis ontológico será también de gran relevancia, pues a partir de las características del sujeto puede restringirse, ampliarse o limitarse el ejercicio de un derecho.

Bajo el enfoque subjetivo de los derechos fundamentales existían serias dificultades para concebir que los animales tienen derecho a la libertad, a la integridad o a la salud al igual que los seres humanos. Así, por ejemplo, resulta tedioso concebir que determinada especie de mamíferos, como las vacas, tengan derecho a la integridad y, sin embargo, puedan ser alimento de un depredador o del propio ser humano. De igual manera, bajo el enfoque subjetivo de derechos parece exagerado afirmar que algunos insectos o arácnidos ostenten un derecho a la vida o a la integridad que los proteja de forma semejante a los humanos.

Como se advierte, uno de los problemas del enfoque subjetivo es que atribuye una serie de derechos a determinada especie, lo que resulta engorroso ante determinados supuestos. En efecto, según el enfoque subjetivo, bajo la magia teórica del iusnaturalismo se atribuyen al ser humano prerrogativas genéricas como el ‘derecho a la vida’ o el ‘derecho a la integridad’ que son ejercidas de forma muy relativa, irreal y poco definida, pues las características de la conducta que los compromete supera ampliamente los esbozos teóricos de lo que hoy se conoce como ‘derecho fundamental’.

No obstante, bajo la óptica conductual de los derechos fundamentales se invierte el orden teórico anteriormente referido, de forma que es la conducta la que determina la existencia y el ejercicio del derecho, según las características propias del sujeto en cuestión. De esta manera, no se pretende atribuir una serie de prerrogativas de carácter general a todos los animales, sino tutela jurídica —administrada por los sistemas de derechos fundamentales— a conductas específicas relacionadas con ciertos animales.

Bajo el enfoque propuesto será factible concebir como permisible la fumigación de mosquitos nocivos para el ser humano y, a la vez, regular estrictamente el trato

que se brinda a los animales en industrias alimentarias, así como reducir sustancialmente el consumo de estos productos al ser fuente de sufrimiento.

Ello será posible, pues resulta muy poco probable que se demanden socialmente ‘derechos’ en favor de mosquitos —lo que generará que el sistema jurídico no tenga necesidad de intervenir—, y, a su vez, el sistema jurídico tendrá que asumir una postura regulatoria y/o prohibitiva del trato que se brinda a los animales en la industria alimentaria, al tratarse de conductas deliberadas socialmente relacionadas con la supervivencia y la reducción del sufrimiento. Como se ve, conviene entender el análisis ontológico como un criterio de regulación y no de selección.

De forma similar, si entendemos el derecho a la integridad como un criterio que rige la administración de justicia en conductas específicas —y no como una prerrogativa de titularidad de determinada especie—, podremos concebir que un perro ostenta el derecho de no ser torturado y, a la vez, que puede ser utilizado como guía para una persona con discapacidad visual sin que se incurra en esclavitud.

Ahora bien, es preciso mencionar que, si se reconocen como trascendentes algunas conductas que lesionan los bienes básicos de formas de vida distintas al ser humano, será necesario estudiar los alcances jurídicos especiales de los derechos fundamentales en este tipo de casos, razón por la cual será necesario determinar una categoría ontológica especial para los animales y el medio ambiente.

Así, por ejemplo, dado que los animales se encuentran fuera de la descripción ontológica de ‘persona humana’, podría considerarse que tienen la calidad de ‘seres sintientes’. Bajo esta óptica ontológica, sus derechos podrían ser configurados de forma específica —conducta por conducta— de acuerdo con sus capacidades, necesidades y particularidades, según los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, conforme indica la doctrina, estos podrían ser usados como medios en situaciones justificadas y recibir tutela jurídica en situaciones que les producen dolor y sufrimiento (Expediente 00022-2018-PI/TC, 9 de marzo de 2020).

Otra ventaja del enfoque aquí propuesto es que dota de singular flexibilidad al sistema jurídico. De acuerdo con lo propuesto en párrafos precedentes, el sistema jurídico, lejos de ser rígido, debe mantenerse atento a fin de seleccionar nuevos comportamientos como trascendentes. En efecto, el sistema jurídico debe ser flexible en tanto la noción y conciencia de lo justo se desarrollan lentamente a nivel social. Con ello, pueden superarse las críticas de un sector de la doctrina que indican que el sistema jurídico no debe estar al servicio de las muy variables demandas animalistas (Bandieri, 2015).

Siendo así, bajo el enfoque aquí presentado, la variabilidad de las demandas animalistas no sería considerada una crítica a la tutela jurídica que reclaman, pues

tal hecho no hace más que demostrar que la conciencia por los derechos de los animales —al igual que sucede con la que corresponde a los derechos humanos— se desarrolla progresiva y parcialmente conducta por conducta. De ese modo, la carencia de uniformidad con la que se pretende reivindicar este tipo de derechos es solo una muestra de la necesidad social que importa la mayor concientización en este ámbito.

Si el sistema jurídico decide seleccionar como trascendentes a unas pocas conductas que vulneran gravemente a determinados animales, ello no debería interpretarse como una carencia de objetividad, sino como una renuncia al cinismo que niega el debido y legítimo protagonismo de los fenómenos sociales en el desarrollo jurídico de los derechos fundamentales en cuanto a la determinación de las conductas relevantes.

En ese sentido, la variabilidad de las demandas reivindicadoras animalistas debe concebirse como una oportunidad para su fortalecimiento, antes de como una crítica constante a sus propias pretensiones.

De otro lado, con el objeto de que las ideas apuntadas precedentemente puedan resultar inclusivas para el reconocimiento jurídico de conductas que vulneran a especies distintas al ser humano, conviene que los sistemas jurídicos adopten el aquí denominado como ‘principio de incorporación atípica de la conducta’.

A través de este principio, los sistemas jurídicos de derechos fundamentales se encontrarán impedidos de arrebatar trascendencia jurídica a los comportamientos ya regulados por el derecho, a pesar de que su interés social decaiga eventualmente. De igual manera, en función a este principio, los sistemas jurídicos deberán adoptar una definición flexible de ‘deliberación social’ y, en consecuencia, dotar de trascendencia jurídica a la mayor parte de comportamientos inéditos asociados con las nociones de supervivencia, sufrimiento, libertad y satisfacción de necesidades básicas. Ello coadyuvaría sustancialmente a la protección jurídica de especies distintas del ser humano, dado que podría brindarse una tutela progresiva a los eventos que las perjudican.

Finalmente, a modo de conclusión, cabe realizar dos preguntas esenciales. ¿Quién es sujeto de derechos?: es todo aquel capaz de ver perjudicada su supervivencia, de sentir sufrimiento, de ser restringido en su libertad o de ser privado de sus necesidades elementales ante determinada conducta que es considerada —o tiene el potencial para serlo— como trascendente jurídicamente. De este modo, la calidad de sujeto de derechos es ostentada no solo por parte de las personas humanas, sino también por parte de aquellos seres que pertenecen a las categorías de ‘ser sintiente’ o ‘componente de la naturaleza’, y pueden experimentar de alguna forma al menos una de las cuatro vivencias anteriormente descritas.

Y ¿qué son los derechos fundamentales?: son aquellos criterios objetivos que orientan la administración de justicia en una conducta en particular. Los derechos fundamentales no son abstracciones generalizadas inherentes a la persona humana ni componentes casi espirituales que pertenecen en exclusivo a determinada forma de vida, sino criterios objetivos que son utilizados —con alcances y consideraciones diversas— para ejecutar actos de justicia en comportamientos determinados.

Bajo el enfoque subjetivo se utiliza frecuentemente el estribillo jurídico: “Los derechos fundamentales no son absolutos” para justificar situaciones difícilmente comprensibles, como que una persona tiene el derecho subjetivo a la libertad y, sin embargo, no puede cruzar la frontera de ciertos Estados sin un pasaporte. No obstante, bajo un enfoque conductual, el derecho a la libertad puede ser ejercido en tal situación, por parte de un sujeto ontológicamente apto, en la medida en que se cumpla con regulaciones pertinentes (determinadas con proporcionalidad y razonabilidad), lo que representa una estructura teórica más sólida y coherente con la aplicación de técnicas hermenéuticas como el test de proporcionalidad.

Los derechos fundamentales no son prerrogativas nacidas de la norma jurídica o de la naturaleza humana. Son acepciones objetivas que coadyuvan a la administración de justicia en la toma de una decisión regulatoria —de reivindicación o conservación— en conductas relacionadas con la supervivencia, la elusión del sufrimiento, el ejercicio de la libertad y la satisfacción de necesidades básicas, que, al no poder ser visibilizadas de otra manera, requieren haberse introducido en algún momento al debate social.

Se trata de una temática que revive viejos debates, protagonizados de forma histórica por iuspositivistas e iusnaturalistas. No con el único objeto de consolidar un mejor soporte teórico a los derechos fundamentales, sino bajo el anhelo de garantizar justicia para los animales, el medio ambiente y nuestras generaciones futuras.

Referencias

- Aguilar Fernández, S. (2007). Contexto político y protesta: el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos (1933-68). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (136), 11-49. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2310892.pdf>
- Bandieri, L. (2015). Los animales ¿tienen derechos? *Prudentia Iuris*, (79), 33-55. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20160508_01.pdf

- Beuchot, M., & Saldaña, J. (2000). *Derechos humanos y naturaleza humana*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. Recuperado de http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/4.pdf
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Bueno, G. (1996). *El sentido de la vida*. Oviedo, España: Pentalfa. Recuperado de <http://fgbueno.es/med/dig/gb96sv4.pdf>
- Cienfuegos Salgado, D. (2005). *Historia de los derechos humanos, apuntes y textos históricos*. Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, México.
- Chávez, J., & Mujica, F. (2014). Orden social y orden jurídico: la observación de Niklas Luhmann sobre el derecho. *Sociológica*, 29(81), 7-38. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v29n81/v29n81a1.pdf>
- Costas, D. (2008). El fin(al) de los derechos humanos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (22), 6-34. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222950002.pdf>
- Donnelly, J. (1993). *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. México: Trotta.
- García Amado, J. A. (s. f.). Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. *Dialnet*, 297-316. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142066.pdf>
- Gilbert Galassi, J., & Correa, B. (2001). La teoría de la autopoiesis y su aplicación en las ciencias sociales. *Cinta Moebio*, (12), 175-193. Recuperado de <http://www.moebio.uchile.cl/12/gibert.html>
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hervada, J. (1994). *Introducción crítica al derecho natural*. México: Minos.
- Hervada, J. (1998). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- Kundera, M. (1985). *La insoportable levedad del ser*. Barcelona: Tusquets.

- López, A. M. (s. f.). Thomas Hobbes: la búsqueda de la paz. *Revista Digital de Filosofía*, 1-7. Recuperado de <http://hum.unne.edu.ar/revistas/itinerario/revista1/articulo5.pdf>
- López, J. A. (2018). Movilización y contramovilización frente a los derechos LGBTI. Respuestas conservadoras al reconocimiento de los derechos humanos. *Estudios Sociológicos*, XXXVI, 165-191.
- Magaña Luna, R. (2016). *Entre iusnaturalismo y positivismo: Jhon Finnis* (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España).
- Martínez, M. A. (2011). Biopolítica de los derechos humanos: un acercamiento desde el pensamiento de Hanna Arendt. *Claves del Pensamiento*, (9), 25-39.
- Marín Castán, M. L. (2007). La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, (9), 1-8. Recuperado de http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD9_ArtMarin.pdf
- Rodríguez, D., & Torres, J. (2003). Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana. *Sociologías*, 5(9), 106-140. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/soc/n9/n9a05.pdf>
- Singer, P. (1999). *Liberación animal*. Madrid: Trotta. Recuperado de http://www.sinparadigmas.com/animalistas/Peter_Singer_Liberacion_Animal.pdf
- Strawson, P. F. (1996). *The bounds of sense: an essay on Kant's critique of pure reason*. London: Methuen.
- Taracena, R. (2005). El aborto a debate: análisis de los argumentos de liberales y conservadores. *Desacatos*, (17), 15-32. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n17/n17a2.pdf>
- Todorov, T. (2008). *La vida en común*. [Traducido al español de *La vie commune*]. Madrid: Taurus.
- Urreitzeta Valles, M. T. (2009). La subjetividad como fenómeno sociohistórico. *Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, 19(55), 417-439. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/705/70517703011.pdf>
- Vargas Melgarejo, L. M. (1994). Sobre el concepto de la percepción. *Alteridades*, 4(8), 47-53. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/747/74711353004.pdf>
- Vitale, E. (1993). ¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. *Revista Teoría Política*, IX(3), 63-87.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) versus Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 6 de febrero de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017.

España, Tribunal Constitucional. Sentencia STC53/85, 11 de abril de 1985.

Perú, Tribunal Constitucional. Expediente 00022-2018-PI/TC. Voto del magistrado Ramos Núñez del 9 de marzo de 2020. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00022-2018-AI.pdf>

Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género

Contributions of the Feminism Legal Theory to Transitional Justice: Democratic Memory with a Gender Perspective

Aportes do feminismo jurídico à justiça transicional: a memória democrática com perspectiva de gênero

Manuel Sánchez-Moreno*

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 28 de julio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10224>

Para citar este artículo: Sánchez-Moreno, M. (2020). Aportes del feminismo jurídico a la justicia transicional: la memoria democrática con perspectiva de género. *ANIDIP*, 8, 1-28. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10224>

Resumen

El feminismo jurídico surge de las luchas por los derechos humanos, y, concretamente, los derechos de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual en el marco de una teoría crítica que ha modificado la forma en la que se interpreta el derecho. Identidades previamente excluidas reclaman ahora una presencia mayor y desarrollan herramientas para demostrar su desprotección e invisibilización ante el derecho. Partiendo de las propuestas teóricas feministas, se analizan las principales causas de este sesgo legal, como la forclusión o el fundacionalismo. También se retomarán elementos que consideramos clave para huir de un análisis esencialista, como la interseccionalidad, la inclusión de las personas LGTBIQA+ o las manifestaciones del sexismo. Desarrollaremos así una metodología jurídica feminista, que contrastaremos con las dimensiones de la justicia transicional y la lucha contra la impunidad: justicia, verdad, reparación y no repetición. Finalmente,

* Profesor contratado doctor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR); profesor asociado en la Universidad Complutense de Madrid (UCM); miembro del grupo de investigación "Género, estética y cultura audiovisual (GECA)", <https://www.ucm.es/geca>

este desarrollo teórico se ilustrará, en clave de género, con algunos casos emblemáticos, como la violencia sexual en tribunales internacionales, los juicios por delitos de lesa humanidad en Argentina o la querrela argentina por los crímenes del franquismo.

Palabras clave: feminismo jurídico; memoria democrática; justicia transicional; género; diversidad afectivo-sexual.

Abstract

Feminism legal theory arises from the struggles for human rights, specifically the rights of women and affective-sexual diversity within the framework of a critical theory that modified the way in which the law is interpreted. The identities previously excluded now demand a greater presence and develop tools to demonstrate their vulnerability and invisibility before the law. Starting from feminist theoretical proposals, the main causes of this legal bias are analyzed, such as foreclosure or foundationalism. We will consider some key elements to avoid an essentialist analysis, such as intersectionality, the inclusion of LGBTQIA+ people, or manifestations of sexism. Thus, we will develop a feminist legal methodology, which we will contrast with the dimensions of transitional justice and the fight against impunity: justice, truth, reparation, and non-repetition. Finally, this theoretical development will be illustrated, in gender terms, with some emblematic cases such as sexual violence in international courts, the trials for crimes against humanity in Argentina, or the Argentine lawsuit for the crimes of the Francoism.

Keywords: Feminist legal theory; democratic memory; transitional justice; gender; affective-sexual diversity.

Resumo

O feminismo jurídico surge das lutas pelos direitos humanos, e concretamente os direitos das mulheres e a diversidade afetivo-sexual no marco de uma teoria crítica que tem modificado a forma na que se interpreta o direito. Identidades previamente excluídas reclamam agora uma presença maior e desenvolvem ferramentas para demonstrar sua desproteção e invisibilidade no direito. Partindo das propostas teóricas feministas se analisam as principais causas deste sesgo legal como a exclusão ou o fundacionalismo. Também se retomarão elementos que consideramos chave para fugir de uma análise essencialista, como a interseccionalidade, a inclusão das pessoas LGBTQIA+ ou as manifestações do sexismo. Desenvolveremos assim uma metodologia jurídica feminista, que contrastaremos com as dimensões da justiça transicional e a luta contra a impunidade: justiça, verdade, reparação e não repetição. Finalmente, este desenvolvimento teórico se ilustrará, em chave de gênero,

com alguns casos emblemáticos como a violência sexual em tribunais internacionais, os juízos por delitos de lesa humanidade na Argentina ou a querrela argentina pelos crimes do franquismo.

Palavras-chave: feminismo jurídico; memória democrática; justiça transicional; gênero; diversidade afetivo-sexual.

Introducción

En este artículo pretendemos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cómo podemos hacer una lectura de los mecanismos de justicia transicional y memoria democrática con las herramientas aportadas por el feminismo jurídico? Esta pregunta se desagrega en otras marcadas por los distintos epígrafes y bajo una metodología de análisis de contenidos tanto teóricos como jurídicos con enfoque de género.

En el epígrafe 1 se analizarán las distintas teorías propuestas por los feminismos jurídicos y su razón de ser, para responder ¿por qué es necesario el feminismo en el ámbito jurídico? En el apartado 2 se verán las causas estructurales por las que luchan los feminismos, analizando las manifestaciones del sexismo y cómo estas impactan en el fenómeno jurídico, para responder ¿es posible analizar la discriminación/invisibilización del derecho desde un análisis feminista? En la sección 3 centraremos el tema en la memoria y la justicia, para ver cómo impactan diferencialmente las violencias de género en casos de grave violación de los derechos humanos, y su deficiente reparación posterior. Nos preguntamos ¿es posible desarrollar un método de trabajo en justicia transicional con enfoque de género? Finalmente, en la cuarta parte veremos algunos logros jurídicos que demuestran cómo el feminismo jurídico ha calado positivamente en favor de las víctimas para descifrar ¿qué precedentes jurisprudenciales y de cabildeo pueden ser útiles a la hora de visibilizar el género en el ámbito penal?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) surge como consecuencia del nuevo orden mundial. El imperativo de esta Declaración es proponer un concepto ético de dignidad de la persona desde la universalidad de estos derechos humanos. Pero esta propuesta emancipatoria de la humanidad es irrealizable debido a la exclusión de identidades operada mediante la interpretación del texto normativo.

Ocupándose de esta problemática, los feminismos como instrumento de lucha por los derechos de las mujeres y las personas LGTBIQA¹ han realizado aportes

1 Lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersexuales, asexuales, *queer*, este último concepto en alusión a aquellas prácticas, identidades y expresiones no binarias y no incluidas en los anteriores conceptos.

que han ido generando cambios en todos los aspectos: social, político, cultural, religioso y jurídico, para intentar incluir a colectivos tradicionalmente excluidos en la construcción del mundo y de la titularidad de derechos: mujeres, grupos étnicos, personas con capacidades diferentes, personas en situación de pobreza, diversidad afectivo-sexual, etc., ensanchándose el proyecto social y de justicia del feminismo a otros colectivos. Recordemos que los primeros movimientos organizados de mujeres que luchaban por sus derechos, allá por el siglo XVIII, también se fijaron y lucharon por los derechos de otras personas infrarrepresentadas, como, por ejemplo, esclavos, pobres y particularmente LGTBIQA+. Estas nuevas visiones critican la invisibilización de las mujeres y de las personas que no participan de la sexualidad normativa en el proyecto de derechos humanos y de ciudadanía, ya que ofrecen una visión construida en torno a las necesidades, experiencias y aspiraciones del varón heterosexual y cisgénero.²

En definitiva, personas que, en la interpretación que se hace de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no se tenían en cuenta, siendo necesaria la especificación. Esto crea bolsas de derechos para personas ‘diferentes’. Véase, por ejemplo, la Conferencia de Derechos Humanos de Viena (1993), donde se afirma la indivisibilidad, interdependencia y mismo peso de los derechos, así como que los derechos de las mujeres y las niñas son también derechos humanos, como consagra la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979). El reto ahora sería conseguir un consenso internacional que haga exigibles y judiciales los derechos de la diversidad afectivo-sexual.

En este texto no solo intentamos visibilizar y sumar colectivos y temas que han tenido un acceso deficitario a la justicia, sino deconstruir los modos de hacer del derecho. Este ejercicio nos parece estructural porque ¿qué sentido tiene visibilizar si no se cambian las estructuras misóginas y homófobas/transfóbicas con los que se aplica la justicia en términos generales? De otra manera se crean modos sostenibles de convivir con este tipo de justicia, que genera alguna casuística positiva en favor del género y la diversidad afectivo-sexual, pero en absoluto un procedimiento en un mundo de ‘varones’.

En esta propuesta metodológica no solo hablamos de mujeres, sino que ampliamos a la diversidad afectivo-sexual, como ya hemos anunciado, donde se encuentran las personas LGTBIQA+. La razón es que el propio concepto de género está vinculado a usos, prácticas o funciones asignados a varones y mujeres, incluyendo la sexualidad. El párrafo 5 de la Recomendación General 28 del Comité de la CEDAW explica que

2 Cisgénero se refiere a que la identidad de género autopercibida se corresponde con la asignada al nacer por su sexo biológico. Es lo contrario a transgénero.

género “se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y del hombre, y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas, entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer”.

Estos atributos y funciones estereotipados surgen del contrato en los Estados modernos, que tienen como medida al varón blanco heterosexual y cisgénero. Este contrato político subsume un ‘contrato sexual’ que establece relaciones de dominación (varón) en la esfera pública, subordinación (mujeres, niñas, niños, sirvientes, etc.) en la esfera privada y exclusión (mujeres reveladas, personas no heterocissexuales, disidencias sociales de etnia o clase, etc.) en la esfera criminal. Según Carole Pateman (1995), las mujeres no tenían cabida en el espacio público y político, ya que su destino era el de la esfera privada tutelada por los varones que dominan la esfera pública y racional (p. 144). Del mismo modo, los varones disidentes están del lado de la enfermedad y la criminalidad, dado que, para Celia Amorós (1991), se establece una masculinidad excluyente respecto a los varones con una sexualidad no normativa, generando un heterocispatriarcado³ como eje del sexismo o discriminación basada en el sexo que controla los cuerpos y prioriza la procreación (p. 30).

Tras la Segunda Guerra Mundial y con el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las propuestas neocontractuales y liberales no cambiaron de tendencia. Esto se debe a que, a pesar de que el contrato está roto y que las mujeres, las sexualidades no normativas y otros colectivos ya han sido reconocidos como titulares de derechos, su individualidad no es la misma que la del varón, puesto que el modelo de igualdad se abstrae en la masculinidad hegemónica. Las nuevas personas incluidas lo hacen sin modificar el patrón cultural y atávico del contrato sexual, construido con base en el binomio jerarquizado y esencialista del varón/mujer estereotipados. De este modo la pretendida universalidad de los derechos humanos queda sesgada.

Pero tener una herramienta tan poderosa como la Declaración Universal de los Derechos Humanos legitima aún más las luchas sociales que reclaman avances, en tres direcciones: más bienes, más sujetos y más identidades dentro de los derechos humanos (Bobbio, 1990, p. 72). Desde la teoría crítica, los derechos humanos son históricos en tanto que evolucionan con la humanidad, sus identidades y sus

3 El patriarcado como el dominio de los varones sobre las mujeres, supone también el dominio de unas identidades afectivo-sexuales y de género (heterosexualidad y cisgénero) normalizadas y hegemónicas sobre otras.

luchas, y su ampliación debería verse como algo natural y sin obstáculos (Herrera, 2007). Bajo este prisma, los movimientos sociales, a menudo ignorados en las conquistas políticas y jurídicas, son fundamentales para la institucionalización de nuevos derechos e identidades que responden a antiguas realidades. Aquí se enmarcan los feminismos, ante la crisis de representatividad democrática y con un principio de solidaridad ante los demás, especialmente hacia el “otro” históricamente marginado que, consciente de la exigibilidad de los derechos, lucha por su justiciabilidad, en un punto de no retorno (Rodríguez, 2011).

Comanducci (2000) afirma que a veces se sostiene que estos derechos no se refieren a todos los seres humanos, ya que no todos los seres humanos son considerados con características tan valorables como para ser titulares de estos derechos (pp. 24-25). Hay dos vías para este planteamiento: se excluye la titularidad de los humanos marginales o se incluye a todos los seres humanos, que es la lucha de los feminismos: “el derecho a tener derechos” (Arendt, 2004, p. 420).

1. El feminismo jurídico como metodología emancipatoria

En este contexto de reclamo social de los derechos humanos e identidades, se enmarcan las luchas feministas como reivindicaciones de los derechos de las mujeres, posteriormente de la diversidad afectivo-sexual y por extensión de los grupos infrarrepresentados. El feminismo jurídico propone una metodología emancipatoria con las premisas de que: los actores jurídicos no toman decisiones libres de sus creencias e ideología, el razonamiento jurídico está conectado con el político, las/os jueces tienen en cuenta normas no jurídicas en sus decisiones y los operadores jurídicos deberían ser sensibles a los hechos del mundo y las demandas sociales.

La historia de las mujeres, el estudio de sus particularidades y la identificación de sus discriminaciones, al igual que con el colectivo LGTBIQA+, revela que la ley no se adecua a más realidades que las del varón hegemónico (blanco, heterosexual, cisgénero, cristiano, clase acomodada). En este sentido, lo no percibido, nombrado, tipificado o interpretado como una amenaza o una necesidad no lo es, ignorando, por ejemplo, la violencia contra las mujeres. Lo que no se piensa como una situación real no tiene consecuencias reales para el agente jurídico, existiendo déficits en tipificación y aplicación legal.

Hasta ahora los feminismos han resquebrajado que las mujeres, las personas LGTBIQA+ y todo lo tocante a ellas, como la violencia basada en género y la violencia sexual, queden fuera del tratamiento legal. Siguiendo a Segato (2003), hay

una pervivencia del “residuo de la sociedad de estatus, premoderna, que antecede a la sociedad moderna y contractual constituida por sujetos sin marca (de género o raza) que entran en el derecho en un pie de igualdad” (p. 27).

Y cuando aparece, lo hace como una concesión ‘especial’ o un tema ‘exclusivo’ aparte de la figura del varón hegemónico: “El corpus legal sobre discriminación de género se entiende como un ‘asunto de mujeres’, reforzando el entendimiento que el varón no tiene género, es una criatura estándar que no tiene que preocuparse por los asuntos de género” (Finley, 1989, p. 888). El feminismo jurídico sospecha que el derecho y la justicia están transidos por los patrones heterocispatriarcales, de modo que invisibilizan todo lo que no se ajusta a este sistema de creación de conocimiento. En este sentido, las mujeres, las personas LGTBQIA+ y todo lo tocante a ellas, como la violencia basada en género y la violencia sexual, quedan también fuera del tratamiento legal. Solo aparecen para delimitarlos y criminalizarlos bajo la figura del varón hegemónico.

El proceso de creación, aplicación e interpretación de la norma está centrado en el varón, bajo el pretexto de la neutralidad que no es objetiva, sino parcial en su propio beneficio. A pesar de reconocer derechos de las mujeres y de las personas LGTBQIA+ y de tipificar determinados crímenes, que antes permanecían en la privacidad intocable para la justicia, como la violencia sexual, esta tendencia heterocispatriarcal sigue operando desde el punto de vista simbólico. Cambian las formas, pero la tendencia sigue funcionando bajo la capa de la universalidad de la ley y la abstracción de la igualdad. Aparentemente ya no es el derecho de varón hegemónico, pero sigue atrapado en sus propios marcos socioculturales. En palabras de Catharine MacKinnon (1995):

Las jerarquías entre los hombres se ordenan sobre la base de la raza y de la clase, estratificando también a las mujeres. El Estado toma esos hechos del poder social y los utiliza en la ley y como ley. Ocurren dos cosas: la ley se hace legítima y el dominio social se hace invisible. El legalismo liberal es, por tanto, un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino e imponiendo al mismo tiempo esa visión a la sociedad (pp. 427-428).

Con lo cual el derecho sigue siendo otro ámbito del heterocispatriarcado, que legitima estos ideales jurídicos, intrínsecamente discriminatorios bajo la pretensión de universalidad e imparcialidad. Estos ideales, según Young (1990), sustentan al Estado neutral, mantienen los procesos jerárquicos de toma de decisiones y

transforman el punto de vista de los grupos hegemónicos en universales. Una ética del consenso excluyente.

Ya no es solo una cuestión del texto normativo, que puede ser incluyente y no discriminatorio, sino de la interpretación de este y de la estructura y los mecanismos que siguen estando bajo un patrón heterocispatriarcal. Un ejemplo lo tenemos en la investigación de Susan Estrich sobre la violación sexual, demostrando que, a pesar de su penalización, los operadores jurídicos tienen ideas sobre las pruebas o las actitudes válidas que deben tener las mujeres. Esto lleva a la despenalización de las violaciones sexuales por parte de las personas conocidas o aquellas que se producen en citas (Jaramillo, 2009, p. 122).

A veces, estas estructuras tienen la estrategia de situar a mujeres al frente de ellas o en departamentos de género. Esto se ve en el ámbito de la justicia, pero, en palabras de Alda Facio (2000): “Es más fácil permitir la entrada de mujeres a las instituciones patriarcales que transformarlas. [...] es más fácil permitir que algunas mujeres lleguen a ser juezas de las cortes supremas que cuestionar los principios jerárquicos que organizan el sistema de administración de justicia” (p. 18).

Aunque introducir nuevas voces y experiencias diversas en puestos de mando es muy positivo, hay dos problemas: introducir a una mujer o a una persona LGTBIQA+ no es sinónimo de que estas personas no sean misóginas u homófobas/transfóbicas. En segundo lugar, no solo basta con introducir la diversidad y marcar cuotas de género en las instituciones, sino cambiar sus protocolos de actuación, que siguen siendo heterocispatriarcales.

Otro aspecto interesante del feminismo jurídico es el concepto de interseccionalidad. Para evitar hacer un análisis esencialista no basta solo con considerar al género como un asunto también referente a la diversidad afectivo-sexual, sino como una cuestión conexas a otras problemáticas. El debate de la interseccionalidad surgió en el centro del feminismo negro estadounidense, que, partiendo de las diferencias, criticaron al feminismo esencialista y a las luchas contra la discriminación racial que ignoran el género, apostando por una estrategia de insubordinación ante el patriarcado (Johnson, 2005, p. 21). Proponían la conexión de diferentes componentes de la identidad que, hasta ese momento, eran considerados de manera separada. El concepto va más allá de juntar identidades separadas para proponer una única identidad perteneciente a varias categorías. Esto amplía el derecho antidiscriminatorio clásico, donde las causales son limitadas y paralelas, jamás se cruzan. Kimberlé Crenshaw (1989) emplea por primera vez el término ‘interseccionalidad’ en 1989 cuestionando la tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y análisis excluyentes y no complementarias. El PNUD (2009) definió

interseccionalidad como “la discriminación compuesta, doble o múltiple y referida a la interacción entre dos o más formas de discriminación” (p. 2).

Partiendo de la interseccionalidad, Hutchinson (1999) propone la multidimensionalidad que “reconoce la inherente complejidad de los sistemas de opresión y las categorías de identidad social en torno a las cuales el poder social y el desempoderamiento es distribuido” (p. 9). Es decir, propone analizar los patrones de subordinación que producen las discriminaciones interseccionales, y ver cómo estos patrones están interconectados en un eje heterocispatriarcal, que excluye intereses sociales y jurídicos de personas con identidades no hegemónicas (Valdes, 1998).

Podríamos decir, haciendo una interpretación no solo cultural y socioeconómica de reconocimiento, redistribución y representación, según Nancy Fraser (2005), sobre la que luego volveremos, que la justicia puede llegar a reconocer estas identidades con base en un principio de igualdad, pero no distribuye justicia ni fomenta la representación con base en su diversidad. La citada autora afirma “la ausencia de un proyecto emancipatorio amplio y creíble, a pesar de la proliferación de frentes de lucha; una escisión generalizada entre las políticas culturales de reconocimiento y las políticas sociales de redistribución, y el alejamiento de las pretensiones de igualdad frente a una agresiva mercantilización y un agudo crecimiento de las desigualdades materiales” (Fraser, 1997, p. 7).

Se plantean problemas de redistribución de la justicia que, más allá del texto normativo, no se aplica por igual. Gracias a este desenmascaramiento hay una progresiva inclusión de las identidades, expresiones y prácticas de género que chocan con las antiguas estructuras jurídicas, que podemos articular en tres momentos:

Sistema sexo/género: inclusión esencialista y binaria de las mujeres en tanto oposición a los varones que se ejemplifica en el reconocimiento de la igualdad y la prohibición de discriminación como principio fundamental. Esta línea va desde el feminismo liberal que propugna la igualdad legal, hasta otro más radical que defiende medidas de equidad, como pueden ser las cuotas de género para favorecer el acceso de las mujeres al mercado laboral, por ejemplo. Como documentos más sobresalientes encontramos la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, especialmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), que tiene por objeto eliminar la discriminación contra las mujeres y asegurar la igualdad entre mujeres y varones. Esta Convención jurídicamente vinculante para los Estados signatarios es revisada

por un comité que elabora recomendaciones generales aclaratorias de cada uno de sus párrafos. No será hasta la Recomendación General 23 (1997) cuando aparezca el concepto género de manera diferenciada al de sexo. Y será explicado desde la sociología en la Recomendación General 24 (1999).

Sistema binario de orientación sexual e identidad de género: unido al binarismo sexo/género, supone una inclusión y descriminalización de personas LGTBQIA+ con leyes antidiscriminación, matrimonio igualitario o leyes trans que reasignan el género y el sexo binario autopercebido. Ya hemos visto que el sujeto del feminismo se amplía a estos otros colectivos. Este sistema y el siguiente no dejarán de ser polémicos, ya que cuestionan fuertemente cuál debe ser el sujeto principal del feminismo. Como documentos fundamentales, aunque no jurídicamente vinculantes, destacamos los Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006), que reconocen la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género y la protección de estas personas. Y la Declaración de la ONU sobre Orientación Sexual e Identidad de Género (2008) reivindica los derechos humanos de todas las personas más allá de su orientación sexual e identidad de género. Es de destacar la labor previa de la CEDAW por visibilizar estos términos en las Recomendaciones Generales 25 (2004), 27 (2010) o 28 (2010).

Sistema queer: basado en la teoría *queer*, que aboga por la disolución de las categorías femenino y masculino, proponiendo no solo la performatividad del género, sino también del sexo biológico como construcción social. Supone la desintegración del binarismo en una multitud identitaria e interseccional que, de esta manera, escapa de la opresión binaria que conlleva ser designado incorporando una pluralidad de identidades oprimidas. Este sistema aboga por un tratamiento diversificado y protegido de la diversidad afectivo-sexual, supone la protección de experiencias y prácticas no binarias, como la creación administrativa de un tercer sexo o género neutro, o las medidas de protección médica e identitaria para los bebés intersexuales. Algunos ejemplos nacionales pueden ser el fallo del Tribunal Supremo de Australia en 2011 que determinó la existencia de un género no definido (X), además del varón (XX) y de la mujer (XY), teniendo presencia en documentos administrativos e identificativos. El reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de la India en 2014 a las personas transexuales como un “tercer género” (*hijras*) diferente del femenino y del masculino. En 2017 la Corte Suprema alemana ha establecido que los bebés nacidos intersexuales tengan esta opción en el registro como tercer género. Y también ese mismo año Canadá da reconocimiento administrativo desde el nacimiento al “género desconocido”.

Vemos cómo hay una evolución inclusiva, unos reclamos presentes, con visión de futuro, pero con base en una experiencia del pasado. También podemos afirmar que realmente no hay un feminismo jurídico, sino varios: el socialista, que incorpora críticas al capitalismo incluyendo el factor de clase social; el ecofeminismo ecológico; el negro y de la diferencia con temas étnicos y poscoloniales; el feminismo de la igualdad, que promueve la igualdad jurídica; el feminismo radical, que incorpora un trabajo político más estructural; o el feminismo *queer* o *cuir* —en su versión decolonial—, que aboga por la diversidad sexual de identidades. Aunque en todos ellos la base es la situación de desventaja de las mujeres y la lucha por la igualdad, van variando los sujetos, bienes e identidades.

Desde nuestro punto de vista, es posible trabajar a partir de un feminismo de la diferencia y radical (como vuelta a las raíces) que tenga en cuenta el principio de igualdad, pero también las cuestiones de diferencia que cercenan el acceso a los derechos de las mujeres biológicas. E incluir posturas *cuir*, sexualmente diversas y no normativas que, al compartir la lucha contra el heterocispatriarcado opresor, sirvan para sumar esfuerzos, apoyos, sinergias y coherencia con otras identidades, como es el caso de las mujeres trans. El trabajo está en sumar identidades sin postergar otras, evitando que la construcción de categorías se convierta en una normativa excluyente, y que la homogeneización de sujetos cree relaciones de subordinación. Así es precisamente como ha operado el heterocispatriarcado.

Esta propuesta de feminismo jurídico *cuir* propone una metodología emancipatoria con las premisas de que: los actores jurídicos no toman decisiones libres de sus creencias e ideología, el razonamiento jurídico está conectado con el político, las/os juezes tienen en cuenta normas no jurídicas en sus decisiones y los operadores jurídicos deberían ser sensibles a los hechos del mundo y las demandas sociales.

En cualquier caso, hay una crítica al universalismo de los derechos humanos que se considera poco práctico, poco efectivo. Por esta razón, y con base en los movimientos sociales, se elabora una teoría crítica de los derechos humanos que los ve como resultado de las luchas sociales y como un producto cultural y colectivo, que es justamente lo que hace que el eslogan feminista “lo personal es político” alcance todo su sentido de contrapoder como ley del más débil (Ferrajoli, 1999, p. 54). En todo esto encontramos la siguiente dinámica: denuncia de una situación pasada (discriminación histórica) que en algunos casos jurídicos puede ser imprescriptible y, por lo tanto, actual; por otro lado, reclamo de una situación presente conectada al pasado; y, finalmente, la propuesta un nuevo sistema de relaciones de poder para el futuro inmediato.

2. El sexismo: forclusión, abyección y repugnancia

Podemos ir más allá e intentar ir a las causas que motivan el actuar del feminismo jurídico. Debemos esclarecer que en este uso sesgado del derecho opera el fundacionalismo, que consiste en el uso de ciertas creencias establecidas hegemónicamente desde la fuerza, sobre las que se fundan nuevas creencias o conocimientos. Esta imposición hegemónica proporciona una presunta neutralidad y objetividad del derecho (Balkin & Levinson, 2008, p. 211). Las leyes y su interpretación vienen de personas superiores cuyo conocimiento es incuestionable —son varones o aplican este patrón— y al que no tenemos acceso.

Las creencias impuestas e incuestionables del fundacionalismo son la base de la forclusión, término psicoanalítico: algo/alguien que se ha repudiado de lo Simbólico y que reaparece en lo Real (Spivak, 2010, p. 17). Es el rechazo simbólico de un sujeto y un significante, que no aparece inscrito en el subconsciente. Un sujeto expulsado y excluido de la realidad, pero invisibilizado ante esta situación por la exclusión simbólica que tiene. La ‘forclusión’ opera a través de la negación del sujeto y significante, y de desmentir esta negación, con lo cual la invisibilización queda oculta y la discriminación ‘legitimada’. Para Butler (2004, p. 41), esta “forclusión” no es inconsciente, sino social e histórica, consintiendo relaciones de poder que subliman determinadas identidades para mantener su hegemonía.

El resultado es una exclusión pasiva, sin esfuerzo y sin consciencia de excluir, ya que se basa en un orden de las cosas ‘natural’, ‘universal’ e ‘histórico’ sobre el que se han construido los regímenes políticos y jurídicos de ciudadanía, por ejemplo. Solo recupera su consciencia y reduplica su violencia cuando las personas excluidas se quejan respecto a su situación y son capaces de vaciar los conceptos a través de los que “son hablados”, de resignificarlos o construir unos nuevos, superando el orden simbólico de la “forclusión” para avanzar hacia lo real (Zizek, 2008). Se puede decir que la forclusión es el germen de la construcción de la otredad, siendo los sujetos excluidos más perfectos las mujeres y las personas LGTBQIA+.

Según Martha C. Nussbaum (2010), esto responde a unas “políticas de la repugnancia”. Argumenta que el disgusto de la justicia a trabajar temas relacionados con el género o la homosexualidad reside en la ansiedad por la contaminación y el miedo de la naturaleza animal del cuerpo. De este modo se imagina el cuerpo y el ser sexualmente no normativo como susceptible de enfermedades, lleno de sustancias y con un uso desordenado. Es el miedo a ser manchado por temas que nos recuerdan la animalidad, la mortalidad, la naturaleza corporal. Al igual que ocurre con el cuerpo de las mujeres. De este modo el individuo se posiciona en una heterosexualidad falocéntrica. Todo lo que queda fuera y amenaza su hegemonía es duramente

relegado a la categoría de sujetos abyectos en el sentido que le da Kristeva (2004). La heterocisexualidad organiza y resignifica cuerpos e identidades en su papel no de opción sexual, sino de régimen de poder basado en el binomio jerárquico varón/mujer, excluyendo a todo lo demás (Butler, 2005, pp. 19-20).

A la repugnancia se suma la vergüenza en el tratamiento jurídico, que inculca una humillación especial a los temas de violencia sexual, conciliación, matrimonio igualitario, etc., como asuntos privados, domésticos y despolitizados (Nussbaum, 2006). Para Nussbaum, esto está presente en el racismo, en el antisemitismo, la misoginia, la homofobia o la transfobia. De alguna manera se siguen considerando grupos incivilizados, no son personas completas, por ello son más animales y corporales que personas con capacidad de raciocinio, facultad exclusiva del varón normativo. Esto no solo se puede extender a determinados colectivos, sino a determinados temas, como es la sexualidad que se usa para denegar el acceso a la justicia a mujeres y a personas LGBTQIA+ (Nussbaum, 1999, p. 15). Son sujetos y temas no solo relegados por la privacidad, sino también por la repugnancia y por la vergüenza, los tres factores intocables hasta hace poco por la justicia.

Esta concepción de los cuerpos hace que las violencias se oculten, particularmente la violencia sexual en tres patrones: la que se produce contra mujeres y niñas, la que se produce contra varones y niños (con una finalidad de feminizar y homosexualizar), y la que se produce contra personas LGBTQIA+. Todas deficientemente visibilizadas tienen como objeto someter a los cuerpos y mantener el orden heterocispatriarcal.

La expresión concreta de todo esto es el sexismo, como manifestación discriminatoria hacia el sexo femenino y todo aquello que no tenga cabida en las sexualidades normativas, abarcando una serie de manifestaciones como estas que proponemos reelaborando la propuesta de Margrit Eichler (1991):

Dicotomismo sexual: consiste en tratar a los sexos como diametralmente opuestos y no con características semejantes. Esta dicotomía también se puede aplicar a la orientación sexual e identidad de género. Hasta tal punto de que todas ellas ocupan todas las esferas en las que vemos a las personas. En este sentido, una mujer es esencialmente una mujer con sus roles estereotipados y diferentes en todo a un varón, y un homosexual una persona que mantiene relaciones sexuales (raramente afectivas) con personas de su mismo sexo, y que no tiene nada que ver con una persona heterosexual. La orientación sexual/identidad de género se esencializa y no se ve como un aspecto más de la personalidad, sino determinante hacia comportamientos reprobables.

Deber ser de cada sexo: estereotipos marcados para cada sexo, basados en la creencia de que hay conductas o características humanas que son más apropiadas

para un sexo que para el otro. En ellas una manera específica de ser heterosexual para cada sexo y de mostrar feminidad las mujeres, así como masculinidad los varones. Esto conlleva el desprecio, por ejemplo, de las mujeres lesbianas, que muestran actitudes o expresiones tradicionalmente consideradas masculinas.

Doble parámetro: similar a lo que conocemos como doble moral. Se da cuando la misma conducta, situación idéntica o característica humana, es valorada con distintos parámetros o instrumentos para cada sexo, que impone al género una serie de roles impermeables entre sí. Ocurre igual con personas no heterosexuales/no cisgénero, a las que no se admiten determinadas acciones consagradas al resto, como el matrimonio o la filiación.

Familismo: mujer y familia son sinónimos y comparten necesidades e intereses. Está asentado en la función reproductora de la mujer y en la distribución sexista del trabajo que atribuye a la mujer el rol de cuidado familiar. Esta mujer madre y cuidadora de la familia está por encima de la mujer como persona, con otras funciones e intereses, como los del trabajo fuera de casa, los de no contemplar su función reproductora o ser lesbiana. A su vez, se reprueban otras formas de familia: monoparentales, entre dos gays, dos lesbianas, etc.

Insensibilidad de género: ocurre cuando se ignora la categoría de género como una variable socialmente importante y legítima, es decir, cuando no se toman en cuenta los distintos lugares que ocupan las mujeres y los varones en su diversidad de identidades, prácticas, expresiones y situaciones en la estructura social, a favor del varón heterosexual estereotipado.

Sobregeneralización y sobreespecificidad: la sobregeneralización se manifiesta cuando un estudio, teoría o texto solo analiza la conducta del varón heterosexual cisgénero, pero presenta los resultados del análisis o el mensaje como válidos para ambos sexos y la diversidad afectivo-sexual. La sobreespecificidad expone como específico de un sexo y orientación sexual/identidad de género ciertas necesidades, actitudes e intereses que en realidad son de ambos sexos y de la diversidad afectivo-sexual.

Androcentrismo: es la manifestación del sexismo heterocispatriarcal más evidente que sucede cuando un comportamiento, estudio, análisis o investigación se enfoca solo desde la perspectiva masculina, presentando esta experiencia como central a la experiencia humana y, por lo tanto, como la única relevante. El androcentrismo tiene tres formas extremas de manifestarse: la misoginia, como el repudio a las mujeres; la ginopia, como la invisibilización de la experiencia de las mujeres; y la feminifobia, como el rechazo a lo femenino. Esta última fobia está también presente cuando se desprecia a varones con ademanes femeninos o 'pluma', o a personas trans, o cuando se ve la ausencia femenina como un valor.

Heteronormativismo y cisnorma: es la normalización y naturalización de la sexualidad y afectos de las relaciones heterosexuales y la identidad de género correspondiente con el sexo biológico, que rechazan cualquier tipo de diversidad afectivo-sexual. Tiene dos formas extremas de manifestarse: la homofobia/transfobia, como el repudio a las personas LGTBIQ+ y a lo relativo a la homosexualidad/trans; y la homonopía/transnopía, como la invisibilización de la experiencia de las personas LGTBIQ+ o lo relativo a las prácticas asociadas a la homosexualidad o a la expresión trans.

Frente a esto, Nussbaum propone unas “políticas de la humanidad”, basadas en la capacidad para imaginar y empatizar con las personas “otras” como seres humanos como los demás, merecedores del mismo tratamiento y respeto ante la ley. Es decir, personas titulares de plenos derechos. Este sería un ejercicio de superación para vencer en la justicia las anteriores emociones, que responden al orden heterocispatrilial.

En este sentido, propone que los sistemas educativos vuelvan a las humanidades (desarrollo humano), incluyendo el valor de la historia, la filosofía, los feminismos y las luchas sociales para la construcción democrática y ciudadana, frente a la tecnificación y productividad educativa, orientada al modelo productivo (desarrollo económico). Una educación humana hace desarrollar la empatía y compasión entre los seres humanos; promover un pensamiento crítico para construir nuevos escenarios consensuados; y entenderse como parte del mundo que comparte problemas y soluciones (Nussbaum, 2010). En nuestro campo, esto se traduce en una formación en las facultades de derecho y a los operadores jurídicos para que contemplen este bagaje en la redacción de textos normativos y su aplicación jurisprudencial.

3. Memoria y justicia

Si nos centramos en un aspecto de la justicia como es la transicional vinculada a la memoria democrática, podríamos desarrollar una metodología inclusiva desde el feminismo jurídico *cuir*. Memoria democrática alude a la recuperación de hechos pasados en el contexto de conflictos armados que desestabilizan o interrumpen una democracia, o a regímenes no democráticos que derrocan gobiernos legítimos.

Nos encontramos en una problemática. Bajo un enfoque de género es que se rescata un tipo de memoria heterocisnormativa, releyendo al olvido las otras experiencias. Se marca lo que tiene derecho a pasar a la historia oficial y lo que no: las memorias de ‘los vencidos’ tras un suceso traumático y como una transversal la memoria de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual. Estas enfrentan una serie

de limitaciones en los procesos de justicia transicional a la democracia (Bell & O'Rourke, 2007; Albertson Fineman & Zinnstag, 2013):

- Estereotipo de mujeres limitadas a la familia y a sus funciones como madre y esposa, relegadas al espacio privado, mientras que la diversidad afectivo-sexual sigue criminalizada e invisible.
- Interseccionalidad en las violencias contra las mujeres y la diversidad afectivo-sexual en dos sentidos: reciben una violencia interseccional por su condición de género o sexual, y además por factores religiosos o por pertenencia a grupos políticos, sindicales, etc., perseguidos. Factores que encubrirán las violencias de género durante procesos de justicia transicional, eliminando la interseccionalidad.
- Las mujeres aparecen fuertemente como relatoras del marido o de las/os hijas/os, no tanto de ellas mismas, al estar sus experiencias fuera del relato (en comisiones de la verdad) y de la justicia (en procesos penales). También la de naturalizar la violencia producida contra ellas. La diversidad afectivo-sexual no tiene relato.
- Falta de tipificación penal y de procedimientos judiciales accesibles y adecuados por género y diversidad afectivo-sexual.
- Estereotipo de la victimización de las mujeres y no reconocimiento de su resiliencia y capacidad de acción, que convive con el otro extremo: el no reconocimiento del estatus de víctima, como pasa con la diversidad afectivo-sexual. El contrapunto es el estereotipo de los varones como victimarios.
- Programas de reparación diseñados indistintamente para mujeres y varones sin considerar sus identidades y el impacto diferenciado que podrían tener las medidas de equidad.
- Falta de consideración de las víctimas indirectas respecto a sus familias, especialmente con las mujeres que, por sus familiares, principalmente maridos e hijos muertos o presos, padecen sufrimiento psicossomático, problemas económicos derivados de la dependencia financiera y la falta de tenencia de recursos, cambios en la situación familiar que truncan situaciones laborales y aspiraciones educativas, etc., que las convierten en sujetos de violencia directa.
- Exclusión familiar y comunitaria de la diversidad afectivo-sexual que hace de estas personas más vulnerables a los conflictos.

Aunque el derecho a la memoria no tiene una consagración jurídica, sí que guía cuatro dimensiones constitutivas de la justicia transicional y lucha contra la impunidad establecidas desde el *Informe Joinet* de la ONU (1996): derecho a la verdad, derecho a la justicia, derecho a la reparación y garantías de no repetición. Es una propuesta de justicia anamnética (Mate, 2003, p. 107) que se encarga de la reparación de estas víctimas y que sin un enfoque de género queda incompleta.

Aquí vamos a establecer una justicia anamnética basada en el feminismo jurídico de Nancy Fraser, que conceptualiza la justicia interrelacionando reconocimiento, redistribución y representación (Fraser, 2005).

El reconocimiento está en una esfera sociocultural, refiriéndose a la inclusión de diferentes identidades dentro de la sociedad. Desde la justicia anamnética nos podemos referir al reconocimiento de unos hechos históricos, particularmente de los vencidos, y al reconocimiento del estatus de víctima y de su memoria. La redistribución supone una redistribución equitativa de recursos desde una esfera económica. Basándonos en esto, vemos las reparaciones económicas fundamentadas en el reconocimiento de las víctimas. La representación desde una esfera político-estética aborda la participación de todas las personas en la discusión pública y la toma de decisiones, frente al “des-enmarque” de colectivos tradicionalmente excluidos. Desde la memoria se entiende como participación política y presencia de las organizaciones memorialistas dentro del Estado.

De este modo se puede aplicar esta metodología incluyendo los siguientes enfoques:

- *Enfoque de género y diversidad afectivo sexual*: especialmente referido a la invisibilización de las lesbianas en estos procesos de violencia, estando más ocultas en los reclamos que generalmente se refieren a los varones homosexuales.
- *Enfoque intergeneracional*: aunar las luchas de los movimientos de derechos humanos, feministas y LGTBIQA+ actuales con los memorialistas, mostrando que es necesario solventar las injusticias del pasado para tener una sólida base en el presente y futuro.
- *Enfoque interregional*: hacer intercambios entre países que han sufrido este tipo de violencias para sistematizar experiencias y buenas prácticas reparatorias.
- *Enfoque intercultural*: hay que tener en cuenta la interseccionalidad de género y diversidad afectivo-sexual con otras cuestiones, como la religiosa, el origen nacional o étnico, para ver las especificidades en cada caso y buscar la implicación de otros organismos, como iglesias, asociaciones de inmigrantes o grupos étnicos, cuyas identidades hubieran sido objeto de diversas formas de violencia.
- Nuestro mecanismo de justicia transicional quedaría así:
- *Derecho a la verdad*: obligación de revelar a las víctimas y la sociedad todo lo que pueda saberse con certeza sobre las circunstancias del crimen, incluyendo la identidad de los perpetradores e instigadores.
 - Mecanismos: se concreta en las comisiones de la verdad, bancos de ADN, recursos jurídicos como *habeas corpus* o *habeas data* en el caso de personas desaparecidas, exhumaciones, centros de documentación,

archivos y publicaciones que den cuenta de lo sucedido. También el fomento de la investigación académica.

- Reconocimiento de las víctimas y unos hechos y representación equitativa de los colectivos implicados. Crear comisiones de verdad paritarias, con diversidad cultural, intergeneracional, participadas por personas LGTBIQA+, aplicar una metodología feminista y contar con la participación de organizaciones feministas y LGTBIQA+ con el fin de tener testimonios. Si no hay comisiones de verdad por parte del Estado, crear comisiones de investigación por parte de organizaciones de la sociedad civil, académicas o desde la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, o en consorcio con los tres agentes mencionados. Crear un archivo público y accesible del género y de la diversidad afectivo-sexual que recoja en soporte audiovisual, material y escrito, testimonios y documentos, de modo que se fomente la investigación, las publicaciones y las producciones audiovisuales. En este sentido, es muy importante habilitar el *habeas data* con el fin de acceder a archivos policiales, militares, institucionales, eclesiásticos, etc., que puedan dar información de personas investigadas, exdetenidas, torturadas, desaparecidas o asesinadas. Este tema es importante para saber las razones y dimensiones de estas violencias diferenciadas. Recopilar buenas experiencias de otros países para ponerlas en práctica.
- *Derecho a la justicia*: en relación con el deber del Estado a investigar, perseguir y castigar. Es un derecho cuando se considera desde la perspectiva de la tutela jurídica a las víctimas y sus familias.
 - Mecanismos: principalmente dentro de la justicia retributiva, se concreta en los tribunales nacionales e internacionales para condenar a los victimarios y promover la reparación de las víctimas. Querellas populares, medidas de protección a los testigos o justicia universal. También puede incluir mecanismos alternativos de disputa.
 - Reconocimiento, otorgando el estatus jurídico de víctima y juzgando unos hechos, deberían existir fiscalías con grupos de trabajo específicos de género y diversidad afectivo-sexual.
- *Derecho a la reparación*: el Estado está obligado a ofrecer a las víctimas o sus familiares algún tipo de reparación.
 - Mecanismos: se concreta en la compensación económica, restitución de propiedades, memoriales públicos, arte, conmemoraciones o material

educativo. Esta dimensión pasa por la restitución económica, indemnización y pensiones vitalicias o complementos a las pensiones de personas expresas y sus familiares, que no solo no pudieron cotizar durante su período presidiario, sino que tuvieron una difícil reinserción social y laboral. Asistencia psicosocial específica, medidas de inserción laboral, formativas y educativas diferenciadas. Instauración de una cultura artística y audiovisual de la memoria que, frente a la desaparición del cuerpo o el cuerpo dañado apueste por un *habeas imago*, para que las víctimas estén re-presentadas, re-construidas, re-dignificadas.

- Redistribución en los aspectos económicos considerando la violencia de género y diversidad afectivo-sexual como un factor para tener en cuenta. Representación en las reparaciones simbólicas, como memoriales, placas, museos, monumentos en lugares de represión diferencial para las mujeres y las personas LGTBIQA+, el otorgamiento de calles y lugares públicos.
- *Garantías de no repetición*: el Estado debe prevenir ante las víctimas y la sociedad los crímenes del pasado.
 - Mecanismos: desmovilización, desarmamiento y reintegración de antiguos combatientes, reforma institucional o el control democrático del sector de seguridad. Depuración del funcionariado. Creación legal que proteja a colectivos vulnerables y que pene diferencialmente los crímenes cometidos (crímenes de odio, discurso de odio). Incluir estos temas en la educación reglada con carácter obligatorio tanto en asignaturas de educación en valores como en historia. Creación de planes estatales y provinciales de derechos humanos sensibles a estos temas.
 - Reconocimiento y representación: integrar en la organización del Estado institutos públicos con planes y presupuestos específicos que, alineados con un plan estatal en derechos humanos, luchen contra la discriminación de género y violencia contra las personas LGTBIQA+. Incluir programas de educación específicos que eliminen la misoginia, homofobia y transfobia. Reformas legales que eliminen leyes y condenas relativas a la diversidad afectivo-sexual, así como la promoción de nuevas leyes que penen la homofobia y transfobia, leyes antidiscriminación que promuevan la igualdad y medidas específicas que, por un lado, eliminen las desigualdades en el acceso a los derechos, como, por ejemplo, la integración de las personas trans al mercado laboral; y, por otro, sirvan para extender derechos como el matrimonio igualitario. Formación a las fuerzas de seguridad y ejército. Finalmente, hay que

mencionar el entorno educativo y cultural, fundamental para que, en el medio y largo plazo, mediante currículos académicos adecuados y el fomento cultural, las personas LGTBIQA+ y la igualdad de género se integren plenamente en la sociedad y Estado que un día les consideró prescindibles y ahora debe considerar lo contrario.

4. Algunos logros

Durante regímenes no democráticos o durante conflictos armados se produce un repunte de las violencias de género, destacando la violencia sexual, que se ha podido considerar dentro del crimen de lesa humanidad. La normalización histórica de las violencias de género, incluyendo, como venimos haciendo, a la diversidad afectivo-sexual, hizo que pasaran inadvertidas en los procesos de memoria, vuelta a la democracia y justicia transicional. Pero, en ocasiones, la justicia ha sabido romper esta impunidad.

4.1. Caso Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Esta, en 1998, es la primera condena mundial por crimen de genocidio después de un juicio ante un tribunal internacional. Además, se comenzó a definir violencia sexual bajo los patrones que desarrollarían las sentencias del tribunal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia. Se consideró que la violación sexual puede constituir genocidio, reconociendo que esta y otras formas de violencia sexual pueden constituir crímenes contra la humanidad. La violencia sexual se llevaba a cabo principalmente de manera sistemática, en grupo y acompañada de serias mutilaciones e, incluso, de la muerte. Generalmente las mujeres eran raptadas en los lugares de refugio, como iglesias u oficinas comunales, o en barricadas realizadas durante el desplazamiento.

El 7 de junio de 1997, una mujer tutsi declaró que su hija de seis años había sido violada por tres hombres y que también había escuchado hablar de otras violaciones. La acusación inicial fue enmendada para incluir los cargos de violaciones sexuales y otras formas de violencia sexual cometidas en la ciudad de Taba, descritas en los párrafos 416 y 417 de la sentencia. La defensa argumentó que los cargos de violencia sexual estaban bajo la presión pública y no eran creíbles. Además, advertían que eran cuestiones “de interés para los psiquiatras, pero no para la justicia”. Las investigaciones de violencia sexual contra las mujeres siguieron desde ese momento en otros casos no solo por la fiscalía, sino por el especial interés de la presidenta del Tribunal entre 1999 y 2003, la jueza sudafricana Navanethem Pillay.

Dentro de los crímenes de genocidio se demostró el ataque generalizado o sistemático contra la población civil de Ruanda por motivos étnicos (*mens rea*), con el *dolus specialis* de la intencionalidad de destruir a un grupo específico, que es lo que

constituye el crimen de genocidio. El Tribunal reconoció así que la violación sexual podía ser constitutiva de genocidio si cuenta con la intencionalidad requerida para ese crimen (*dolus specialis* como *mens rea*). Esto se basa en que son actos que pueden tener como propósito destruir a un determinado grupo de personas, aunque no sean actos a través de los cuales se cometan directamente asesinatos. Se basan en la interpretación del artículo 2b), c) y d) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), que luego sería retomado en el artículo 6b), c) y d) del Estatuto de Roma (1998).

Esta sentencia es un logro del feminismo por considerar el crimen de violencia sexual como una ofensa diferenciada contra mujeres y niñas, que es un asunto judicializable y no privado. Considera el testimonio como prueba válida, dado que es un crimen que supone una ofensa para la víctima y su comunidad, y esto hace que esté particularmente fuera de los testimonios. Del mismo modo, lo ve en el contexto de las violencias patriarcales que usan los cuerpos de las mujeres como arma de guerra. Esta sentencia servirá para muchas otras y para la tipificación de estos crímenes en el Estatuto de Roma (1998) de la Corte Penal Internacional.

4.2. La violencia sexual en los juicios por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar en Argentina

Tras la anulación en 2003 de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, comienzan en 2006 los juicios por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar en Argentina (1976-83). Los delitos referidos a la violencia sexual vienen teniendo un lugar destacado. Así, en 2011 la Unidad Fiscal de Coordinación publica las *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*, y en 2015 se hizo la *Guía de actuación para los ministerios públicos en la investigación penal de casos de violencia sexual perpetrados en el marco de crímenes internacionales*, en particular de crímenes de lesa humanidad. Estas guías son fundamentales para orientar la jurisprudencia y alejarnos del sesgo heterocispatriarcal de la justicia.

Para la visibilización de estos crímenes ha sido fundamental la participación de la academia y de organismos de derechos humanos y feministas como el Comité de América Latina y el Caribe por la Defensa de los Derechos de las Mujeres (Cladem) Argentina, que, junto con el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (Insgenar), presentó dos *amicus curiae*. El primero fue presentado en 2010 en la causa Riveros tramitada ante el Juzgado Federal de San Martín. Pese a que fue recibido con indiferencia, permitió que, por primera vez, organizaciones feministas se presentaran en causas de lesa humanidad, fundamentando que la violencia sexual

formó parte de los dispositivos represivos del terrorismo de Estado, y que provocó efectos diferenciados según el género de las víctimas.

El segundo *amicus curiae* se presentó en 2011 ante la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en la causa Menéndez, Luciano B. y otros, e incidió directamente en la prosecución de la causa con respecto a estos delitos. La línea argumental que sustentó esta decisión es coincidente con el contenido del *amicus*.

Otros ejemplos destacables son el caso Barcos de 2010 de la Sección de Santa Fe, donde fue condenado Horacio Barcos, por privaciones ilegítimas de la libertad y tormentos sufridos a Amalia Ricotti y José Alberto Tur, secuestrados en 1978 durante quince días. En este juicio se consideró por primera vez que los delitos sexuales cometidos contra las víctimas del terrorismo de Estado son un crimen de lesa humanidad, aunque aún subsumido al delito de tormentos, refiriéndose a la violación sexual sufrida por Amalia Ricotti.

El delito de violencia sexual se considera un tipo penal autónomo en el caso Molina de 2010 de la Sección Mar del Plata, donde el exsuboficial de la Fuerza Aérea Gregorio Rafael Molina alias ‘Charles’ o ‘Sapo’ fue condenado a prisión perpetua por los crímenes cometidos en contra de 40 víctimas del centro clandestino de detención La Cueva en Mar del Plata. En este caso se responsabilizó por primera vez a un integrante de las fuerzas armadas por dos casos de violación sexual en forma reiterada y un caso de violación en grado de tentativa contra mujeres. En la sentencia, el tribunal aseguró que las violaciones “no constituían hechos aislados ni ocasionales, sino que formaban parte de las prácticas ejecutadas dentro de un plan sistemático y generalizado de represión llevado a cabo por las Fuerzas Armadas durante la última dictadura militar”. También afirma que “asumir como ‘natural’ u ‘obvio’ que una conducta de las características de la violación sexual se realice contra personas de sexo femenino implica desconocer lisa y llanamente la perspectiva de género que atraviesa esta clase de delitos; perspectiva que, por lo demás resulta de obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos”. En la sentencia se establece que la violación sexual en centros clandestinos de detención constituye un delito contra la humanidad, imprescriptible y que no necesita más prueba que el testimonio de la víctima.

Finalmente, debemos destacar que en 2020 el Tribunal de La Plata comenzará el caso del Pozo de Banfield, referido a un centro clandestino de detención, donde Valeria del Mar Ramírez, una mujer transexual, figura como querellante desde 2013, tras haber testimoniado en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en 2011 por haber sido objeto del ‘Comando Cóndor’ y secuestrada en dos ocasiones, en 1976 y 1977 en el citado centro clandestino de detención. Durante

su detención fue torturada y violada en repetidas ocasiones. Su caso podría ser la primera sentencia de crímenes de lesa humanidad en el contexto de terrorismo de Estado de una persona LGTBIQA+ (Sánchez, 2019, p. 170).

4.3. Querrela de las mujeres en la Querrela Argentina por crímenes del franquismo

En el marco de la impunidad que vienen teniendo los crímenes cometidos durante la guerra civil española y el franquismo en España (1936-1978), se han producido varias iniciativas por parte de la sociedad civil organizada. Una de ellas es la Querrela Argentina por crímenes del franquismo que, con base en el principio de justicia universal, se interpuso en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 de Buenos Aires en 2010. En realidad, la 'querrela argentina' agrupa a más de 300 querrelas y más de un centenar de denuncias. En 2016, la organización Women's Link Worldwide amplía este espectro y presenta una querrela para solicitar la investigación de los crímenes de género cometidos durante el franquismo. De los casos aportados, cinco se recopilieron gracias a sus familiares: Margalida Jaume Vendrel, las hermanas Daria y Mercedes Buzadé Adroher, Pilar Sánchez Lladrés y Matilde Lanza Vaz, asesinadas, víctimas de la violencia sexual y algunas de ellas en fosas comunes. El último testimonio es el de Lidia Falcón O'Neil, detenida y torturada en varias ocasiones, en la actualidad sigue buscando justicia.

Pero no son los únicos elementos de género que podemos sacar de la Querrela Argentina. En la actualidad hay unas 318 personas querellantes, de las que 135 son mujeres, 159 varones y 24 asociaciones. El total de víctimas es de 59 mujeres y 317 varones. Si bien hay cierto equilibrio en las primeras, en las segundas hay una evidente mayoría de varones. Esto no refleja la represión franquista, que, si bien pudo ser más mortal en los varones, en términos generales, teniendo en cuenta factores como la prisión, las torturas, la violencia sexual, la apropiación de bebés, etc., infringidas sobre las mujeres, la cifra no debería ser tan distante.

La tendencia es de mujeres que se querellan por víctimas varones, aunque hay muchas más mujeres víctimas directas que las que se han presentado a la querrela por ellas mismas. ¿Qué justifica estas ausencias? Es la tendencia a la invisibilización de género de la justicia, pero en este caso las mujeres víctimas no tenían quién las reclamase jurídicamente. Cuando ellas morían en prisión, lo más probable es que sus maridos también lo estuvieran o fueran asesinados, y, en caso contrario, si solo la mujer estaba en prisión o moría, difícilmente sobrevivían sus hijas/os, o eran dados en adopción, borrando su identidad, o por su situación de privación de libertad, el vínculo familiar se perdía, formando los varones una nueva familia.

El perfil de mujeres querellantes son las que denuncian por un familiar en situación de desaparición y/o muerte; por sus hijas/os robados; por ellas mismas al ser niñas recluidas en preventorios; o por otras mujeres, a las que no han conocido, pero que recuperan su memoria para llevarla a sede jurídica. Y el perfil de mujeres víctimas: madres y abuelas asesinadas, torturadas o detenidas; víctimas del exilio; torturadas en comisarías y centros de detención; y víctimas ausentes en la querrela. Es significativo que no haya casi mujeres de la guerra y primera posguerra. Criminalizadas y olvidadas (Sánchez, 2019, p. 317).

4.4. Caso Bemba (2016) de la Corte Penal Internacional

Tradicionalmente el delito de violencia sexual estaba estereotipado en la mujer como víctima y el varón como victimario, que sigue siendo la tendencia, pero no es exclusiva. También este tipo de violencia se ocultaba bajo el delito de tortura. La autonomía del crimen de violencia sexual sería considerada plenamente por la Corte Penal Internacional, regulada por el Estatuto de Roma (1998), donde se tipifica la violencia sexual como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y como medio para perpetrar crímenes de genocidio según la jurisprudencia, resultando los siguientes elementos de este crimen: violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otros crímenes de violencia sexual. Es destacable que el Estatuto usa la palabra *invaded*, invasión, no de manera casual; de hecho, el documento especifica que ese concepto pretende ser lo suficientemente amplio como para ser de género neutro, es decir, la persona que perpetra o la víctima puede ser una mujer o un varón. Esto supone una lectura más amplia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, al especificar la neutralidad del término.

La única aplicación práctica de esto la tenemos en el caso Bemba (2016), referente a crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en la República Centroafricana entre 2002 y 2003. La tipificación de violaciones sexuales contra varones como elemento material (*actus reus*) hacen que el tribunal liderado por la jueza Sylvia Steiner considere que la inversión del cuerpo de las personas es “neutral” al referirse tanto a varones como a mujeres. Por primera vez se prioriza el daño sobre el cuerpo y no sobre el sexo, eliminando todo tipo de discriminación en la aplicación de justicia. Esto puede ser positivo para las tendencias *queer/cuir* no binarias, pero también puede representar un problema si resta fuerza a la impactante violencia sexual contra las mujeres. Solo se puede trabajar desde la inclusión y sin postergar sujetos. Por otro lado, la sentencia no considera los fenómenos sexistas y de feminización/homosexualización de este tipo de violencia contra los varones

(Sánchez, 2018, pp. 10-12), ni se abre a otras identidades sexuales, que no llegan a ser explícitas en la Corte (Mackinnon, 2013, p. 110), sino a trabajar indistintamente el sexo masculino y el femenino desde posturas binarias.

Conclusiones

- El género como roles construidos, estereotipados y de sometimiento de los varones sobre las mujeres incluye la diversidad afectivo-sexual y formas de exclusión entre los propios varones con una sexualidad no normativa y binaria.
- El principio de universalidad y el derecho a la igualdad consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se interpretan bajo patrones heterocispatriarcales y excluyentes.
- El fundacionalismo y el fenómeno sociológico de la forclusión como doble ocultación real y simbólica de las mujeres y la diversidad afectivo-sexual sigue operando en las estructuras estatales y jurídicas.
- La ley y su interpretación se construye con base en las experiencias del varón normativo, desechando el género como un elemento propio de las mujeres que, en el mejor de los casos, requiere un tratamiento especial y en absoluto transversal o estandarizado en la construcción del fenómeno jurídico.
- La introducción teórica y vivencial del género y la diversidad afectivo-sexual se debe gracias a la incidencia de la academia y de grupos feministas y de liberación LGTBQIA+ en foros internacionales y en el plano nacional.
- Los feminismos se enfrentan al heterocispatriarcado de la ley desde dos posturas, incluyendo a las mujeres en el universalismo y la igualdad, o proponiendo la diferencia de todas las personas en unas identidades *queer* o *cuir* que quieren escapar del binarismo sexual, porque consideran que ahí está la trampa de la opresión.
- Hay un disgusto de la justicia para trabajar cuestiones de género, al considerarlas cuestionables, no neutrales o privadas, cuando no asuntos abyectos ajenos al equidistante ejercicio legal.
- La neutralidad e imparcialidad de la ley es una falacia que oculta patrones heterocispatriarcales, razón por la cual se debe recuperar la empatía, la humanidad y las ciencias sociales para construir, interpretar, modificar y analizar la normativa.
- La interseccionalidad y el análisis multidimensional son fundamentales para identificar el heterocispatriarcado presente en el derecho.
- El sexismo afecta tanto a las mujeres como a las sexualidades no hegemónicas, e impone diversos tipos de violencias presentes explícita o implícitamente en los textos normativos.

- Durante regímenes no democráticos o durante conflictos armados se produce un repunte de las violencias de género. La normalización histórica de las violencias de género, incluyendo las violencias de diversidad afectivo-sexual, hizo que pasaran inadvertidas en los procesos de memoria, vuelta a la democracia y justicia transicional.
- Si no se aplica un enfoque feminista, estos crímenes de género seguirán impunes, existiendo una doble victimización: la del hecho en sí y la de la impunidad procurada por la justicia.
- La violencia sexual es una violencia de género presente en conflictos armados y regímenes no democráticos que, por el estigma social, permanece especialmente impune.
- La importancia de la sociedad civil organizada, la academia y algunos agentes jurídicos sensibilizados con el tema para aplicar justicia e interpretar la legislación de una manera inclusiva y empática, sensible al género. En este sentido la formación es fundamental.

Referencias

- Albertson Fineman, M., & Zinnstag, E. (Eds.). (2013). *Feminist perspectives on transitional justice. From international and criminal to alternative forms of justice*. Cambridge: Intersentia.
- Amorós, C. (1991). Partidos políticos y movimientos sociales. *Cuadernos de Ciencias Sociales*, (40).
- Arendt, H. (2004). *Los orígenes del totalitarismo*. Ciudad de México: Taurus.
- Balkin, J. M., & Levinston, S. (2008). El derecho y las humanidades: una relación incómoda. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 9(1), 197-228.
- Bell, C., & O'Rourke, C. (2007). Does feminism need a theory of transitional justice? An introductory essay. *International Journal of Transitional Justice*, 1(1), 23-44.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turín: Einaudi.
- Butler, J. (2004). Universalidades en competencia. En J. Butler, E. Laclau & S. Žižek, *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda* (pp. 141-184). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Butler, J. (2005). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós.

- Comanducci, P. (2000). Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado. En M. Carbonell (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 21-42). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1), 139-167.
- Eichler, M. (1991). *Nonsexist research methods: a practical guide*. New York: Routledge.
- Facio, A. (2000). Hacia otra teoría crítica del derecho. En G. Herrera (Coord.), *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre feminismo y derecho* (pp. 15-44). Quito: Flacso.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fraser, N. (1997). Iustitia interrupta. *Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Fraser, N. (2005). Mapping the feminist imagination: from redistribution to recognition to representation. *Constellations*, 12(3), 295-307.
- Herrera Flores, J. (2007). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Hutchinson, D. L. (1999). Ignoring the sexualization of race: heteronormativity, critical race theory and anti-racist politics. *Buffalo Law Review*, 47(1), 1-116.
- Jaramillo, I. C. (2009). La crítica feminista al derecho. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado & L. Valladares (Comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 195-223). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Unifem-Naciones Unidas.
- Johnson, R. (2005). Gender, race, class and sexual orientation: theorizing the intersections. En G. MacDonald, R. L. Osborne & C. C. Smith (Eds.), *Feminism, law, inclusion: intersectionality in action* (pp. 21-37). Toronto: Sumach Press.
- Mackinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- Mackinnon, C. (2013). Creating international law: gender as leading edge. *Harvard Journal Law & Gender*, 36(1), 105-121.
- Mate, R. (2003). En torno a una justicia anamnética. En R. Mate & J. M. Mardones (Eds.), *La ética ante las víctimas* (pp. 100-125). Barcelona: Anthropos.

- Nussbaum, M. C. (1999). *Sex and social justice*. New York: Oxford University Press.
- Nussbaum, M. C. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Katz.
- Nussbaum, M. C. (2010). *From disgust to humanity. Sexual orientation and constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. México: Anthropos-UAM.
- PNUD. (2009). *Transversalización de la diversidad*. Recuperado de http://www.americalatinagenera.org/es/documentos/20100223_tranversalizacion_de_la_diversidad.pdf
- Rodríguez Palop, M. E. (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Sánchez-Moreno, M. (2018). Del sexo al cuerpo. Evolución histórica y jurídica de las violencias de género en el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 22.
- Sánchez-Moreno, M. (2019). *Desalmadas y maleantes. La memoria de género en Argentina y España (1936-2018)*. Málaga: Universidad de Málaga.
- Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal, Provincia de Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes-Prometeo.
- Spivak, G. C. (2010). *Crítica de la razón poscolonial. Hacia una historia del presente evanescente*. Madrid: Akal.
- Valdes, F. (1998). Beyond sexual orientation in queer legal theory: majoritarianism, multidimensionality, and responsibility in social justice scholarship or legal scholars as cultural warriors. *Denver University Law Review*, 75, 1409-1464.
- Young, I. M. (1990). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra.
- Zizek, S. (2008). *Cómo leer a Lacan*. Buenos Aires: Paidós.

Jurisprudencia

- CPI, Sala de Primera Instancia III. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 21 de marzo de 2016, Doc. ICC-01/05-01/08.

Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres a partir de la perspectiva del pluralismo jurídico

Anthropo-Legal and Socio-Legal Evolution of Mediation and Reconciliation Projects. A Look from Different Cultures and Customs from the Perspective of Legal Pluralism

Evolução antropológica e sociojurídica da mediação e as práticas reconciliatórias. Um olhar desde distintas culturas e costumes a partir da perspectiva do pluralismo jurídico

Marcela Moreno Buján*

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 11 de julio de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10225>

Para citar este artículo: Moreno, M. (2020). Evolución antropológica y sociojurídica de la mediación y las prácticas reconciliatorias. Una mirada desde distintas culturas y costumbres a partir de la perspectiva del pluralismo jurídico. *ANIDIP*, 8, 1-36. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.10225>

* Doctora en Derecho, Área de Derecho Social y Especialista en Negociación por la Universidad de Buenos Aires (UBA), República Argentina, graduada con distinción de ambos programas de posgrado; Especialista en Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y Derecho a la Alimentación por la Fundación Henry Dunant América Latina y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), República de Chile; Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), graduada con distinción. Mediadora y formadora de neutrales, certificada y autorizada por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (Dinarac) del Ministerio de Justicia y Paz de la República de Costa Rica. Coordinadora de la Cátedra de Razonamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la UCR; investigadora adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJI) de la Facultad de Derecho de la UCR. Correo electrónico: marcela.moreno@ucr.ac.cr

Resumen

El presente artículo visibiliza el uso de la mediación y las prácticas reconciliatorias (PR) para tratar los conflictos sociales de forma autocompositiva en distintas culturas. La identificación de estos procesos, de forma diacrónica, es posible al aplicar una perspectiva antropológica y sociojurídica (PAS) al fenómeno de estudio. Esto por cuanto es frecuente analizarlos desde un abordaje técnico-jurídico disciplinar, lo cual descuida los contextos: social, histórico, cultural, político y plurijurídico en los cuales también pueden verse inmersos estos procesos.

Adoptar el paradigma antropológico enunciado por Merry permite separarse de la forma jurídica heterocompositiva hegemónica (el juicio) para intervenir los conflictos sociales. También, habilita la percepción de las disputas desde una concepción dinámica e influenciada por los cambios sociales.

Así, se analizarán los procesos mencionados desde la PAS, lo cual permite considerar como mediadores efectivos a aquellos neutrales que tienen la habilidad de trabajar con las partes de manera transcultural. La PAS habilita entrever en los procesos autocompositivos las experiencias, motivaciones, razones y patrones de conducta presentes en la disputa, sobrepasando los límites culturales para arribar a un espacio de entendimiento recíproco. Este abordaje conlleva un claro acceso a la justicia con perspectiva multicultural y plurijurídica.

Palabras clave: mediación; prácticas reconciliatorias; autocomposición; pluralismo jurídico; acceso a la justicia.

Abstract

This article unveils the use of mediation and reconciliation projects (RPS) to deal with social conflicts collaboratively in different cultures. The identification of these processes, diachronically, is possible by applying an anthropo-legal and socio-legal perspective (ASP) to the phenomenon under study. They are frequent analyzed from a disciplinary technical-legal approach, which neglects the social, historical, cultural, political, and pluri-legal contexts in which these processes might also be immersed.

Adopting the anthropo-legal paradigm enunciated by Merry allows not using or drawing away from the hegemonic legal form (the trial) for intervening social conflicts. Also, it enables the perception of disputes from a dynamic conception

influenced by social changes. Thereby, the mediation processes and RPs mentioned in this paper are going to be analyzed from an ASP. This allows considering as effective mediators those neutrals who have the ability to work with the parties in a cross-cultural way. The ASP enables us to glimpse at the experiences, motivations, reasons, and patterns of behavior present in a dispute treated in a collaborative way, surpassing the cultural limits to arrive at a reciprocal understanding space. This approach entails clear access to justice with a cross-cultural and pluri-legal perspective.

Keywords: Mediation-reconciliation projects; collaborative conflict resolution; legal pluralism; access to justice.

Resumo

O presente artigo visibiliza o uso da mediação e as práticas reconciliatórias (PRs) para tratar os conflitos sociais de forma autocompositiva em distintas culturas. A identificação destes processos, de forma diacrônica, é possível ao aplicar uma perspectiva antropológica e sociojurídica (PAS) ao fenómeno de estudo. Isto porquanto é frequente analisá-los desde uma abordagem técnico-jurídico disciplinar, o qual descuida os contextos: social, histórico, cultural, político e plurijurídico nos quais também podem se ver imersos estes processos.

Adotar o paradigma antropológico enunciado por Merry, permite separar-se da forma jurídica heterocompositiva hegemônica (o juízo) para intervir os conflitos sociais. Também habilita a percepção das disputas desde uma concepção dinâmica e influenciável pelas mudanças sociais.

Assim, se analisarão os processos mencionados desde a PAS. O qual permite considerar como mediadores efetivos a aqueles neutrais que têm a habilidade de trabalhar com as partes de maneira transcultural. A PAS habilita entrever nos processos autocompositivos, as experiências, motivações, razões e padrões de conduta presentes na disputa, sobrepassando os limites culturais para arribar a um espaço de entendimento recíproco. Esta abordagem leva um claro acesso à justiça com perspectiva multicultural e plurijurídica.

Palavras-chave: mediação; práticas reconciliatórias; autocomposição; pluralismo jurídico; acesso à justiça.

Introducción

En diversas culturas, la mediación¹ y las PR² se han utilizado para tratar un sinnúmero de conflictos sociales. Su implementación remite a la posibilidad de encarar las disputas de forma pacífica y autocompositiva.³ Sin entrar a profundizar en las características que diferencian la mediación de las PR, valga decir que la mediación se comprende como un proceso aplicable a aquellos conflictos donde no hay

- 1 Para los fines del presente artículo, la mediación ha de ser entendida como “[...] un proceso a través del cual se pueden abordar los conflictos de manera autocompositiva. A partir de la década de los años setenta del siglo xx fue incorporada en lo que hoy se conoce como Movimiento RAC. Asimismo, comprende técnicas de comunicación y negociación que son ejercidas por las partes con la coadyuvancia del mediador, tercero neutral sin poder de decisión sobre la controversia. [...] los enfoques a través de los cuales se ejerce este proceso se diferencian según el énfasis que hacen en el conflicto, la comunicación o la negociación. En este sentido, la mediación se ejerce desde distintos enfoques teóricos, los cuales son disímiles entre sí en cuanto a fines y metodología. En concreto, son cuatro los modelos que se utilizan mayoritariamente para enseñar y ejercer este proceso, a saber: a) el enfoque tradicional-lineal basado en los postulados del Programa de Negociación de la Escuela de Leyes de Harvard, orientado hacia la satisfacción del mayor número de intereses de las partes, siendo su meta el acuerdo negociado; b) el enfoque transformativo propuesto por Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, que hace foco en la revalorización y el reconocimiento del otro en aras de transformar la relación entre los intervinientes, se dé o no un acuerdo; c) el enfoque circular-narrativo enunciado por Sara Cobb, que enfatiza la potencialidad narrativa de la mediación ofreciendo un marco teórico para deconstruir las historias individuales de los involucrados, retomando las piezas desagregadas del relato de ambos para construir una nueva descripción compartida del conflicto; y d) el enfoque Transcend formulado por Johan Galtung, teniendo como fin la paz al trascenderse las contradicciones mediante la compatibilización de las metas y los medios que sostienen las partes. Tiene la particularidad de proveer un conjunto de herramientas para abordar conflictos violentos a diferencia de otros modelos. Presenta una metodología basada en el presente-pasado-futuro, lo que permite visibilizar las raíces profundas y las trayectorias de las violencias. Por último, aunque no es un modelo difundido de enseñanza de la mediación y su aplicación se restringe a los contextos y ámbitos de la cultura en la que se ha gestado, a criterio de la investigadora el proceso ho’oponono o mediación hawaiana constituiría un quinto modelo” (Moreno Buján, 2015, pp. 111-112).
- 2 Sobre las PR, “se comprenden como objeto de reconciliación las relaciones sociales donde se ha dado un episodio de violencia que ha quebrado la relación entre las partes, alcanzando distintas dimensiones del conflicto social (niveles: micro, meso, macro, mega y meta). La reconciliación permite evidenciar el dinamismo y flexibilidad de las relaciones sociales y los conflictos, así como su sensibilidad al tiempo y el espacio. Esto conduce a afirmar que toda controversia que ha escalado hasta el punto de generar violencia y provocar una ruptura en la relación puede también tornarse pacífica, lo cual remite a la visión esperanzadora de la reconciliación. [...] el fin último de la reconciliación es el restablecimiento de la paz en las relaciones sociales. Asimismo, su objeto de estudio son los conflictos donde se ha optado por la violencia como método de resolución de la disputa. Necesariamente, el episodio violento genera rupturas en las relaciones en distintas dimensiones, las cuales pueden ser visibles o no dependiendo de los niveles donde la violencia ha tenido lugar” (Moreno Buján, 2016, pp. 34-35).
- 3 Cuando se hace referencia a la autocomposición, implica que “[...] se logra cuando las partes, a través de una reflexión sistemáticamente guiada por el mediador acerca de sus necesidades, sus opciones y sus alternativas, están en condiciones de tomar la decisión que en ese momento sea posible para el tratamiento de [la] disputa. Para que esto sea así, los mediadores debemos creer auténticamente en la sabiduría de las personas para resolver sus situaciones, dejando de lado cualquier atisbo de paternalismo que, aun con las mejores intenciones, implique transmitir una experiencia personal o un conocimiento en desmedro de la decisión reflexiva de cada una de las partes. El sustento de esta condición es la creencia de que nadie puede saber mejor que los protagonistas del conflicto la manera de resolverlo, y que, cuando son los propios interesados los que encuentran las soluciones, adquieren más compromiso con los resultados del acuerdo. Este compromiso, a su vez, augura una mayor posibilidad de cumplimiento de los términos estipulados” (Caram, Eilbaum & Risolía, 2010, p. 53).

presencia de violencia. Por el contrario, la intervención reconciliatoria tiene ocasión cuando el conflicto ha escalado hasta el punto de generar violencia. Esta sería la diferencia primordial entre ambos institutos. En ese sentido, diversas prácticas sociales evidencian una clara vocación para desarrollar la mediación y las PR respecto a los conflictos que emergen en el devenir de la convivencia humana.

Para comprender la utilización de estos procesos de forma multicultural, será necesario adoptar una PAS. Esta perspectiva permite ubicar distintos contextos donde la mediación y las PR no contaban con normativa específica, ya que es a partir de la década de los años setenta del siglo XX cuando la doctrina considera al movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) como el principal responsable del impacto que tuvo esta disciplina en los sistemas jurídicos.

Se afirma que el uso de la mediación y las PR en diversas culturas y distintos momentos históricos ha constituido una costumbre jurídica.⁴ Con el pasar del tiempo, esta costumbre fue siendo legislada por distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

1. De la costumbre jurídica a las legislaciones sobre mediación y PR

Según Gioja (1973), un análisis científico de la costumbre implicaría visibilizar sus elementos empíricos para luego desagregarlos en propiedades más generales. Eso permitiría aseverar que “[...] una conducta es acostumbrada cuando hemos conseguido descubrir alguna asociación entre la exteriorización de las conductas y la existencia de hechos que expresamos como antecedentes de aquéllas. Si cuando se dan los hechos H_1 entonces se dan las conductas C_1 , decimos que dichas conductas C_1 son conductas acostumbradas” (Gioja, 1973, p. 158).

De tal forma, a lo largo del artículo se reseñarán abordajes mediadores y reconciliadores de los conflictos sociales entendidos como conductas acostumbradas por diversas culturas. Es decir, como comportamientos que tienen lugar si se dan

⁴ La costumbre jurídica se concebirá desde los aportes del jurista argentino Ambrosio L. Gioja, quien señala que, para comprender la costumbre como fuente de una norma o regla jurídica originaria o delegada, debe partirse de la proposición de norma fundamental de Hans Kelsen. En ese sentido, el autor afirma: “La costumbre que es fuente de una norma o regla jurídica originaria necesita ser una norma coercitiva. Sólo frente a una costumbre que relacione un acto de coerción a ciertas circunstancias cabe una valoración afirmativa originaria por parte del grupo humano que realiza aquella costumbre tal que pueda ser considerada como una norma jurídica pre-científica originaria. [Asimismo] [...] la costumbre que es fuente de una norma o regla jurídica delegada, no necesita ser una costumbre coercitiva. En efecto, la norma o regla jurídica que establece una costumbre como ‘fuente’, tiene la más amplia libertad para mencionar al tipo de acto creador-aplicador. Comúnmente, sin embargo, el contenido de tales normas son costumbres no coercitivas a cuya violación se le imputa un acto de coerción determinado” (Gioja, 1973, pp. 171-172).

ciertos hechos determinados. Según la definición recién mencionada, los conflictos sociales se entenderían como los hechos que se expresan a su vez como antecedentes (H_1) y las formas de intervención de los primeros como las conductas exteriorizables (C_1).

Entonces, valga preguntarse cómo estas conductas acostumbradas se relacionan con el ámbito jurídico y cuáles son los atributos requeridos para que estos comportamientos constituyan una costumbre jurídica. Una posible respuesta remite a la validez. Para que la norma jurídica consuetudinaria sea válida, ha de confirmarse que sea valorada de forma positiva por los miembros de una sociedad en un tiempo y espacio determinados.

La costumbre ha de ser considerada por la colectividad como una conducta que debe ser. Así, la costumbre jurídica sería aquella que se erige como la consecuencia de una valoración afirmativa sobre una conducta particular —siempre relacionando su accionar con unos hechos/antecedentes específicos (H_1)— por parte de un grupo humano determinado. En ese sentido, el deber ser de la costumbre jurídica remite a la valoración positiva que un grupo humano le da (Gioja, 1973).⁵

La conducta acostumbrada considerada valiosa por un colectivo específico sería el apoyo de la norma consuetudinaria. Gioja (1973) señala que este tipo de normas son “[...] aquellas que tienen su ‘fuente’ en una costumbre” (p. 160). La valoración afirmativa otorgada al uso de la mediación y las PR para dirimir una diversidad de conflictos sociales puede constatararse empíricamente, aproximándose a variados contextos históricos y culturales en los cuales se han desarrollado y se siguen ejecutando estos procesos.

Para ello, es necesario recurrir a los estudios antropológicos que proporcionan evidencias sobre las prácticas sociales utilizadas a lo largo de la historia humana para dilucidar sobre las controversias, y, así, contestar a la interrogante: ¿por qué la implementación de algunos institutos jurídicos de resolución de conflictos ha resultado hegemónica —en detrimento de otros— en distintas sociedades y diferentes momentos históricos?⁶

5 Según Gioja (1973), “mientras no hay valoración afirmativa ‘colectiva’ no hay norma jurídica aunque haya costumbre. Tampoco hay norma jurídica aunque haya valoración si ésta es negativa o indiferente” (p. 162).

6 La antropología jurídica se ha ocupado de visibilizar las formas en las que distintas sociedades ventilan sus conflictos. También, las razones por las cuales se prefieren unos métodos de resolución sobre otros. En este sentido, “[la forma en que una disputa es gestionada depende de la estructura de la sociedad en la que surge y la relación social existente entre las partes disputantes. [...] En general, los estudios antropológicos indican que cuando los contendientes se encuentran unidos por múltiples y variados vínculos sociales, buscarán la forma de arreglar sus diferencias mediante un acuerdo, pero cuando solo se encuentran relacionados por una única razón particular, procurarán ganar adversarialmente en una contienda en vez de intentar alcanzar un acuerdo]” (Merry, 1987, p. 2061, traducción propia).

En este caso, es dable preguntarse también por qué ha de hacerse referencia a la mediación y a las PR en particular. La respuesta a esta pregunta se encuentra en la gestación y evolución de ambos institutos alrededor del mundo. A diferencia de otros métodos de resolución de conflictos, la mediación y las PR han estado entre las personas desde tiempos inmemoriales constituyendo las alternativas constantes a la violencia y a la heterocomposición.⁷

Si bien es cierto que se encuentra en los canales de la historia el relato de conflictos donde las partes han optado por la vía del abordaje violento o han seguido el discurso hegemónico que hace énfasis en las formas heterocompositivas de resolución, por otro lado, se ubican normas consuetudinarias que constituyen ejemplos y precedentes significativos en el tratamiento pacífico de las disputas. Ahí, la intervención de una tercera parte —ajena a los intereses de los involucrados— se da para generar una interacción propositiva en aras de mostrar los caminos de las acciones no violentas y autogestionadas del conflicto.

Respecto al discurso jurídico hegemónico, Macaulay (1987) afirma que la simpatía con el ordenamiento jurídico y el juicio como proceso predilecto para abordar las disputas se debe a que hemos sido predispuestos a tal aceptación (especialmente en la cultura occidental) al instruirse para admitir estas formas como algo naturalmente dado, cuando en realidad no lo es.

Esta normalización en la preferencia por los instrumentos heterocompositivos se ve influenciada por el currículum oculto de los sistemas educativos, donde uno de sus objetivos obedece a la instrucción sobre una cultura legal determinada que incluye los conceptos y formas de la autoridad, la ley y el sistema jurídico (Macaulay, 1987).⁸

7 La heterocomposición es aquella acción opuesta a la autocomposición, según lo enunciado en este mismo artículo.

8 A través de su discurso *Imágenes del derecho en la vida cotidiana: las lecciones de la escuela, el entretenimiento y ser espectador de deportes* [*Images of law in everyday life: the lessons of school, entertainment, and spectator sports*], pronunciado en Chicago el 31 de mayo de 1986 en el Encuentro Anual de la Asociación de Derecho y Sociedad, Macaulay (1987) muestra que “[solo con acudir a la escuela, los estudiantes ya aprenden algo sobre el cumplimiento de las normas, respetar la autoridad y lidiar con la burocracia. [...] aprenden a tolerar la ambigüedad y disconformidad presente en el salón de clases. Deben aceptar un considerable grado de arbitrariedad en las actividades escolares. En la escuela se hace lo que los maestros te dicen que hagas. Descubrir el verdadero conocimiento está más allá de su poder. Las cosas inician y se detienen en un tiempo designado por otros. ‘Ahora clase, vamos a pintar’. Se tolera el aburrimiento y la pasividad. Siempre y cuando se esté en silencio, se tiene considerable espacio para soñar despierto. Se vive entre multitudes, y esto implica posponer o negar los anhelos personales. La obediencia es mucho más valorada que el ingenio, a pesar de lo que digan los maestros]” (p. 194, traducción propia).

En la vida adulta el currículum oculto se ve reforzado por el entretenimiento a través de las industrias del cine y la televisión. Las películas (de los géneros como el wéstern y el policíaco), las series televisivas (del género judicial) y las telenovelas (referidas a conflictos trágicos) reproducen el discurso de este currículum y hacen creer que nuestra sociedad es eminentemente violenta. En estos ejemplos la violencia es el hecho generador de los conflictos y al mismo tiempo el medio de solución, sea esto último ejercido por mano propia o a través del aparato punitivo.

De esta forma, la idea de un sistema jurídico basado en la competencia total, la verticalidad y la venganza⁹ se ve reforzado al no evidenciarse ni publicitarse otros caminos o alternativas para alcanzar la convivencia pacífica. Siguiendo a Macaulay (1987), esto se debe en parte —refiriéndose a la sociedad estadounidense— a que

[la mayoría de los estadounidenses aprenden sobre su propio sistema legal de la televisión y el cine, en vez de hacerlo a través de la experiencia de primera mano. Muy pocos de nosotros hemos estado alguna vez en una patrulla policial, una celda, una sala de juicio, la oficina de un abogado, una audiencia administrativa o una reunión de un comité legislativo. La mayoría de nosotros conocemos estos lugares solo desde el cine y la televisión, pero hay mucho de eso como material de enseñanza circulando. [...] Los programas de entretenimiento tergiversan la naturaleza y el volumen de la delincuencia en los Estados Unidos. El asesinato brinda un mejor espectáculo a diferencia de la malversación y el fraude, y así, el drama nos dice que la sociedad es mucho más violenta de lo que las estadísticas oficiales nos indican] (p. 197, traducción propia).

No solo el escenario del entretenimiento es utilizado para cimentar los objetivos del currículum oculto, siendo la arena de los espectáculos deportivos otro ámbito donde están presentes los conceptos de autoridad, normas y derecho que se pretende sean introyectados y practicados por las personas. En los deportes la

9 Al respecto Zaffaroni (2012) señala que “la venganza tiene formidable eficacia política. El poder punitivo —con su estructural selectividad— criminaliza a unas pocas personas y las usa para proyectarse como neutralizador de la maldad social que al igual que la locura, aparecen como irracionales. Se presenta como el poder racional que encierra a la irracionalidad en prisiones y manicomios. Ataviado de este modo canaliza las pulsiones de venganza, lo que le proporciona una formidable eficacia política, verificada de nuevo en la actualidad cuando la comunicación masiva glorifica al empresario moral de la venganza para neutralizar los límites al poder punitivo (o sea, en pos del Estado autoritario). La eficacia política del discurso vindicativo no se explica por circunstancias coyunturales, pues se mantiene inalterado a lo largo de la historia del poder punitivo estatal e incluso pre-estatal. [...] si no se ataca la violencia básica no se evitará que tarde o temprano ésta estalle y con ella la venganza y su consabido proceso de sacrificio de la víctima expiatoria. Para atacar la violencia básica es fundamental desacelerar la apetencia por los mismos objetos y disminuir el nivel social de competitividad” (pp. 38-39, 76).

competencia tiene un valor primigenio, relegando la cooperación y la negociación a un segundo plano (Macaulay, 1987).¹⁰

Dar cuenta del discurso jurídico hegemónico y las formas en que se reproduce a través de la cultura es importante, porque manifiesta lo existente dentro y fuera de una estructura social determinada. Por ende, visibiliza lo que se encuentra en los límites de las estructuras sociales, permitiendo el acceso a los paradigmas comparados y a los conjuntos de ideas y teorías que los desafían.

La mediación y las PR se erigen como nuevos paradigmas que desafían las formas hegemónicas de entender y tratar los conflictos. Tal como lo indican Folberg y Taylor (1996), la mediación y las PR como procesos alternativos al juicio no son realmente nuevos, por el contrario, “las formas de resolución de conflictos en las que una tercera parte ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos y a llegar a sus propias decisiones probablemente han existido desde que había tres o más personas sobre la Tierra. [...] no es una invención novedosa, sino una adaptación de la que ya existía en otras culturas o en otras épocas” (p. 21).

Entonces, estos institutos existen desde tiempos inmemoriales pero su consolidación como paradigma contrahegemónico es reciente. Según lo anterior, la mediación y las PR se enmarcarán en las culturales donde se han venido desarrollando y han tenido un impacto notorio en las relaciones sociales.

Se puede observar que, a lo largo de la historia y las distintas culturas, la intervención de una tercera parte ajena a los intereses en conflicto ha adoptado una multiplicidad de roles “[...] sobre un espectro que oscila desde las formas de intervención más bien suaves hasta aquéllas en las que la autoridad para tomar decisiones es arrebatada de las partes y dada a la tercera parte. Existe una variedad aparentemente infinita de formas, incluyendo la conciliación, la facilitación, *factfinding*, la mediación, el arbitraje, el juicio y combinaciones de cada una de éstas” (Kolb & Rubin, 1997, p. 39).

10 Para Macaulay (1987), “[los deportes de competencia hacen énfasis en ganar y clasificar. Es importante ser el número uno. [...] La educación, la televisión y el cine, y los espectáculos deportivos descansan sobre supuestos que no se debaten. [...] En pocas palabras, recibimos un fuerte mensaje donde los que están a cargo son los que pueden actuar, y los demás debemos aceptar las reglas básicas que constituyen el juego sin discutir. [...] Las escuelas, la televisión y el cine, y los espectáculos deportivos tienen como característica común la promoción de la competencia, y el ganar como algo muy importante, o, como dice el entrenador Vince Lombardi de los Green Bay Packers, ‘Ganar no lo es todo. Es lo único’. [...] Con frecuencia, aceptamos un núcleo común de grandes abstracciones. La mayoría de nosotros cree en cosas tales como la libertad de expresión, la igualdad y los juicios justos. Al mismo tiempo, sin embargo, diferimos cuando definimos y aplicamos esas ideas. Los jueces y los profesores de derecho presentan su propia visión sobre el derecho y el sistema legal. Aunque muchos nunca lo han escuchado o comprendido. En su lugar, los predicadores fundamentalistas o los escritores de los editoriales de los periódicos pueden distorsionar, traducir o interpretar los conceptos legales para muchos. Otros adquieren su conocimiento a través de la forma en que interpretan la escuela, la televisión y el cine, y los espectáculos deportivos]” (pp. 206, 208, 211-212, traducción propia).

Para emprender la identificación de la mediación y las PR en distintas culturales y momentos históricos, deben mirarse estos institutos desde una PAS. Esto por cuanto es frecuente analizarlos a través de un abordaje técnico-jurídico, vinculándose únicamente a criterios legales de validez y eficacia normativa. Esta práctica descuida los contextos social, histórico, cultural y político en los cuales también pueden verse inmersos estos procesos.

Al considerarse estos contextos ha sido posible identificar y determinar: a) cómo se manejan los conflictos; b) dentro del universo conflictivo, cuáles son las disputas mediables y reconciliables; c) cuál es el perfil/rol del mediador y quiénes son considerados parte; y d) qué tipo de acuerdos se pactan y cómo se les da seguimiento para su cumplimiento e implementación.

Resulta apropiado detenerse en las propuestas de antropólogos dedicados al estudio de la mediación y las PR, quienes señalan la necesidad de que los mediadores analicen los conflictos con pertinencia transcultural. Esto permite entender que las controversias no son ni falsas ni verdaderas, ni buenas ni malas, ni poco o más importantes que otras, sino que, por el contrario, constituyen un escenario de contrastes inmerso en una realidad social compleja y heterogénea donde no hay una ‘única respuesta correcta’.

El movimiento RAC toma como punto de partida el paradigma de la antropología jurídica, y aunque no termina de adoptarlo por completo, hace un esfuerzo por separarse del paradigma clásico que remite a la observación exclusiva de las formas en que el derecho maneja los conflictos. Por otro lado, la adopción parcial del paradigma antropológico amplía el espectro de análisis de las disputas en cuanto a la variedad de prácticas sociales existentes para abordar una controversia (Merry, 1987).¹¹

Asumir el paradigma antropológico permite percibir las disputas desde una concepción dinámica e influenciada por los cambios sociales. Por esta razón, resulta valioso conocer la mediación y las PR en los escenarios previos y posteriores

11 Al respecto, Merry (1987) indica que “[...] los antropólogos examinan las diversas maneras en que los conflictos son resueltos, donde el derecho representa tan solo uno de los posibles abordajes. En consecuencia, los antropólogos ven el derecho como el modo alternativo de solucionar las disputas, no al revés. Aun así, gran parte del movimiento de Resolución Alternativa de Conflictos ignora el principal aporte suministrado por la investigación antropológica referida a la acción de contender: la relación interactiva entre la resolución de disputas y la práctica cultural. Los estudios antropológicos que estudian los procesos a través de los cuales se tramitan los asuntos legales se basan en un concepto de controversia o estudio de caso como acontecimiento social, incrustado en una estructura de relaciones sociales y un mundo cultural de normas, prácticas de manejo del conflicto y principios normativos en los cuales las posiciones se encuentran enmarcadas en el desarrollo de la disputa. La disputa en sí misma es una construcción social, cuya definición cambia según la audiencia a la que se le presenta, la cual podría incluso redefinirla activamente]” (Merry, 1987, pp. 2060-2061, traducción propia).

a su incorporación, por vía de la legislación, en los sistemas jurídicos. La importancia de ubicar la mediación y las PR como formas de intervención de disputas anteriores a la consolidación del movimiento RAC y la investigación para la paz¹² reside en visibilizar la cultura como una variable que incide considerablemente en estos procesos.

Desde esta óptica, los mediadores/neutrales efectivos son aquellos que tienen la habilidad de trabajar con las partes de manera transcultural en la mesa de negociación. Además, son capaces de entrelazar las experiencias, motivaciones, razones y patrones de conducta, sobrepasando los límites culturales para arribar a un espacio de entendimiento recíproco. Esto permitiría descubrir lo que realmente se desea, lo que se está dispuesto a ceder y el cómo llegar a un acuerdo con el que los intervinientes se sientan cómodos implementándolo en sus contextos sociales y culturales particulares (Kolb & Rubin, 1997).¹³

Por esta razón, es relevante observar diversas culturas donde la mediación y las PR han tenido cabida como procesos proclives a promover el tratamiento de los conflictos de manera autocompositiva, aspecto que se analizará en el siguiente apartado.

2. La mediación y las PR vistas desde la óptica de distintas culturas

Podemos comenzar este apartado con una de las referencias más antiguas de la mediación, la cual se ha rastreado hasta la antigua China. Confucio¹⁴ concebía la mediación desde una óptica ética manifestando que la mejor manera de incidir en

12 Sobre la consolidación del movimiento RAC, véase Moreno Buján (2019). Respecto a los elementos constitutivos de la disciplina de la investigación para la paz, véase Moreno Buján (2016).

13 Cuando se tiene conciencia de la instauración de la variable cultural en la mediación y las PR, nos damos cuenta de que “las categorías culturales que pueden afectar la mediación incluyen valores, creencias, autoconceptos y reglas de interacción explícitas y tácitas. [...] El estudio de las diferencias culturales sugiere que quienes están en conflicto, por lo general, comienzan la mediación con **marcos** culturales bastante diferentes que, a su vez, forman su experiencia. Enfrentados en la mesa, estos diferentes marcos pueden llevar a malentendidos, confusión, escalada y exclusión. [...] La diversidad creciente dentro de comunidades y organizaciones, y el deseo de traer a la mesa a grupos anteriormente privados de derechos implica que, probablemente, las partes actúen según distintos entendimientos culturales. [...] Es evidente que los individuos no manifiestan la identidad cultural de manera uniforme; la socialización, educación y otras experiencias también moldean el entendimiento” (Kolb & Rubin, 1997, pp. 44-46).

14 Confucio (551 a. C.-479 a. C.) creía que “[...] la bondad innata y la perfectibilidad del hombre habían tenido fuertes implicaciones para el desarrollo del sistema político chino. La función principal de un gobernante en un Estado confucionista era educar y transformar al pueblo. Esto era idealmente alcanzado no mediante la regulación jurídica o la coerción, sino a través de las reglas de los individuos, el ejemplo moral y la mediación de disputas bajo el auspicio del emperador y sus oficiales. La teoría política confucionista hace énfasis en la resolución de los conflictos a través de la mediación, en lugar de dar cabida a la aplicación abstracta de las normas para establecer lo correcto y lo incorrecto, con la finalidad de alcanzar la armonía social]” (Bloom, s. f., traducción propia).

un conflicto era mediante la persuasión moral y el acuerdo, no bajo la coacción (Bloom, s. f.; Cohen, 1966).¹⁵

Esta perspectiva confucionista de la mediación también permeó la revolución cultural china liderada por Mao Tse-tung. Este proceso pacífico fue considerado como el método privilegiado para manejar de forma correcta las contradicciones entre las personas de su pueblo.¹⁶

Según Cohen (1966), a finales de la década de 1950, apreciando las estadísticas chinas aún incompletas, se podía inferir que existían más de 200 000 centros semioficiales de mediación comprendidos en zonas rurales y urbanas residenciales, conocidos como Comités de Mediación del Pueblo.¹⁷ En los Comités podían llegar a dirimirse millones de disputas anualmente según los cálculos del especialista, ventilándose desde conflictos vecinales hasta disputas entre entidades públicas y comunidades agrícolas, aplicándose también a las relaciones internacionales de comercio marítimo desarrolladas en Pekín.

Estos Comités se mantienen hasta la actualidad y han sido regulados a través de la Ley de Mediación del Pueblo de la República Popular China, adoptada en la Décimo Sexta Reunión del Comité Permanente del Décimo Primer Congreso

15 Las ideas esbozadas en la investigación de Cohen indican que las máximas de Confucio sobre la importancia de la mediación permearon el pensamiento previo y posterior de la República Popular China a tal punto que “[uno de los aspectos más llamativos del sistema legal de la República Popular China consiste en la inusual importancia de la mediación en la resolución de las disputas. El juicio e incluso el arbitraje se consideran como últimos recursos en la China comunista, porque esos métodos, por definición, ponen fin a las controversias sin el consentimiento de las partes]” (Cohen, 1966, p. 1201, traducción propia).

16 Véase el discurso pronunciado por Mao Tse-tung el 27 de febrero de 1957 en la Décimo Primera Sesión (ampliada) de la Conferencia Suprema de Estado, titulado: “Sobre el correcto manejo de las contradicciones en el seno del pueblo”, publicado posteriormente en el *Diario del Pueblo*, con algunas adiciones y correcciones, el 19 de junio de 1957.

17 Lubman (1967) apunta que los Comités de Mediación del Pueblo de la República Popular China se gestaron en el contexto de la gran reforma legal anunciada por el Partido Comunista Chino a mediados del año 1952. Inicialmente, lo que se pretendía de la mediación era aplicarla junto con el concepto de trabajo legal de masas, el cual se implementó en las llamadas áreas liberadas antes de 1949 donde “[...] los jueces deberían dejar sus oficinas y dirigirse a los pueblos para mediar en vez de decidir sobre las disputas. Durante la campaña, los cuerpos legales de toda China organizaron y dirigieron a las masas a la mediación. Los cuerpos judiciales fueron instruidos para clasificar los casos según la materia y para seleccionar mediadores activistas de entre los grupos particularmente adaptados para resolver los casos. [...] Las nuevas instituciones de mediación para resolver conflictos recibieron muchos elogios. Los mediadores fueron ensalzados por dirigirse directamente a las partes para investigar las causas y circunstancias de las disputas. [A pesar de estos esfuerzos] (...) La mediación era desordenada y puesta en marcha con insuficiente preparación, y con frecuencia los juzgados descuidaron la asistencia a los mediadores. [Por estas y otras razones] (...) en marzo de 1954, se promulgaron en Pekín las ‘reglas provisionales’ para la organización nacional de los Comités de Mediación del Pueblo. Los comités fueron seleccionados para ‘promover la solución oportuna de las disputas civiles, fortalecer la educación de las personas en patriotismo y observancia de la ley, y promover la unión entre las personas con el objetivo de beneficiar los esfuerzos del pueblo para la producción y construcción nacional]’ (Lubman, 1967, pp. 1315-1318, traducción propia).

Nacional Popular de la República Popular China, celebrada el 28 de agosto de 2010 y que entró en vigor el 1° de enero de 2011.

Precisar el impacto de la filosofía confucionista en la mediación es fundamental, ya que su uso en la cultura china se extiende desde la China tradicional (gobernada por distintas dinastías imperiales —finalizando este período histórico con la dinastía Ching (1644-1912)—) hasta la China comunista. Esto es importante porque revela la práctica del proceso de forma constante e ininterrumpida en la sociedad china. A pesar de los intensos cambios sociopolíticos sufridos a través del tiempo, la mediación se sigue utilizando en esta cultura, pues se le sigue concibiendo como el método idóneo para dilucidar sobre los conflictos.

De acuerdo con el enfoque de Cohen (1966), desde la mirada confucionista, el proceso legal heterocompositivo (juicio) no fue uno de los mayores logros de la civilización china, pero se ideó como una necesidad a pesar de lo deshonrosa que significara su utilización en esta cultura. Acudir a los estrados judiciales a ventilar un conflicto, aun cuando se tuviera una causa legítima, era considerado como pérdida del honor.¹⁸

En el mismo sentido, puede notarse el uso preponderante de la mediación en la cultura japonesa. A los ojos de los japoneses, en su cultura existe una aversión al litigio. Esta preferencia refleja el aborrecimiento popular hacia un sistema de justicia formal plagado de múltiples barreras procesales. Para Haley (1978), los japoneses tienen una predilección por la intervención informal de las disputas y la discusión de los conflictos en ámbitos reservados a la vida privada.¹⁹

18 Explica el autor que “[una demanda simboliza una ruptura en la armonía natural que se pensaba existía en los asuntos humanos. El derecho había sido avalado por la coerción, por lo tanto, contaminado a los ojos de los confucionistas. Su visión era la de pensar que la óptima resolución de la mayoría de las disputas se lograría no por el ejercicio de la fuerza soberana, sino por la persuasión moral. Además, el juicio lleva a la litigiosidad y a la desvergonzada preocupación por el interés propio en detrimento de los intereses de la sociedad. Los valores confucionistas hacían énfasis no en los derechos de los individuos, sino en el funcionamiento del orden social, la conservación del grupo. (...) La armonía fue destacada entre estas ideas. Una vez que había sido perturbada, la mejor manera de ser restaurada era a través del acuerdo. Si alguien se sentía agraviado, la ética confucionista enseñaba que era mejor ‘sufrir un poco’ y suavizar el asunto por encima de hacer un escándalo y promover mayor discordia. Si a alguien se le reconocía estar claramente en su derecho en una disputa, era mejor ser compasivo con la parte ofensora y establecer un ejemplo del tipo de cooperación que fomenta la solidaridad grupal en vez de insistir en la deuda del ofensor y alejarlo aún más del grupo]” (Cohen, 1966, pp. 1206-1207, traducción propia).

19 Según lo indicado por Haley (1978), “[estas actitudes suelen estar comúnmente reforzadas por la inclinación de los japoneses hacia la resolución de los conflictos mediante el acuerdo, la desconfianza en las soluciones tajantes de ‘todo o nada’ y el sinsabor de las disputas públicas y sus formas de resolución. [Además] (...) la persistencia en preservar la tradición de mantener relaciones interpersonales cooperativas hace que se vuelva indeseable cualquier delimitación definitiva sobre derechos y obligaciones a través del juicio. Presentar una demanda ha significado lanzar un ‘desafío público y la provocación de una pelea]” (pp. 359-360, traducción propia).

Aun en la época de las grandes reformas legales de la posguerra y el Japón ocupado inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, las políticas emprendidas para instaurar un poder judicial activo de corte occidental no dieron los resultados esperados. Un sistema judicial japonés preponderante en la vida de las personas fue una iniciativa, pero no cumplió los fines de influenciar los cambios sociales que requería este proceso político-jurídico.

En esta coyuntura particular, la utilización de la mediación en la cultura japonesa tiene una finalidad política. Su uso conlleva una especie de resistencia civil pacífica que desafía la existencia y permanencia de la administración de justicia formal. Sin expedientes activos, un poder judicial no puede funcionar ni mantenerse en el tiempo. A pesar de lo expuesto existen excepciones, pero no por ello la opinión sobre el sistema judicial ha cambiado. Las excepciones se refieren a casos tramitados entre los años 1970 y 1973 donde el sistema judicial japonés se vio accionado por cuatro importantes causas referidas a lesiones graves por contaminación ambiental masiva.

Los casos Toyama/enfermedad itai-itai (intoxicación masiva por cadmio en la Prefectura de Toyama), Kumamoto Minamata/enfermedad de Minamata (envenenamiento masivo por mercurio en la Prefectura de Kumamoto), Niigata Minamata/enfermedad de Minamata (envenenamiento masivo por mercurio en la Prefectura de Niigata) y Yokkaichi/enfermedad de asma de Yokkaichi (producida por la emisión de óxido de azufre en la atmósfera, que al ser inhalado produce enfermedades broncorrespiratorias graves, ocurrido en la Prefectura de Mei) se refieren a situaciones límite que provocaron la muerte de muchas personas, así como enfermedades degenerativas y deformativas a los sobrevivientes. En estos casos, la forma en que el pueblo japonés decidió lidiar con estos conflictos dice mucho sobre su cultura mediadora y también proclive a la reconciliación.

Desde la mirada occidental, estos casos ameritarían generar un precedente judicial con la imposición de las sanciones respectivas. Por el contrario, la sociedad japonesa del momento decidió actuar de otra manera. Algunas demandas fueron presentadas, aunque representaron un número muy reducido del total de víctimas. La decisión mayoritaria de los afectados fue la de no seguir la vía litigiosa para la intervención de esos conflictos.

Upham (1978), quien investigó los casos mencionados y efectuó entrevistas con varias de las víctimas, ha indicado que las actitudes y valores de las personas del ámbito legal vinculadas con estos casos —entiéndase: abogados, jueces, políticos locales y corporaciones demandadas— distaban de las conductas, acciones y valores mayoritariamente representativos de la sociedad japonesa. En este sentido, las

víctimas y sus familiares se mantuvieron más cercanos en sus comportamientos a la idiosincrasia japonesa.²⁰

Actualmente, Japón ha ido adoptando algunas conductas que pueden considerarse más occidentales, como lo sería recurrir al juicio para resolver una disputa en una temática específica. Aun así, sería erróneo admitir que, por el crecimiento de las demandas en algunas áreas, las costumbres y las tradiciones de ver a los procesos heterocompositivos como el último peldaño de las vías de intervención han cambiado.

Al respecto, Funken (2002) indica que

[aunque el número de demandas civiles tramitadas formalmente por el sistema judicial ha aumentado de forma constante desde 1983, la resolución pacífica de disputas continúa jugando un rol predominante. Los principales métodos RAC en el Japón contemporáneo son el arbitraje ('chusai'), el arreglo por acuerdo judicial ('wakai') y los programas de mediación vinculados con la administración de justicia ('chotei'). El *chotei* es el proceso RAC más popular y efectivo en Japón. En promedio, uno de cada tres expedientes civiles va a *cho-*

20 Para el autor, “[a medida que se discuten sus reacciones iniciales para el montaje del caso de daños por contaminación ambiental, los demandantes y otras víctimas revelan no solo la inseguridad económica, sino también su deseo de evadir cualquier ruptura, o autoexclusión de su grupo de pares en cualquier forma. Este miedo a la acción individual se acopla con un profundo fatalismo y predisposición para soportar las dificultades, lo cual inhibe también cualquier acción grupal de índole jurídica. (...) Así, cuando los síntomas de la ‘enfermedad rara’ aparecieron, la primera reacción de las víctimas y sus familias fue la de ocultarse. Secundariamente, hubieran deseado algún tipo de ayuda para poder lidiar con las cargas de la enfermedad, pero ni el deseo por descubrir la causa o el enojo con los responsables fueron los temas trascendentales que tenían en mente. Uno de los resultados de su vergüenza, por supuesto, fue la negativa de hacer valer los derechos legales y morales. Era más probable que la víctima aceptara su destino como merecido de alguna forma en vez de culpar a otros. (...) La combinación del fatalismo y la vergüenza como respuesta a una injusticia con una fuerte conciencia de grupo vuelve más comprensible la renuencia de las víctimas a tomar la iniciativa. Ser diferente, ya sea por una deformidad física como la causada por el envenenamiento con mercurio o cualquier otra, significa ser apartado, y en una cultura donde el grupo es todo lo que importa, esa separación es extremadamente amenazante, no solo para el individuo, sino para el grupo también. (...) La hostilidad de quienes no quisieron demandar influyó fuertemente en las eventuales actitudes de los demandantes en torno al litigio. (...) veían este paso como un último recurso, el sacrificio suicida de ellos mismos por el bien de la comunidad, una comunidad que (...) considera el sacrificio como el egoísmo. En el intento por reducir esa hostilidad, los demandantes hicieron grandes esfuerzos para convencer a las personas de que no se trataba de un mero ‘asunto familiar’ (...). Quizás la característica más notable de estos cuatro casos se refiere a las actitudes comunitarias y antiindividualistas de los participantes. El respeto por la comunidad estuvo en el corazón de la mayoría de las decisiones que tomaron no solo las víctimas y sus abogados, sino también los acusados. El miedo de las víctimas por el aislamiento y su predisposición a aceptar los estragos de la contaminación ‘por el bien del país’ fue la contraparte de la decisión de los acusados de no utilizar la ley extensamente para proteger sus intereses económicos y personales. Todas las partes se vieron sumidas en una red de obligaciones morales que permitió a la sociedad establecer grandes exigencias tanto a los individuos como a las instituciones. En este contexto, la ley estaba subordinada a esos mandatos morales y pareció no ser un desafío para ellos]” (Upham, 1978, pp. 589-593, 616, traducción propia).

tei. Alrededor del cincuenta y cinco por ciento de las mediaciones vinculadas con la administración de justicia se resuelve mediante acuerdo] (traducción propia).

Al igual que en las sociedades china y japonesa, en varios pueblos africanos está inmersa la predilección por las formas autocompositivas y reconciliatorias para intervenir las disputas. Según Gibbs (1963), quien realizó trabajo de campo en el pueblo kpelle (asentado en Liberia Central y regiones limítrofes de Guinea) entre los años 1957 y 1958, este pueblo utiliza la asamblea como proceso preferente de resolución de disputas.

La forma tradicional de asamblea kpelle tiene lugar luego de que la controversia ha sido ventilada en el hogar, acción llamada *berēi mu menī saa*, que significa ‘parlamentar en casa’. Esta intervención informal permite observar la importancia de la participación familiar en la solución del conflicto en esta cultura. Luego, las partes, sus familiares y vecinos tendrán la oportunidad de asistir a la asamblea.

Un mediador/neutral se encargará de dirigir el orden de la palabra. El ofendido es quien hablará primero y podrá ser interrumpido por el mediador o cualquier otro participante para ser interrogado, acción que se repetirá con el otro disputante. Si hubiere testigos, también tomarán la palabra y serán interrogados.

El mediador y los demás intervinientes expondrán sus puntos de vista haciendo hincapié en las faltas cometidas por ambas partes. En seguida, cuando todos los convocados han tenido la oportunidad de expresarse, el mediador comunica la opinión consensuada del grupo a los disputantes.

Esta opinión consensuada conlleva el pedido de disculpas por parte de quien ha sido considerado el mayor infractor. Las disculpas se hacen simbolizar en: prendas de vestir, monedas, arroz limpio y descascarado o una combinación de todos los anteriores. Por otro lado, quien recibe las disculpas da un centavo al ofensor, pequeña muestra que refleja su buena voluntad. También, el ofensor es ligeramente multado debiendo proporcionar ron o cerveza al mediador y quienes escucharon el caso. Luego, las bebidas son consumidas por todos los asistentes (Gibbs, 1963).²¹

21 Concretamente, la asamblea “[...] incluye a los parientes de las partes y los vecinos del barrio donde será expuesto el caso. Es un grupo completamente *ad hoc*, variando su conformación de un caso a otro. (...) La asamblea se celebra con mayor frecuencia los domingos —un día de descanso para los cristianos y no cristianos por igual— en la casa del ofendido, persona que ha solicitado la realización de la asamblea. El mediador será seleccionado por el ofendido. Quien es un pariente que también ostenta un cargo como jefe de la ciudad o es el gran anciano del barrio, y, por ende, tiene alguna habilidad en la solución de disputas. (...) El proceso inicia con la pronunciación de bendiciones por uno de los hombres de mayor edad del grupo. (...) El efecto que produce es el de unir a los participantes en una acción común previo a que comience la audiencia. La bendición focaliza la atención en la preocupación por mantener la armonía y el bienestar del grupo como un todo. (...) Los ancianos, las partes y los espectadores se sientan de manera mixta, muy juntos uno del otro (...). Esto contrasta la separación

Gibbs (1963) también hace referencia a la asamblea de vecinos del reino de Bunyoro de Uganda, la cual lleva por nombre propio *rukurato rwenzarwa* y es conocida también como asamblea nyoro. Al igual que la asamblea kpelle, la reunión la conforman parientes y vecinos de las partes para resolver conflictos de índole familiar. Así mismo, son objeto de asamblea las desavenencias que surjan con personas extrañas —en parentesco y vecindad— relacionadas con: peleas, robos, hurtos, falsas acusaciones y deudas.²²

Por otro lado, en otros pueblos africanos existe la filosofía *ubuntu*, que conlleva una forma de vida orientada por la preeminencia de una sociedad colectivista y hace hincapié en la necesidad de mantener relaciones interpersonales armoniosas en el tiempo. Acá, la comunidad juega un rol protagónico en el devenir de los individuos. Según West (2014), los valores de la armonía y el cuidado del otro son sus ejes éticos. Así, esta forma de conducirse en sociedad abarca desde las relaciones familiares hasta el mundo de los negocios.

Para Bennet (2011), el concepto de *ubuntu* no es traducible a otros idiomas en abstracto y para ser comprendido cabalmente deben considerarse formas y contextos específicos a fin de entender su sentido. El vocablo constituye un préstamo léxico o extranjerismo proveniente del pueblo zulú (asentado mayoritariamente en Sudáfrica, así como en menor densidad poblacional en Mozambique, Zambia y Zimbabue). Por esta razón, el autor insiste en hablar sobre los usos del *ubuntu* en detrimento de su categórica conceptualización.

Para poder explicar *ubuntu*, es necesario relacionarlo con acciones concretas. Cuando se hace la pregunta: ¿qué es *ubuntu*?, las personas consultadas remiten a experiencias personales, anécdotas familiares y vecinales para explicar la práctica concreta de esta filosofía de vida. Esta vinculación con el mundo interior,

espacial verticalizada entre las partes y los jueces en la sala de juicio. El mediador, aun cuando es un jefe, no viste sus túnicas. A él y a los hombres de mayor de edad se les proporcionarán sillas como se haría en cualquier otra ocasión. (...) [Al finalizar] el gran anciano pronuncia nuevamente bendiciones y da gracias por la restauración de la armonía dentro del grupo, y pide que todos continúen actuando con buena voluntad y unidad]" (Gibbs, 1963, pp. 3-4, traducción propia).

22 La reseña que hace Gibbs (1963) de la asamblea nyoro proviene de la mención del trabajo de campo desarrollado por el antropólogo social John Beattie con el pueblo nyoro (asentado en Uganda occidental). Beattie (1959) indica que esta asamblea está basada en el alto valor que tienen las relaciones vecinales para este pueblo donde "[...] los tribunales vecinales (...) consisten simplemente en la reunión de un grupo de vecinos que son convocados *ad hoc* para intervenir una disputa. Solo llega a existir cuando es convocada, no existe la membresía permanente. Cualquiera puede acudir a ella, siempre y cuando sea un hombre cabeza de familia y persona respetable, la base de la representación es la relación de vecindad en detrimento del parentesco o el linaje. (...) La reconciliación más que el castigo del ofensor es el objetivo. (...) los tribunales vecinales deben su gran relevancia social al festín comunal donde se comparten los alimentos y la cerveza, que es la forma adecuada de concluir la reunión, esta exhibe la importancia tradicional de festejar en Bunyoro como la manera que por excelencia expresa las buenas relaciones de vecindad y su restauración cuando se han quebrantado]" (p. 84, traducción propia).

la familia y la comunidad para definir y practicar el concepto es lo que le da a *ubuntu* una trascendencia en el tiempo, ya que es sensible y flexible a los cambios socioculturales en el acontecer de los pueblos que lo practican.

Bennet (2011) presenta en su investigación una línea histórica sobre los usos y aplicación de *ubuntu*, logrando rastrear, primeramente, un discurso emitido a nivel nacional (en la década de 1920) por el movimiento de liberación cultural zulú llamado Inkatha YaKwaZulu como parte de una campaña para promover los valores zulúes.

También, se señala como momento histórico relevante en la historia sudafricana la incorporación de *ubuntu* en la Constitución Política Interina de 1993, la cual propició la abolición del *apartheid* y la victoria, por amplia mayoría, de Nelson Rolihlahla Mandela como presidente de Sudáfrica en las elecciones de 1994, así como el establecimiento de los múltiples procesos de reconciliación iniciados en 1995 a raíz de las graves violaciones a los derechos humanos que produjo el régimen del *apartheid*.

Bennett (2011) apunta que la incorporación de *ubuntu* en la Constitución Política Interina constituyó el primer uso oficial de un término africano en el derecho sudafricano y permitió sentar las bases de la nueva sociedad de Sudáfrica, ya que esta filosofía de vida “[...] supone algo más profundo que la igualdad de trato o el juego limpio (*fair play*). También, obliga al individuo a ‘dar el mismo respeto, dignidad, valor y aceptación a cada miembro de la comunidad’. Más importante aún, regula el ejercicio de los derechos haciendo énfasis en los valores que establecen el compartir, la corresponsabilidad y el disfrute mutuo de los derechos por parte de todos]” (Bennet, 2011, p. 52, traducción propia).

La filosofía *ubuntu* resulta de importancia capital en la historia reciente de Sudáfrica, porque brindó la plataforma ética sobre la cual se conformaría y consolidaría la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, la cual fue implementada a través de la Ley 34: Ley de Promoción de la Unidad Nacional y la Reconciliación de 1995.²³

Según el ejemplo anterior, sumado a las experiencias de las asambleas comunitarias *kpelle* y *nyoro*, puede afirmarse que las culturas africanas referidas tienen estructuras comunitarias de especial relevancia en la intervención de las disputas. Entienden que una disputa entre dos individuos puede llegar a afectar gravemente a toda la colectividad, de ahí que la intervención grupal de las controversias tenga como objetivo el resguardo de las relaciones familiares y de vecindad.

23 Promulgada por el Parlamento sudafricano el 19 de julio de 1995, entró en vigencia el 1º de diciembre del mismo año.

Esta forma particular de intervenir los conflictos también se encuentra en otras culturas, donde la preservación de las relaciones familiares y comunitarias se considera muy valiosa. Tal es el caso del pueblo rom, oriundo del subcontinente indio y de condición nómada, que como ejemplo de un pueblo ‘transnacionalizado’ y ‘desterritorializado’ se mantiene unido alrededor del mundo a través de la *Kriss Romani* o *Romanya*, concebida como la forma autóctona y correcta de abordar las disputas en este pueblo.

La particularidad que ha caracterizado al pueblo rom radica en su desapego por el territorio, que viene a ser sustituido por “[...] los valores fundamentales de supervivencia [que] están condicionados principalmente a la itinerancia, además de la unidad familiar, la descendencia, el respeto a la ley propia, a la tradición oral y a la constante transformación de las estrategias económicas” (Armendáriz García, 2004, p. 159).

El desplazamiento constante a través del tiempo le ha permitido a los romá generar y mantener fuertes lazos familiares y comunitarios, así como un compromiso con la tradición oral, los usos y las costumbres propias como baluarte de la identidad comunitaria. La importancia dada a la palabra y su transmisión oral también se hace sentir en la esfera de la intervención de las disputas.

La *Kriss Romani*, como cuerpo jurídico que engloba las formas, institutos, valores y costumbres para abordar los conflictos que se suscitan en las relaciones sociales de los romá, es la que ha permitido la conservación de este pueblo a través del tiempo.

El objetivo de la discusión de los conflictos para los romá reside sobre la base de generar consensos para restaurar la armonía grupal lo más rápido posible. Esto se hace por medio de la puesta en marcha del *divano*²⁴ (Rojas Venegas, 2004) como instancia informal. En caso de que la controversia subsista, se procedería con la conformación de la *Kriss*²⁵ (Rojas Venegas, 2004). Luego, si este proceso tampoco

24 Este proceso se convoca “cuando un conflicto emerge entre diferentes *visiti* (linajes) o *kumpeniyi* (campamentos) [...]. [es un] procedimiento informal de resolución de conflictos entre los distintos clanes, que no requiere de la conformación de una *Kriss* y que consiste básicamente en aconsejar al infractor que abandone la conducta indebida por medio de una serie de discursos, historias y vivencias personales. Ahora, si la controversia no es resuelta por esta instancia o el problema es más serio, como en actos de violencia física, robo o adulterio, se hace necesario convocar a la instancia formal, la *Kriss*” (Rojas Venegas, 2004, p. 180).

25 La *Kriss* “[...] está compuesta por miembros de toda la comunidad y para participar directamente en ella, se debe poseer un reconocido status [...]. Una vez iniciado el debate, cada uno de los implicados expone en forma personal el conflicto. La *Kriss* puede asegurar la honestidad de los interesados mediante la invocación del poder mágico de *mule* (espíritus de los muertos que pueden tomar represalias contra los vivos) o mediante juramento. [...] El *Krisnitori* [quien dirige la *Kriss*] tiene como misión principal lograr el acuerdo entre las partes dado que la *Romaniya* es de carácter conciliador y de función eminentemente cohesionadora. [...] es categórica e irrefutable y de un rigorismo que incide fundamentalmente en la unidad de los *romá*, [...] contiene aspectos sagrados que conducen a los *romá* a llevar sus vidas de manera apropiada mediante el alcance de un estado de pureza (prevención de la contaminación). [...] su gran propósito es alcanzar un estado de balance o *kintala*, que complazca a los espíritus de los ancestros o *mule*” (Rojas Venegas, 2004, pp. 182-183).

surte los efectos deseados, puede llegarse a la aplicación de la sanción máxima llamada *rigate*, que, mediante la declaración de *marimé* (persona impura o contaminada, según el efecto que ha tenido en la comunidad la infracción de una norma social particular), conlleva el destierro —temporal o permanente dependiendo del caso— de la comunidad.

Existen otras colectividades altamente cohesionadas en torno a las prácticas de intervención pacífica de disputas. Tal es el caso de la mayoría de los pueblos originarios de América, quienes manejan un concepto de comunidad integral. Esta noción va más allá de una red de relaciones sociales y tiene estrecha vinculación con el territorio ancestral y la naturaleza.

Menchú (2004) indica que —refiriéndose a la cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas de ascendencia maya asentados en Mesoamérica— la armonía entre los valores de la familia, el territorio y la naturaleza en los que se ubican, así como la comunidad y la espiritualidad, son los elementos que permiten generar un diálogo constructivo, respetuoso del otro y viable para el tratamiento de las disputas.²⁶

Este tipo de cosmovisión también está presente en el pueblo oglala sioux —integrante de la Gran Nación Sioux (asentada, en su mayoría, en el Estado de Dakota del Sur de Estados Unidos de América)—, el cual se relaciona con su contexto a través de un concepto autóctono de paz. Su percepción integral del universo conlleva ver los conflictos como asuntos que no pueden ser analizados únicamente en el plano individual.

Por el contrario, las disputas deben tratarse con la participación de la comunidad, ya que la armonía comunitaria se encuentra en juego y al haberse fracturado debe ser restablecida. Tal afirmación se ve cristalizada en el siguiente famoso refrán de Alce Negro (Black Elk), quien fue un *wichasha wakan* (médico en idioma lakota sioux) de la Nación Sioux:

26 Estos aspectos se orientan a “[...] ver cuáles son los anhelos integrales que podemos desarrollar y cuáles son las perspectivas, desde donde nos veremos nosotros mismos. [...] la inmensa mayoría de nuestra gente tiene todavía una familia. Los más pobres de este mundo son los que ya no tienen familia, no cuentan con un núcleo familiar, son errantes en el planeta. [...] tenemos todavía un pedazo de tierra [...]. Muchos viven encajonados en edificios de los grandes paquetes del desarrollo, lo que llaman civilización. Ellos no tienen raíces, ni tampoco la energía que produce alguien que posee un pedazo de terreno. [...] la mayoría de nuestros pueblos vive en la orilla de los bosques, árboles y cerros, todavía se conocen las energías más fuertes de las piedras, de los ríos y de los caminos, donde la historia reposa de alguna manera. [...] tenemos la oportunidad de estar al lado de otras manifestaciones de vida, ésas que los seres humanos olvidan cada día. [...] todavía tenemos una comunidad. Ésta es muy importante, porque impide que nos sintamos solos. Al mismo tiempo es un complemento y una compañía en el quehacer diario. [...] Esto se amarra con la espiritualidad, porque sin una fuerte dosis de espiritualidad estos pueblos serían el recuerdo de una civilización pasada, probablemente escrita en piedras, libros o códices. [...] Entonces, si en un mismo espacio ocurre todo, seguramente se genera una visión integral del mundo, en la vida y en la obligación personal y colectiva” (Menchú, 2004, pp. 50-53).

[**La Verdadera Paz.** La primera paz, que es la más importante, es la que se encuentra dentro de las almas de las personas cuando se dan cuenta de su relación, su unidad con el universo y todos sus poderes, y cuando se enteran de que en el centro del universo yace Wakan-Taka (El Gran Espíritu), y que ese centro está realmente en todas partes, incluso dentro de cada uno de nosotros. Esta es la paz auténtica, y las demás no son más que reflejos de esta. La segunda paz, es aquella que se da entre dos individuos, y la tercera es la que se da entre dos naciones. Pero, sobre todo, debes comprender que nunca podrá haber paz entre las naciones hasta que se conozca la paz verdadera, que, como lo he dicho muchas veces, está dentro de las almas de los hombres] (Black Elk, 1863-1950, traducción propia).

En la Nación Navajo (asentada en los Estados de Arizona, Nuevo México y Utah de Estados Unidos de América) también se encuentra este concepto profundo de paz, reflejado en las dos fuerzas dinámicas del derecho consuetudinario navajo: *K'e* y *K'ei*²⁷ (Zion & Bluehouse, 1993).

Además del *K'e* y *K'ei* como fuerzas organizadoras de las relaciones sociales navajo, existe el proceso de solución de disputas conocido como *Hozhooji Naat'aanii*²⁸ (Metoui, 2007). Este proceso remite a la construcción de planes de paz que son llevados a la práctica mediante la guía de un *naat'aanii* (facilitador del proceso), quien por sus fuertes y reconocidas relaciones *K'e* y *K'ei* cuenta con las habilidades para liderar un plan de paz que conduzca al restablecimiento de la armonía colectiva.

Conforme con Zion y Bluehouse (1993), este proceso es al mismo tiempo un método para restaurar la armonía (*hozho*) perdida entre los disputantes y una

27 La fuerza *K'e* obedece a la preeminencia de los valores de “[...] la compasión, la cooperación, la amabilidad, el altruismo, el carácter pacífico y todos los demás valores positivos que crean una intensa, difundida y duradera solidaridad. (...) es una parte esencial del sistema de clanes y es la dinámica que lo hace funcionar como un sistema jurídico horizontal y con perspectiva de resolución pacífica de disputas. [A su vez, *K'ei* como segunda fuerza está referida al] (...) sistema de clanes en lo que concierne a las relaciones entre los descendientes y grupos de parientes a los que una persona está vinculada, unida por las virtudes del *K'e*. Así, los navajos conocen e interactúan con sus parientes, impulsados por los fuertes valores que crea la solidaridad navaja. Esos valores son virtudes que se convertirán en un cemento emocional para unir y arraigar el individuo al clan y el clan al individuo]” (Zion & Bluehouse, 1993, p. 329, traducción propia).

28 El *Hozhooji Naat'aanii* ha sido definido como una forma de intervención pacífica y restaurativa de las disputas, la cual “[...] facilita el diálogo entre las partes que tienen un conflicto y los miembros de la comunidad en general con el fin de alcanzar una justa y equitativa solución. El propósito (...) es restaurar a ambos disputantes y a la comunidad al estado de armonía, o *hozho*, a través de la solución del conflicto. Como en la mayoría de los procesos de justicia restaurativa de los pueblos nativos americanos, el *Hozhooji Naat'aanii* no se centra en el castigo del mal actuar]” (Metoui, 2007, p. 529, traducción propia).

ceremonia religiosa. La cosmovisión navajo entiende la armonía desde una concepción holística, donde la realidad social está asociada con el universo y sus fuerzas creadoras. Así, la restauración de la armonía entre las partes pasa por los aspectos de la relación intrapersonal —en su dimensión espiritual— y las relaciones interpersonales con el clan de pertenencia y la comunidad.

Seguidamente, el tercero neutral contempla el análisis que han efectuado los disputantes en torno a: las canciones, las oraciones, las primeras escrituras y las narrativas de trayectorias (*journey narratives*) de su pueblo. El objetivo consiste en identificar las violaciones a los valores navajo que suscitaron la ruptura de la armonía y el sobreviniente conflicto.

Lo que se pretende es extraer de este cúmulo de conocimientos y experiencias comunitarias aquellos usos prácticos que pudieran ser aplicados a la controversia particular, conformando la actuación futura —el acuerdo— con los valores navajo. Una vez restaurada la armonía, los contendientes pueden volver a relacionarse con ellos mismos, entre sí y con la comunidad.

La perspectiva reconciliatoria y restauradora de los conflictos sociales también se encuentra arraigada en la cultura de los pueblos odawa y ojibwa. Estos pueblos están asentados en la Grand Traverse Band of Ottawa and Chippewa Indians, territorio federativo ubicado en el Estado de Michigan de Estados Unidos de América.

El proceso mediante el cual se construye la paz en el pueblo odawa se conoce como *Mnaweejeendiwin* en su idioma natal, donde tienen participación los disputantes, los familiares y amigos de ambas partes y otros miembros de la comunidad con el apoyo de un facilitador de paz (Metoui, 2007).²⁹

Otra parte del pueblo ojibwa (asentado en el territorio ancestral de Hollow Water, localizado al este del lago Winnipeg en Canadá) utiliza el método del Círculo Comunitario de Sanación Holística (CHCH), cuyo método de solución de disputas tiene una finalidad decolonial. Históricamente, a este pueblo le fueron impuestas formas de intervención de los conflictos contrarias a sus valores, prácticas ancestrales y en abierta oposición a las maneras de construir y desarrollar sus relaciones sociales.

29 Generalmente, este proceso inicia con “[...] una ceremonia tradicional de apertura en donde los participantes se detienen para orar y acatar otras prácticas rituales, tal como la quema de salvia o hierba dulce. Los disputantes y los demás intervinientes son impulsados a hablar libremente, trabajando hacia un entendimiento común del problema en cuestión y construyendo un sentido de comunidad a lo interno del círculo de paz. El facilitador no limita la duración de la sesión, permitiéndose continuar a lo largo de varias sesiones si es necesario. (...) Proceder con el *Mnaweejeendiwin* sin las limitaciones del tiempo es un aspecto importante del éxito del proceso. Cuando culmina la sesión y se ha alcanzado una solución, las partes se comprometen mediante una especie de contrato conmemorando el acuerdo construido durante el *Mnaweejeendiwin*]” (Metoui, 2007, p. 531, traducción propia).

Desde la década de los años noventa del siglo xx, este proceso se ha utilizado —especialmente— para promover la reconciliación y la sanación en casos de agresión sexual. Además, cuenta con distintas etapas que garantizan la intervención de los ofensores, las víctimas y la comunidad a la que ambos pertenecen. Su eje transversal remite a la preeminencia del Círculo Sagrado —método ancestral en el que se basa el modelo CHCH— y las sagradas enseñanzas de los ojibwa (Sivell-Ferri et al., 1997).³⁰

El proceso se compone de trece círculos sagrados, los cuales se desarrollan por separado cuando las partes aún no cuentan con las habilidades para reunirse, y se realizan en conjunto cuando ya lo han logrado, esto último aplica para la intervención de agresiones sexuales. Sivell-Ferri *et al.* (1997) señalan que los círculos se desarrollan simultáneamente en los ámbitos de acción del ofensor, la víctima y la comunidad de Hollow Water, tomando en cuenta las enseñanzas ancestrales sagradas ojibwa.³¹

En Centroamérica y Suramérica, el fenómeno de la colonización tuvo el mismo impacto sobre las formas autóctonas de ventilar las disputas. Aquí, los Estados coloniales, los procesos de independencia y el adoctrinamiento religioso generaron cambios profundos en el derecho consuetudinario de los pueblos originarios, sistemas jurídicos que comprenden las prácticas de solución de conflictos y el enfoque a través del cual se les ejecuta.

La resistencia de los pueblos indígenas americanos se ve cristalizada en la sobrevivencia de las jurisdicciones consuetudinarias, entendidas como espacios sociales donde es posible conmemorar las normas ancestrales mediante la realización de ceremonias

30 Las sagradas enseñanzas de los ojibwa son siete y remiten a “[...] la honestidad, la fuerza, el respeto, la preocupación por el otro, el compartir, la sabiduría y la humildad. Estas son las enseñanzas que el Creador le dio a los pueblos aborígenes para que las siguieran. Algunos le llaman la guía para vivir. Para ser honestos, necesitamos trabajar en los cuatro aspectos de nuestro ser: emocional, mental, espiritual y físico. Sin los cuatro, no podemos funcionar como seres humanos integrales. Por eso, requerimos los círculos sagrados y las siete enseñanzas para comenzar a sanar las heridas de nuestros ancestros. La vida inicia después de que comenzamos a albergar el perdón en nuestros corazones. El viaje de la sanación empieza cuando reconocemos nuestro dolor y estamos listos para dejar ir nuestra forma negativa de pensar y sentir. (...) Por eso es que el Círculo Sagrado es tan importante en nuestra tradición. Fue una forma de vida hace muchos años, antes de que nuestros ancestros fueran heridos o abusados. (...) Lo que el Círculo Comunitario de Sanación Holística está haciendo es el Círculo Sagrado. Este está dirigido por las sagradas enseñanzas y muestra a las personas cómo practicarlo y aplicarlo en sus trayectorias diarias]” (Sivell-Ferri et al., 1997, p. 185, traducción propia).

31 Según Sivell-Ferri *et al.*, los trece círculos se desarrollan así: primer círculo (revelación de los hechos), segundo círculo (establecimiento de un ambiente seguro para la víctima), tercer círculo (la confrontación del ofensor), cuarto círculo (apoyo al cónyuge/padres), quinto círculo (apoyo a las familias y la comunidad), sexto círculo (reunión del Equipo de Evaluación con la Real Policía Montada de Canadá), séptimo círculo (círculos con el ofensor), octavo círculo (círculos con la víctima y el ofensor), noveno círculo (preparación de la familia de la víctima), décimo círculo (preparación de la familia del ofensor), décimo primer círculo (reunión especial-círculo de sentencia), décimo segundo círculo (comentarios a la sentencia) y décimo tercer círculo (ceremonia de limpieza).

específicas, dilucidar sobre conflictos individuales y colectivos, y restaurar la armonía respecto a situaciones y eventos violentos que han afectado a la comunidad.

Esto les ha permitido a los pueblos originarios la resignificación de su historia, reapropiándose de sus formas ancestrales de resolución de disputas al aplicarlas a las controversias actuales. En este orden de ideas, se pueden referenciar algunas experiencias de abordajes pacíficos de controversias presentes en diversos pueblos indígenas latinoamericanos.

Se encuentran este tipo de acciones en el pueblo ye'kuana, asentado a lo largo de los márgenes de los ríos tributarios del río Orinoco, localizándose población tanto en Venezuela como en Brasil. Según Arvelo Jiménez (1990), para los ye'kuana, los conflictos ocurren en tres contextos: el doméstico, el comunitario y el extracomunitario. Respecto a los dos primeros, existen institutos específicos para analizar las desavenencias que surjan en estos espacios.

Primero, se ubica el Círculo del Rumor. Es un método de análisis de los conflictos de índole doméstica, donde se ventilan situaciones relacionadas con: la transgresión de los deberes maritales y como miembro de la comunidad, y el incumplimiento de obligaciones económicas que suscitan los vínculos familiares. Tiene como finalidad alertar, en el seno del hogar, el deterioro de las relaciones familiares y la inobservancia de las reglas morales establecidas en el código ético ye'kuana.

En el ámbito comunitario está el Consejo de Ancianos. Se concibe como un consejo de jefes de familia que discute y decide sobre problemáticas referidas a la participación comunitaria en las diversas actividades de subsistencia, tales como: la agricultura, la cacería, la pesca, la búsqueda de materiales y la construcción de estructuras, el comercio y el ofrecimiento de servicios a otros pueblos. La participación en las actividades comunitarias se acuerda por consenso, en el que el Círculo del Rumor juega un rol protagónico como instrumento de control social para el cumplimiento de lo pactado en este consejo.

En esta línea de análisis se encuentra el pueblo aguaruna del Alto Marañoñ asentado en la selva amazónica peruana, ubicado geográficamente en la zona limítrofe entre Perú y Ecuador. Luego de la creación de la Organización Central de las Comunidades Aguaruna del Alto Marañoñ (OCCAAM) en 1975, esta entidad de carácter gremial y representativo fue ideada como una asamblea de comunidades. La entidad asumió la responsabilidad de constituirse en una instancia de análisis de conflictos, observando los intereses nativos y las normas ancestrales mediante la ejecución de los Círculos de Ancianos 'Viejos de Idea' (Ballón Aguirre, 1990).³²

32 Bajo la primera presidencia de la OCCAAM en cabeza de Salomón Katip, se comienzan a recibir solicitudes de intervención en los conflictos de las distintas familias que nuclea la entidad. Así, "Salomón Katip

En el contexto peruano también han de visibilizarse las Rondas Campesinas que funcionan en las comunidades andinas asentadas en las localidades rurales de Yanaoca en Cusco, Viques en Huancayo y El Enterrador en Bambamarca.³³ La lógica de las reuniones comunitarias incide en la toma de decisiones con base en el consenso y son una práctica que también se encuentra en las culturas originarias centro-americanas. Puede verse el caso del pueblo totonaca asentado en los Estados de Puebla y Veracruz de México, donde está presente el concepto de *reciprocidad* en las relaciones de género, domésticas, familiares y comunitarias.

Según Chenaut (1990), la vigencia de la *reciprocidad* como mandato social que regula el dar, el recibir y el devolver en las relaciones totonaca se evidencia en varias situaciones y contextos, como, por ejemplo, cuando

las tierras comunales de Papantla comenzaron a ser repartidas a fines del año 1875. En esta época los totonaca empezaron, coincidentemente, a pronunciarse en contra de diversas disposiciones gubernamentales, lo que obligó a que la división se efectuase en grandes lotes o ‘condueñazgos’. Al verse amenazada la integridad territorial y comunal, los principios de la reciprocidad que vinculaban a las diferentes comunidades totonaca, se erigieron para unificar la defensa de su identidad (Chenaut, 1990, pp. 162-163).

estableció una forma especial de tratamiento a los problemas que le llegaron. En efecto, recibidas las denuncias verbales, él pedía a quienes las llevaban que regresaran en unos días dándose tiempo así para informar del caso a los viejos aguaruna. Estos **viejos** eran personas reconocidas por su conocimiento de la forma en que se deberían resolver los conflictos entre nativos; es decir, se trataba de sabios. El día elegido —citadas las familias— se sentaban en círculo las parientes tanto del demandante como del demandado, junto con los **viejos de idea** como llaman nuestros informantes a estos hombres experimentados. Salomón iniciaba el proceso explicando los hechos del problema presentado, luego cedía la palabra a la familia denunciante, la cual —sin ningún límite— procedía a exponer su reclamo. El denunciado o alguien de su familia, en su nombre, hacía un descargo alegando todo aquello que considerara adecuado también sin límite. El círculo en el que todo esto ocurría tenía, en versión de nuestros informantes, el significado de que de allí debería nacer una solución al problema. El acto era solemne y estaba acompañado de la expectativa de otros familiares y personas, quienes rodeaban la cabaña en la que el círculo se reunía. Así, expuestos los puntos de vista de las partes, Salomón cedía el uso de la palabra a cada uno de los **viejos de idea**, quienes decían cómo se debía resolver el asunto” (Ballón Aguirre, 1990, p. 131).

33 Estas rondas son “[...] una organización de autodefensa. Comparten una identidad como ronderos, que los cohesionan y los vuelve merecedores de un tipo de reconocimiento y respeto. Se reúnen regularmente, eligen sus propias autoridades y resuelven mediante asambleas eventuales conflictos entre ronderos. Las familias de los ronderos participan de diversas maneras en esta forma de organización que, por otra parte, muestra en sus orígenes una importante influencia de los jóvenes hijos de familias campesinas, que han tenido acceso a los estudios secundarios y universitarios, y, a través de ellos, a las visiones políticas y religiosas que se debaten en el país. También han influido en su surgimiento los procesos de movilización social y las acciones de reclutamiento (levas) que realiza el ejército. [...] Los acuerdos de las asambleas comunales y de las rondas son ley entre los campesinos. Se ha llegado a ellos por acuerdos y consensos de las mayorías, que se obligan a cumplirlos y a ser sancionados en caso contrario” (Vidal, 1990, pp. 147, 150).

El principio de la *reciprocidad* totonaca constituye un instituto de cohesión comunitaria que resiste la imposición del concepto de propiedad privada y la mercantilización de la tierra. Esta costumbre abarca tanto a las personas vivas como a los difuntos del grupo familiar, mezclándose con la cohesión comunitaria a través de la importancia colectiva de la tierra. Este aspecto lo vemos reflejado en el rito del Tawilate (Chenaut, 1990).³⁴

Los totonaca también utilizan este principio como una costumbre jurídica. Este aspecto trasciende al ámbito de la intervención de las disputas, dado que la cohesión comunitaria se entiende como un mecanismo de defensa y resguardo de la identidad. El uso de formas externas para ventilar las controversias implicaría un abandono de esa defensa y resguardo, que es lo que permite mantener vigentes los valores, las reglas y las conductas que caracterizan a esta colectividad.

Por último, se hace referencia al sistema normativo del pueblo wayúu, que se encuentra asentado en la península de La Guajira de la República de Colombia y el Estado de Zulia de la República de Venezuela. En la cultura wayúu la figura del palabrero (*pütchipüüi*) resulta de vital importancia para la intervención de los conflictos, puesto que

[...] el sistema normativo de los wayúu es aplicado por un personaje, denominado en su lengua ancestral el wayüunaiki, el *pütchipüü*, término derivado de la palabra *pütchi* que significa palabra y *püü* que se refiere a las extremidades inferiores que simbolizan el andar. Como su correspondiente español, el palabrero, es la persona que lleva la palabra; el andar con la palabra. El llevar la palabra es el acto por el cual el *pütchipüüi* es comisionado por una familia agredida para comunicar a la agresora que uno de sus miembros la agredió y que, según las normas de la cultura, debe compensar y reparar el daño causado. Por regla general, un palabrero es escogido por su capacidad de persuadir a las partes a que solucionen sus conflictos; de allí que su selección parta de su habilidad y manejo de la palabra.

34 Este rito tiene como objetivo “[...] garantizar la reproducción de la comunidad como tal. [...] es la gran ceremonia para pedir por la fertilidad de la tierra y la protección del pueblo, ya que Tawilate quiere decir que ‘la gente viva, que no se enferme, que vivan los animales’. El carácter colectivo de la fiesta se manifiesta en el hecho de que toda la comunidad tiene que participar en ella; en primer lugar, coopera con dinero y bienes, ya que en esos días se consume una gran cantidad de refino, mole y tamales. Toda persona que asiste recibe comida y bebida. Y toda la noche se bailan los sonos rituales, adornados los presentes con collares y coronas de flores de cempasúchil, llevando en las manos sonajas de palma trenzadas, mientras arpa y violín acompañan el monótono mover de los cuerpos” (Chenaut, 1990, pp. 168-169).

[...] Vale la pena señalar que las dos familias nunca se encuentran cara a cara; la relación es a través del palabrero, quien lleva la palabra mediadora y el *pütchipala*, la voz cantante de la familia que recibe la palabra (Polo Figueroa, 2017, pp. 46, 48).

En este sentido, el *pütchipü'üi* en su condición de tercero neutral constituye la piedra angular del sistema normativo wayúu al promover un proceso de diálogo constructivo y garantista de las costumbres, los ritos, los principios y los valores del pueblo wayúu.

Así las cosas, el *pütchipü'üi* cumple una doble funcionalidad, a saber: es un tercero neutral privilegiado respecto a la solución de las disputas de su pueblo y es un garante de la existencia y permanencia del derecho consuetudinario wayúu. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha incorporado el sistema jurídico wayúu aplicado por el *pütchipü'üi* en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO desde el año 2010 (UNESCO, 2010).

Según las referencias analizadas, se evidencia que existen múltiples formas de abordar los conflictos sociales en distintas culturas. Hasta lo acá expuesto, la intención ha girado en torno a identificar y describir algunos institutos de tratamiento de las controversias donde queda demostrado que la lógica heterocompositiva no es la única forma, ni la predilecta, para intervenir las disputas que emergen en el acontecer social.

Así, en el siguiente apartado se examinará el uso de la heterocomposición y su instituto clásico (el juicio) desde la perspectiva del pluralismo jurídico. Esto es importante porque busca visibilizar nuevas formas emancipadoras a través de las cuales diversas poblaciones vulnerables, respecto a su acceso a la justicia, han de acceder a mecanismos expeditos de solución de controversias.

3. La mediación y las PR desde la perspectiva del pluralismo jurídico en contraste con la lógica heterocompositiva

La forma jurídica heterocompositiva hegemónica (el juicio) ha sido inculcada y promovida en la cultura occidental durante muchísimo tiempo. En el continente americano se observa que el proceso de colonización trajo consigo la subordinación de los pueblos originarios a la ley colonial, y luego, a la ley nacional de las naciones independientes en detrimento de los sistemas jurídicos autóctonos.

Esto último ha implicado la denegación de cualquier atisbo de pluralismo jurídico³⁵ en un sentido manifiesto, plausible de coexistir en igualdad de condiciones con los sistemas jurídicos nacionales imperantes, ya que en el contexto colonial se erigió un derecho occidental dominante versus un derecho consuetudinario dominado (De Sousa Santos, 2009).

La relación dominante/dominado en los sistemas jurídicos es lo que Griffiths (1986) ha llamado pluralismo jurídico en sentido débil. Se da cuando un sistema (B) requiere de la aprobación de otro sistema (A) para surtir los efectos deseados en un tiempo y espacio social determinados.³⁶

En este sentido, De Sousa Santos (2009) indica que la intención de los sistemas jurídicos centrales, especialmente arraigados en la cultura occidental, ha sido la de reconocer —y al mismo tiempo negar aquellos órdenes jurídicos que resultan compatibles con sus intereses, y viceversa, impidiendo la práctica de valores, costumbres y reglas que atentan contra el ordenamiento jurídico central.

Por ende, el enfoque crítico que proporciona la PAS es importante porque da cuenta de la coexistencia de distintos sistemas jurídicos en un mismo tiempo y espacio determinados, sean reconocidos —o no— por los sistemas jurídicos centrales. Tal afirmación guarda relación con lo indicado por Cárcova (2006) al esbozar el desarrollo histórico del pluralismo jurídico, señalando que

la cultura de una sociedad es un complicado agregado de procesos políticos y sociales, en los que las visiones alternativas y contradictorias conviven en precario equilibrio. Con todo, es siempre posible

35 Entiéndase por este concepto la afirmación sociológica de que “[...] las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales. En ellas circulan no uno sino varios sistemas jurídicos y judiciales. El hecho de que sólo uno de estos sea reconocido oficialmente como tal, naturalmente afecta el modo como los otros sistemas operan en las sociedades, pero no impide que tal operación tenga lugar. Esta relativa desvinculación del derecho con respecto al Estado significa que el Estado-nación, lejos de ser la única escala natural del derecho, es una entre otras. No obstante, el Estado-nación ha sido la escala y el espacio-tiempo más central del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países del centro del sistema mundo. [...] La supremacía de la escala del Estado-nación en el análisis sociojurídico no sólo contribuyó a angostar el concepto de derecho al vincularlo con la autoridad del Estado, sino que también impregnó ciertas concepciones del pluralismo jurídico con una ideología de centralismo estatal. Éste fue el caso de la imposición colonial del derecho europeo” (De Sousa Santos, 2009, pp. 51-52).

36 Según el autor, “[...] el soberano (implícitamente) controla (o las normas básicas [*grundnorm*] del sistema jurídico lo validan, y así sucesivamente) distintos cuerpos legales para diferentes grupos de la población. En general, los grupos afectados son definidos en términos de características como la etnicidad, la religión, la nacionalidad o la geografía, y el pluralismo jurídico se justifica como una técnica para gobernar por razones pragmáticas. Dentro de un sistema jurídico pluralista de este tipo, los regímenes jurídicos paralelos dependientes del sistema jurídico estatal central son el resultado del ‘reconocimiento’ por parte del Estado de un supuesto ‘derecho consuetudinario’ preexistente de los grupos interesados. Aunque este pluralismo no está limitado a la situación colonial y poscolonial, es sin duda donde es más conocido)” (Griffiths, 1986, p. 5, traducción propia).

identificar un conjunto de creencias, actitudes, conocimientos y valores, formas de percepción del mundo, que caracterizan a una sociedad y le dan una cierta unidad como tal. Lo que la sociología americana ha llamado “comprensiones compartidas” (*shared understandings*) es lo que permite establecer un vínculo notorio entre cultura y derecho (p. 67).

De alguna manera y de forma pionera Von Savigny (2008) había alertado sobre este fenómeno visibilizando la condición histórica del derecho, idea sobre la que descansa la posibilidad de que diversas culturas puedan tener sistemas jurídicos disímiles, incluso contradictorios, en un mismo tiempo y espacio determinados.

Esto es posible, dado que el derecho ostenta un elemento político e implicando ello

[...] la dependencia en que está respecto de la vida social del pueblo. [...] todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador (Von Savigny, 2008, p. 16).

Las ideas pioneras de Von Savigny (2008) sobre considerar a las costumbres y creencias provenientes de diversos pueblos y culturas como las fuerzas activas y creadoras del derecho le permitieron a Ehrlich construir su concepto de *derecho vivo*. A través de esa definición, se visibilizó la coexistencia de un ordenamiento jurídico administrado por el Estado y otros sistemas jurídicos que no necesariamente atienden a las reglas establecidas por el aparato estatal para su real funcionamiento.

Un claro ejemplo de lo anterior remite a los casos reseñados a lo largo del primer apartado, donde ha quedado evidenciado el uso de la mediación y las PR en distintas culturas y latitudes sin que necesariamente se encontraran comprendidas y/o reguladas por los ordenamientos jurídicos estatales de turno.

Al margen de su reconocimiento normativo, se les consideró y sigue considerando como procesos válidos para zanjar disputas porque los individuos que integran los pueblos que los utilizan los reconocen como eficaces. Ese reconocimiento popular es el que ha permitido la subsistencia y permanencia de estos métodos, en diversas latitudes a lo largo del tiempo, a pesar de su reciente legislación y/o codificación en diferentes ordenamientos jurídicos.

Desde la PAS y siguiendo a Cárcova (2006), la utilización de la mediación y las PR en detrimento de otros procesos legislados para la solución de disputas se debe en gran medida a que, “además del derecho institucionalizado, especialmente preparado para regular conflictos, existe un ‘derecho vivo’ (*lebendes Recht*), que opera para prevenirlos y que suele ser eficaz, cuando ellos acaecen, para resolverlos sin tener que acudir a ‘adjudicaciones’, es decir, a decisiones de la autoridad estatal” (p. 67).

De acuerdo con esta interpretación, la mediación y las PR vendrían a formar parte de este *derecho vivo* como procesos que permiten evadir las adjudicaciones mencionadas por el autor y siendo sustituidas por decisiones autocompositivas diseñadas por los disputantes y para la controversia particular que los convoca.

Esta coexistencia y convivencia entre diversas prácticas consuetudinarias y los sistemas jurídicos estatales puede ser explicada desde la teoría de los períodos del pluralismo jurídico propuesta por Merry (1988), a la cual De Sousa Santos (2009) ha realizado aportes muy importantes. Para la autora, debe partirse de “[...] una noción suficientemente amplia del término sistema jurídico, [dada esta condición], prácticamente toda sociedad es legalmente plural, tenga o no un pasado colonial. El pluralismo jurídico es un tema central en la reconceptualización de la relación derecho-sociedad]” (Merry, 1988, p. 869, traducción propia).

Según lo anterior, la autora identifica dos períodos en el pluralismo jurídico, a saber: a) el período clásico, focalizado en el estudio de las sociedades coloniales y poscoloniales, y los respectivos roles jurídicos asumidos en esta dinámica (colonizador versus colonizado); y b) el nuevo período, que ha implicado el análisis del pluralismo jurídico en sociedades no coloniales industrializadas donde la intención pasa por visibilizar la interacción entre grupos dominantes versus grupos dominados (Merry, 1988).

Por otro lado, De Sousa Santos (2009) incorporó un tercer período a la propuesta de Merry (1988) y lo bautizó como el período de la pluralidad jurídica posmoderna. Acá,

la diferencia entre este período y los dos anteriores estriba en que mientras antes el debate trataba de los órdenes jurídicos locales que coexistían, infraestado, en la misma escala nacional, ahora versa sobre órdenes jurídicos globales que coexisten, supraestatalmente, en el sistema mundo, tanto con el Estado como con los órdenes jurídicos infraestatales. [Constituyendo tan solo un ejemplo de este tipo de pluralismo] [...] el caso concreto de la interconexión entre

campos jurídicos globales y nacionales —esto es, el activismo judicial y los programas actuales de reforma judicial como tendencias globales y como procesos nacionales— (De Sousa Santos, 2009, p. 63).

Esta identificación de los períodos del pluralismo jurídico es sumamente útil para visibilizar la evolución espacial y temporal de los procesos RAC. A criterio de la suscrita, un período clásico mostraría las formas autóctonas de intervención de las disputas en las distintas culturas. Formas y prácticas que, a pesar de encontrarse al margen del bloque hegemónico del derecho estatal y su ideología centralista,³⁷ siguen vigentes.

Esta relación paralela —y la mayoría de las veces dicotómica— entre las formas autóctonas y hegemónicas de solución de disputas puede explicarse desde el fenómeno de la aculturación reseñado por Cárcova (2006). De acuerdo con el autor, cuando una cultura foránea se impone sobre una cultura nativa en un lugar y momento histórico determinados, la cultura foránea pretenderá absorber a la cultura ahora dominada en sus distintas expresiones, siendo una de ellas el derecho propio o autóctono (Cárcova, 2006, pp. 73-74).

En este sentido, una de las estrategias más utilizadas por las culturas foráneas dominantes ha sido la de edificar un modelo jurídico en apariencia uniforme, jerarquizado y universal, negando al mismo tiempo la coexistencia y subsistencia de otros regímenes jurídicos disímiles y diversos. Esta práctica negacionista puede entenderse desde los aportes del jurista italiano Santi Romano (citado por Cárcova, 2006), quien ya en 1918 advertía que “el Estado moderno produce un fuerte impulso hacia la unificación de todos los ordenamientos, tanto pre-estatales como anti-estatales; hacia la unificación de las diversas fuentes del derecho en una sola: la ley. Ese **impulso** produce una apariencia, que es la que el monismo expresa; pero, en realidad, los grupos infraestatales siguen existiendo y produciendo normatividad” (Cárcova, 2006, p. 71).

Esta última referencia permite avanzar y explicar lo que se consideraría un segundo momento en la evolución de los procesos RAC, el cual podría ser llamado período moderno o nuevo período, comprendido por la consolidación del movimiento RAC. Este movimiento se concibe como una respuesta crítica —y realista— ante la insatisfacción popular que provocó el fenómeno de la invasión de

37 Se entiende por esta centralidad el paradigma legal enunciado por Griffiths (1986) y al que concibe como el mandato donde “[...] el derecho es y debe ser el derecho del Estado, uniforme para todas las personas, exclusivo en detrimento de cualquier otro derecho y administrado por un único conjunto de instituciones estatales. En la medida en que existan otros órdenes normativos menores, como la Iglesia, la familia, la asociación voluntaria y la organización económica, deberán estar y de hecho están jerárquicamente subordinados al derecho y las instituciones del Estado]” (p. 3, traducción propia).

litigios —o mora judicial— en los sistemas jurídicos occidentales, especialmente en Norteamérica y Europa Central en la década de los años setenta del siglo pasado y en la última década de ese mismo siglo en Latinoamérica.³⁸

Es decir, el aparato estatal asumió la incorporación de estos institutos de resolución alternativa de controversias que antes se encontraban fuera de él, dotándolos de eficacia y generándose así efectos jurídicos tangibles en la centralidad jurídica. Es en este momento donde muchos Estados han tendido a emitir un volumen considerable de normativa orientada a regular los distintos procesos que componen el movimiento RAC, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo xx.

Por último, en el período posmoderno se encontraría el actual movimiento RAC, produciéndose diversas reformas de desjudicialización de algunos conflictos para ser administrados e intervenidos a través de variados métodos alternativos.

Lo que aún es tarea pendiente remite al desarrollo de un cuarto período a través del cual los institutos reseñados ostenten un carácter emancipatorio y permitan el ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos de forma casuística, donde las necesidades básicas y los intereses particulares de los involucrados sean satisfechos y se vean garantizados ‘a medida’ según el contexto y las circunstancias que los caracterizan.

Este período podría concebirse como de especialización, entendido como la necesaria evolución que iría de la generalidad de los procesos RAC actuales hacia elaboraciones especializadas sensibles a: las características de los involucrados, la temática de la controversia, el contexto y el espacio social en el que se desarrolla el conflicto.

38 Al respecto, Moreno Buján (2019) anota que “tanto en Estados Unidos como en Latinoamérica, conforme las decisiones judiciales tomaron cada vez más terreno en los ámbitos socio-conflictivos, al mismo tiempo, fueron entrando en desuso formas culturales autóctonas de abordaje de las controversias. Esto refleja la necesidad compulsiva de los Estados por regular, de manera uniforme, las prácticas y formas mediante las cuales han de intervenir las disputas, promocionándose entonces los procesos heterocompositivos, administrados por los juzgados, para dirimir los conflictos sociales. [...] No es sino hasta abril de 1976, que el sistema judicial estadounidense comenzó a autoperibirse en crisis, y, así, el magistrado del Tribunal Supremo Warren E. Burger convocó la Conferencia Roscoe E. Pound: Perspectivas sobre la Justicia en el Futuro, donde se daría, como resultado, la consolidación de los procesos de resolución alternativa de conflictos como se conocen hoy en día. [...] Esta reflexión que emprendió Estados Unidos también se generó en Italia, dos años después de que se celebrara la Conferencia Pound. Para octubre de 1978, se organizó un coloquio que tuvo como principal objetivo discutir las dificultades existentes en torno al acceso y la justiciabilidad de los derechos por parte de los tribunales de justicia. El análisis de estas temáticas exigió la focalización del sistema judicial en el tratamiento de las desigualdades en el acceso a la justicia y la cantidad excesiva de casos a ser tramitados. Por estas razones, tanto en Estados Unidos como en Italia, se consideró relevante la identificación de crecientes y potenciales problemas asociados a la acción de impartir justicia y la creación de soluciones que promovieran un acceso eficaz al sistema. Entre las alternativas propuestas, se encontraba la oferta de los procesos alternativos al juicio para dirimir ciertos conflictos, quedándose en el ámbito judicial las controversias no susceptibles de ser resueltas a través de los métodos RAC” (Moreno Buján, 2019, pp. 6-9).

Conclusiones

Se puede afirmar que se ha cumplido con el objetivo de mostrar la importancia de aplicar la PAS a la comprensión de la mediación y las PR como estrategia para deconstruir el discurso jurídico hegemónico de carácter heterocompositivo, siendo que este último promueve una única manera de entender la realidad jurídica.

El análisis de distintas costumbres jurídicas provenientes de diversas culturas reafirma la existencia de una pluralidad de formas para abordar y resolver los conflictos sociales. Su visibilización promueve la posibilidad de generar políticas públicas encaminadas a un acceso a la justicia de carácter plurijurídico y multicultural, lo que vendría a incidir —de forma positiva— en las condiciones de acceso a la justicia de distintas poblaciones en condición de vulnerabilidad y exclusión.

El reconocimiento estatal de las costumbres jurídicas acá reseñadas es urgente para promover un enfoque pacífico y altamente participativo de resolución de disputas. Para muchas de las culturas identificadas, el ejercicio de sus formas autóctonas de solución de controversias implica un acto reivindicatorio de sus propias identidades.

Finalmente, es necesario que las personas conozcan la diversidad de formas a las que pueden optar para resolver sus conflictos antes de acceder al juicio. Por el contrario, insistir en el análisis jurídico disciplinar de la conflictividad social fomenta la heterocomposición, forma de intervenir los conflictos que obstaculiza el desarrollo de la pluralidad de justicias que requieren las sociedades multiculturales de nuestros días.

Referencias

- Armendáriz García, L. (2004). El proceso organizativo del pueblo rom de América: un camino para ser visibles. En Ú. Oswald Spring (Ed.), *Resolución no violenta de conflictos en sociedades indígenas y minorías* (pp. 159-171). Tlaxcala, México: Colegio de Tlaxcala A.C.-UAEM-CLAIP.
- Arvelo Jiménez, N. (1990). Organización social, control social y resolución de conflictos. Bases para la formulación y codificación del derecho consuetudinario ye'kuana. En R. Stavenhagen & D. Iturralde (Eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (pp. 95-115). Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Ballón Aguirre, F. (1990). Sistema jurídico aguaruna y positivismo. En R. Stavenhagen & D. Iturralde (Eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (pp. 117-139). Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Beattie, J. H. M. (1959). Neighbourliness in Bunyoro. *MAN: Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, 59, 83-84.
- Bennett, T. W. (2011). Ubuntu: an African equity. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 14(4), 30-61.
- Black Elk (1863-1950). The true peace. In *Native American wisdom: words of wisdom from Black Elk-Oglala Sioux*. Recuperado de <http://www.firstpeople.us/FP-HTML-Wisdom/BlackElk.html>
- Bloom, I. (s. f.). *Introduction to Confucian thought*. New York: Asia for Educators. An Initiative of Weatherhead East Asian Institute at Columbia University. Recuperado de http://afe.easia.columbia.edu/special/china_1000bce_confucius_intro.htm
- Caram, M. E., Eilbaum, D. T., & Risolía, M. (2010). *Mediación. Diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica.
- Cárcova, C. M. (2006). *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Chenaut, V. (1990). Costumbre y resistencia étnica. Modalidades entre los totonaca. En R. Stavenhagen & D. Iturralde (Eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (pp. 155-190). Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cohen, J. A. (1966). Chinese mediation on the eve of modernization. *California Law Review*, 54(3), 1201-1226.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1996). *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Ciudad de México: Editorial Limusa.

- Funken, K. (2002). Comparative dispute management: court-connected mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, 3(2). <https://doi.org/10.1017/S2071832200014759>
- Gibbs, J. L. (1963). The kpelle moot: a therapeutic model for the informal settlement of disputes. *Africa: Journal of the International African Institute*, 33(1), 1-11.
- Gioja, A. L. (1973). *Ideas para una filosofía del derecho. Tomo II*. Buenos Aires: Sucesión de Ambrosio L. Gioja.
- Griffiths, J. (1986). What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Haley, J. O. (1978). The myth of the reluctant litigant. *Journal of Japanese Studies*, 4(2), 359-390.
- Kolb, D. M., & Rubin, J. Z. (1997). La mediación a través de un prisma disciplinario. En S. Rozenblum de Horowitz (Ed.), *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria* (pp. 39-78). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- Lubman, S. (1967). Mao and mediation: politics and dispute resolution in communist China. *California Law Review*, 55(5), 1284-1359.
- Macaulay, S. (1987). Presidential address: images of law in everyday life: the lessons of school, entertainment, and spectator sports. *Law & Society Review*, 21(2), 185-218.
- Menchú, R. (2004). Culturas indígenas, cosmovisión y futuro. En Ú. Oswald Spring (Ed.), *Resolución no violenta de conflictos en sociedades indígenas y minorías* (pp. 49-61). Tlaxcala, México: Colegio de Tlaxcala A.C.-UAEM-CLAIP.
- Merry, S. (1987). Disputing without culture. *Harvard Law Review*, 100(8), 2057-2073.
- Merry, S. (1988). Legal pluralism. *Law and Society Review*, 22(5), 869-896.
- Metoui, J. (2007). Returning to the circle: the reemergence of traditional dispute resolution in Native American communities. *Journal of Dispute Resolution*, 2007(2), 517-539.
- Moreno Buján, M. (2015). *La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de mediación y reconciliación. Análisis de dos realidades sociojurídicas: Argentina y Costa Rica* (Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina).

- Moreno Buján, M. (2016). Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la escuela Transcend de investigación para la paz. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1), 33-55.
- Moreno Buján, M. (2019). La dimensión sociopolítica del movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC). *Revista IUS Doctrina*, 12(2), 1-27.
- Polo Figueroa, N. (2017). La palabra en la cultura wayúu. *Cuadernos de Lingüística Hispánica*, (30), 43-54.
- Rojas Venegas, C. A. (2004). Kriss Romani: sistema jurídico transnacional y desterritorializado del pueblo rom. En Ú. Oswald Spring (Ed.), *Resolución no violenta de conflictos en sociedades indígenas y minorías* (pp. 173-187). Tlaxcala, México: Colegio de Tlaxcala A.C.-UAEM-CLAIP.
- Sivell-Ferri, C., et al. (1997). *The four circles of Hollow Water. Aboriginal peoples collection*. Ottawa: Ministry of the Solicitor General.
- UNESCO, Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Resolución ITH/10/5.COM/CONF.202/6. Quinta sesión, 15 al 19 de noviembre de 2010, Nairobi, Kenya. Recuperado de <https://ich.unesco.org/doc/src/ITH-10-5.COM-CONF.202-6-EN.pdf>
- Upham, F. K. (1978). Litigation and moral consciousness in Japan: an interpretive analysis of four Japanese pollution suits. *Law & Society Review*, 10(4), 579-619.
- Vidal, A. M. (1990). Derecho oficial y derecho campesino en el mundo andino. En R. Stavenhagen & D. Iturralde (Eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (pp. 141-153). Ciudad de México: Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Von Savigny, F. K. (2008). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Granada, España: Editorial Comares.
- West, A. (2014). Ubuntu and business ethics: problems, perspectives and prospects. *Journal of Business Ethics*, 121(1), 47-61.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *Crímenes de masas*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Zion, J. W., & Bluehouse, P. (1993). Hozhooji Naat'aanii: the Navajo justice and harmony ceremony. *Mediation Quarterly*, 10(4), 327-337.